

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PAULO ARTHUR GERMANO RIGAMONTE

**O HUMOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO: EM BUSCA DE
STANDARDS PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES**

MARÍLIA

2020

PAULO ARTHUR GERMANO RIGAMONTE

O HUMOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO: EM BUSCA DE *STANDARDS*
PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Unimar, como exigência parcial para obtenção
do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor
Doutor Daniel Barile da Silveira.

MARÍLIA

2020

Rigamonte, Paulo Arthur Germano

O humor como manifestação da liberdade de expressão e de criação artística e o problema do hate speed: em busca de standards para a solução de conflitos / Paulo Arthur Germano Rigamonte. - Marília: UNIMAR, 2020.

195f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

1. Direitos Fundamentais 2. Humor 3. Máxima da Proporcionalidade I. Rigamonte, Paulo Arthur Germano

CDD – 341.27

PAULO ARTHUR GERMANO RIGAMONTE

O HUMOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO: EM BUSCA DE *STANDARDS*
PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Unimar, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Daniel Barile da Silveira.

Aprovado em: 27/03/2020

Membros da Banca Examinadora

Professor Doutor Daniel Barile da Silveira

Orientador

Professor Doutor Jefferson Aparecido Dias

Professor Doutor Fernando Rister de Sousa Lima

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa aos meus pais, Paulo Sérgio Rigamonte e Ana Germano Rigamonte, porque jamais deixaram de acreditar em meu potencial, apostando tudo o que tinham – *e, por vezes, até mesmo o que não tinham* – para me ver trilhando uma trajetória de estudo, dedicação e sucesso.

Dedico também ao meu irmão, Filipe Germano Rigamonte, porque, como assíduo acadêmico no Curso de Letras da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, ofereceu-me algumas das noções e referenciais teóricos sobre os quais pude enveredar minha pesquisa, ainda que de forma tímida. Sem dúvida, o pilar multidisciplinar aqui averiguado tem muita contribuição dele.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que, em sua infinita bondade, tem me permitido colher e plantar os frutos sobre os quais tanto tenho dedicado os meus dias.

Agradeço a minha família, especialmente meus pais e meu irmão, porque sempre me instigaram a fazer o que eu mais amava, e assim o fazem todos os benditos dias. A confiança depositada por eles em mim é difícil de ser compreendida e explicada, mesmo porque nada explica o amor guardado entre pais e filhos, assim unidos em família.

Agradeço a minha namorada, tão logo noiva, Débora dos Santos Viana, por tornar a caminhada menos cansativa e enfadonha, permanecendo ao meu lado naquilo que considero os momentos mais inseguros da vida de um homem: a tomada de suas escolhas, sobretudo por fazer delas elementos seguros de convicção.

Agradeço ao meu orientador, e também amigo, o Professor Doutor Daniel Barile da Silveira, figura ilustre que tanto me inspira a crescer como acadêmico e profissional. Desde a graduação, eis a fonte de tudo o que aspiro profissionalmente, de modo que, a passos tímidos, espero um dia representar para alguém aquilo que ele representa para mim.

Agradeço a uma outra pessoa tão especial quanto qualquer uma daquelas acima citadas: a minha futura sogra, Maria Socorro dos Santos. Particularmente, meus sinceros agradecimentos, por cada palavra inspiradora de sucesso dita não só durante esta jornada, mas também durante outras pelas quais passei.

Agradeço ao Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP, que igualmente foi meu professor na graduação, de onde tenho tirado grande parte de minhas inspirações, forças e crenças no Direito Positivo e na Ciência do Direito como fontes de bons frutos a serem colhidos. Sem prejuízo de minha grande amiga, Lara Ludimila Alencar Antunes, com quem tenho aprendido importantes lições proveitosas e dela extraído ótimas contribuições para os meus trabalhos, sobretudo tempo por me auxiliar nas pesquisas acadêmicas.

Finalmente, agradeço a todos aqueles que, de um modo ou de outro, auxiliaram-me com cada passo dado, especialmente a “tia” Sueli, por ter feito de seu lar o meu lar, oferecendo todo o amor, carinho e dedicação que poderia ter oferecido.

Também deixo meus sinceros agradecimentos aos amigos que fiz durante essa jornada, a exemplo de Caroline Pastrino Pinto Reinas, Paola Vidotti, Felipe Teles e Filipe Dourado, pessoas cujo brilho carregarei por todos os dias que tiver oportunidade de seguir nesta vida.

Muito trabalho e pouca diversão, fazem de Jack um cara bobão!

(Filme “O Iluminado”, Stanley Kubrick)

O HUMOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO: EM BUSCA DE *STANDARDS* PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES

Resumo: O objeto desta pesquisa foi o de situar o humor como direito fundamental implícito à liberdade de expressão, especialmente a liberdade de opinião e a liberdade de criação artística, contextualizando-o com o problema provocado pelo discurso de ódio. A partir disso, o desafio de encontrar *standards* vocacionados à solução de colisões entre o direito ao humor e outros direitos fundamentais foi superado. Com efeito, palmilhando algumas premissas teóricas sobre os direitos fundamentais, lições sobre a liberdade de expressão e sobre a história filosófica do humor no pensamento, terminamos por desvendar três classificações: sobre os possíveis efeitos de um discurso (ofensa, discriminação e ódio); sobre os atos de fala (locucionário, ilocucionário e perlocucionário); e sobre dois tipos de humor (o autopoietico e o não-autopoietico). Logo, também concluímos com a desenvoltura de dois grandes *standards* (a presunção de jocosidade no humor autopoietico e a não-presunção de jocosidade no humor não-autopoietico), além de outros mais específicos, em busca de contextualizar o humor para identificar sua tipologia ou para auxiliar a técnica da máxima da proporcionalidade. Outrossim, estudamos alguns casos na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do Tribunal Constitucional Alemão, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Supremo Tribunal Federal e de alguns outros tribunais nacionais, com o objetivo de extrair exemplos de contextos humorísticos. Frise-se que não chegamos a depurar a aplicação efetiva da técnica da máxima da proporcionalidade nesses julgados, sobretudo diante da doutrina crítica que expõe a jurisprudência nacional como aplicadora de uma “pseudoproporcionalidade”. Particularmente, utilizamos o método dedutivo, com supedâneo na técnica de pesquisa documentoscópica indireta consubstanciada na consulta em bibliografias, primando pela pesquisa em livros, artigos e periódicos sobre os temas enfrentados, além da jurisprudência especializada. Finalmente, alguns referenciais teóricos permearam esta pesquisa, em especial: a máxima da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy; a teoria externa e o suporte fático amplo dos direitos fundamentais, aguçadas por Virgílio Afonso da Silva; a revisão histórico-filosófica do humor de autores como Verena Alberti, George Minois e Elias Tomé Saliba; bem como a teoria dos atos de fala de John Austin e John Searle.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Humor. Máxima da proporcionalidade.

HUMOR AS A FUNDAMENTAL RIGHT IMPLIED TO FREEDOM OF EXPRESSION AND THE HATE SPEECH PROBLEM: IN SEARCH OF STANDARDS FOR COLLISION SOLUTION

Abstract: The object of this research was to place humor as a fundamental right implicit in freedom of expression, especially freedom of opinion and freedom of artistic creation, contextualizing it with the problem caused by hate speech. From this, the challenge of finding standards aimed at solving collisions between the right to humor and other fundamental rights was overcome. In fact, by tracing some theoretical premises on fundamental rights, lessons on freedom of expression and on the philosophical history of humor in thought, we ended up unraveling three classifications: on the possible effects of a speech (offense, discrimination and hatred); on speech acts (locutionary, illocutionary and perlocutionary); and about two types of humor (autopoietic and non-autopoietic). Therefore, we also concluded with the resourcefulness of two great standards (the presumption of playfulness in autopoietic humor and the non-presumption of playfulness in non-autopoietic humor), in addition to more specific ones, in search of contextualizing humor to identify its typology or to assist the technique of maximum proportionality. Furthermore, we studied some cases in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States of America, the German Constitutional Court, the Inter-American Court of Human Rights, the Supreme Federal Court and some other national courts, in order to extract examples of humorous contexts. It should be noted that we have not come to purge the effective application of the technique of maximum proportionality in these judgments, especially in the face of the critical doctrine that exposes national jurisprudence as the applicator of a “pseudoproportionality”. In particular, we use the deductive method, with a background in the technique of indirect documentscopic research, embodied in the consultation of bibliographies, excelling in researching books, articles and periodicals on the issues faced, in addition to specialized jurisprudence. Finally, some theoretical references permeated this research, in particular: the maxim of proportionality developed by Robert Alexy; external theory and broad factual support for fundamental rights, sharpened by Virgílio Afonso da Silva; the historical-philosophical review of humor by authors such as Verena Alberti, George Minois and Elias Tomé Saliba; as well as the theory of speech acts by John Austin and John Searle.

Key-words: Fundamental rights. Humor. Maximum proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

AI – Agravo de Instrumento

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais

BVERFGE – Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

CF – Constituição Federal

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

DVD – Disco Óptico Digital

EUA – Estados Unidos da América

FCC - Federal Communications Commission

HC – Habeas Corpus

OEA – Organização dos Estados Americanos

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF-3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região

US – United States

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. DEDUÇÕES SOBRE PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
1.1 Definições e recortes teóricos	20
1.2 Evolução histórico-política e dimensões dos direitos fundamentais: tomada de posição	24
1.3 O necessário abandono da subsunção como técnica de hermenêutica para a concretização dos direitos fundamentais	32
1.4 Direitos fundamentais sob a ótica da proporcionalidade	38
1.4.1 Normas de direitos fundamentais	39
1.4.2 Suporte fático amplo e teoria externa como referenciais teóricos para uma decisão racional: tomada de posição	42
1.5 Conclusões capitulares	44
2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO HUMOR	47
2.1 Liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito	47
2.1.1 A liberdade de expressão como mecanismo de descoberta da verdade	52
2.1.2 A liberdade de expressão como autossatisfação pessoal	54
2.2.3 A liberdade de expressão como instrumento democrático e como instrumento de controle sobre o Governo	57
2.2 O direito fundamental à liberdade de expressão e suas nuances constitucionais	59
2.2.1 A liberdade de expressão sob o manto do direito à liberdade de opinião	64
2.2.2 A liberdade de expressão sob o manto do direito à liberdade de criação artística	67
2.3 O direito ao humor como direito fundamental implícito à liberdade de expressão e as prováveis colisões com outros direitos fundamentais	71
2.3.1 Deduções sobre as lições teóricas da máxima da proporcionalidade	73

2.3.2 Premissas finais para trabalhar a liberdade de expressão e o humor em rota de colisão com outros direitos fundamentais	87
2.4 Conclusões capitulares	88
3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO HUMOR E O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO	91
3.1 Construção do humor como fenômeno multifacetário a partir do pensamento histórico-filosófico	93
3.2 Nuances sobre o discurso de ódio: doutrina e jurisprudência dominantes	102
3.3 A construção de uma primeira classificação: os efeitos “ofensa”, “discriminação” e “ódio” dos discursos humorísticos	106
3.4 Consequências jurídicas da ilicitude do discurso humorístico frente os efeitos da ofensa, discriminação e ódio	110
3.5 Conclusões capitulares	114
4. O HUMOR EM ROTA DE COLISÃO E A BUSCA DE <i>STANDARDS</i> PARA SALVÁ-LO OU CONDENÁ-LO	117
4.1 A força ilocucionária dos atos de fala em favor da presunção de jocosidade do discurso humorístico: adotando uma segunda classificação para construir uma terceira	126
4.1.1 Eixos de sustentação para um <i>standard</i> de presunção de jocosidade	135
4.2 A construção de uma terceira classificação: humor não-autopoiético e humor autopoiético	144
4.2.1 Humor autopoiético e humor não-autopoiético de acordo com o contexto discursivo ..	148
4.3 Liberdade de expressão, humor e tipicidade no direito penal do equilíbrio	159
4.4 Conclusões capitulares	167
CONCLUSÃO	171
REFERÊNCIAS	184

INTRODUÇÃO

Quando lemos Gilles Lipovetsky (2005) e o relemos em George Minois (2003), percebemos a importância que o humor assume em uma sociedade permeada de interesses privados cuja preocupação maior é convencer os mais diversos setores da população da ideia do *self-service*, isto é, do “faça você mesmo e a sua maneira”.

Esse modelo tem sido representado por uma tendência global de eufemizar fenômenos culturais capazes de causar maior impacto a determinados grupos, vendida sob o rótulo da promoção de uma sociedade mais aberta e plural. Gilles Lipovetsky (2005) atribui a essa tendência o nome de “poder de sedução”, revelando-a em todos os aspectos da sociedade, desde a publicidade, moda e política até a música, arte e humor.

Noutras palavras, o poder de sedução é, na verdade, um poder de disrupção de tudo aquilo que é rígido e capaz de causar perplexidade.

Nesse ambiente, a linguagem assume a qualidade de eco da sedução. Não existem mais cegos, surdos e mudos, mas os que enxergam ou ouvem mal e os que possuem mobilidade reduzida. Os velhos mudaram de nome: são pessoas da terceira idade, quando não da quarta. Logo, “tudo o que tem conotação de inferioridade, deformidade, passividade, agressividade deve desaparecer por meio da linguagem diáfana, neutra e objetiva: este é o último estágio das sociedades individualistas” (LIPOVETSKY, 2005, p. 6).

Dessa sedução nem mesmo o humor escapou.

Lido como fenômeno capaz de mascarar sentimentos de intolerância, o humor foi aos poucos sendo adestrado a ponto de caber em qualquer ambiente, seja na publicidade, na moda, na política e até mesmo no sexo. George Minois (2003) chama esse fenômeno de “banalização e midiatização do riso”, que se dá no bojo de uma “sociedade humorística”, tal como quis Gilles Lipovetsky (2005).

Com efeito, “tudo deve ser tratado de forma humorística, títulos e subtítulos da imprensa, slogans das manifestações, boletins meteorológicos, vulgarização científica, publicidade, desenho animado, cinema, pedagogia” (MINOIS, 2003, p. 620) etc. O problema, contudo, é que o poder de sedução não permite que a transmissão de mensagens se dê de outra forma senão, obrigatoriamente, com um tom leve e suavizado.

Isso tudo faz com que o riso padeça pela própria falta de seriedade, pois, se antes, o que fazia rir “era a suposta idiotia dos outros e de suas ideias, de seus comportamentos, a surpresa nascida dos choques culturais” (MINOIS, 2003, p. 627), hoje, em um mundo onde tudo deve ser respeitado, a agressividade do riso foi eliminada: “de repente o riso, desvitalizado, não mostra mais os dentes” (MINOIS, 2003, p. 627).

Estamos vivendo, portanto, em um cenário de “lobotomização” do humor, onde as suas melhores qualidades histórico-filosóficas têm perdido cores em favor de feições mais perversas, chamando a atenção, inclusive, do Poder Judiciário, sobretudo ao colocar sob seu crivo manifestações humorísticas capazes de ofender pessoas, grupos de pessoas, ideologias, opiniões etc.

Ultimamente, demandas jurisdicionais envolvendo o discurso humorístico têm protagonizado na realidade brasileira, mormente aqueles mais ácidos para determinados seguimentos da população, tais como religiosos, homossexuais, transexuais, mulheres, negros, deficientes, nordestinos etc.

Enxerga-se, então, uma crescente tentativa de versar a ofensa como sinônimo de discriminação e ódio, como se aquele que discursasse ofendendo, obrigatoriamente, se identificasse por completo com aquele que discursa para ofender, discriminar ou disseminar ódio.

Acontece que essa tentativa ecoa, para nós, como uma ameaça à autopoiese do Direito Positivo, tão cara à Niklas Luhmann, por exemplo, exigindo o lançar de esforços com o escopo de não deixar esse importante subsistema social perecer com noções estranhas ao seu código binário, especialmente aquelas advindas da Arte, da Moral e da Política.

Feitas essas reflexões, coloca-se em evidência a principal justificativa deste trabalho, assim associada à premente necessidade de afastar do Direito Positivo a influência de discursos disruptivo, como o do “politicamente correto”, cuja manifestação mais gritante é a eufemização da linguagem oriunda do poder de sedução que tem assolado a sociedade atual.

Além do mais, a própria repercussão do tema em embates doutrinários e jurisprudenciais serve de estímulo vital às linhas cristalizadas abaixo, sobretudo ao coroar uma série de direitos fundamentais em rota de colisão, exigindo-se, assim, o apelo à máxima da proporcionalidade, com a qual este trabalho flerta frequentemente.

Palmilhando essas justificativas, os seguintes problemas nos foram apresentados:

1. Quais premissas teóricas é preciso adotar, em matéria de direitos fundamentais, para atingir a maior eficácia deles, associada à mais ampla liberdade de argumentar, sem, contudo, perder em termos de objetividade?

2. A partir da liberdade de expressão, sob quais fundamentos teóricos, e em que medida, é possível sustentar a existência de um direito fundamental ao humor na Constituição Federal?

3. Sendo possível falar em colisão entre o direito fundamental ao humor e outros direitos igualmente fundamentais, quais *standards* podem ser construídos, ainda que abstratamente, a fim de amparar a utilização da técnica da ponderação?

Instigados pelas problemáticas expostas, discorreremos sobre os aspectos mais servíveis, de acordo com os recortes teóricos deste trabalho, de uma teoria geral de direitos fundamentais (primeiro capítulo), tarefa depois da qual nos enveredamos pelo direito fundamental à liberdade de expressão (segundo capítulo), finalmente nos debruçando sobre o humor (terceiro e quarto capítulos).

Em solo derradeiro, fomos capazes de responder às problemáticas elegidas de acordo com as hipóteses efetivamente buscadas, consubstanciando-se nas seguintes conclusões:

1. A maior eficácia dos direitos fundamentais pode ser obtida com a adoção da teoria externa, por ser a que mais força o desenvolvimento de restrições sob o ônus argumentativo de expor suas razões, sobretudo quando amparada nas duas leis de Robert Alexy, no sentido de que, quanto maior a restrição a um direito fundamental, tanto maior deverá ser a realização do outro e também a certeza sobre as premissas nas quais a restrição se baseia, bem como na dogmática e precedentes judiciais; sobressaindo, então, a necessidade de construir *standards*, ainda que abstratamente considerados.

2. A liberdade de expressão é uma pedra-angular que compreende o direito de crítica e o direito de criação artística, revestindo-se estes de pilares teóricos para consolidar a existência do direito fundamental ao humor. Isso, contudo, certamente implica na possibilidade de colisão com outros direitos fundamentais, tornando o humor perfeitamente passível de ser restringido.

Acontece também que o humor guarda algumas qualidades capazes de diferencia-lo da liberdade de expressão, mormente depois de traçado o curso histórico-filosófico e permeado alguns estudos mais pontuais sobre o fenômeno. Uma delas é a utilização natureza da hipérbole e dos conflitos internos como provocação para o riso, sem falar nos resultados multifacetados que uma análise do pensamento histórico-filosófico nos permite.

De rigor, o humor acaba assumindo uma classificação final de autopoietico e não-autopoietico, de acordo com a feição opinativa, crítica, difusora de pensamentos ou ideias presente.

3. Sobre os *standards*, reconhecemos, em um primeiro momento, a necessidade de existir uma presunção de jocosidade em discursos humorísticos do tipo “humor autopoietico”, esforço partido de duas classificações: o humor autopoietico e o humor não-autopoietico; os efeitos discursivos de ofensa, discriminação e ódio.

Diante dessas classificações, percebemos que, quanto mais crítico ou opinativo for um discurso humorístico, tanto mais fácil será transpor o seguimento da ofensa, da discriminação propriamente dita e do *hate speech*, consubstanciando em humor não-autopoietico. Logo, a distinção entre ofensa, discriminação propriamente dita e *hate speech* foi a forma encontrada para sustentar a existência de um direito de ofender sem consubstanciação de ilicitude.

Ocorre que, ao tratar o humor como não-autopoietico e autopoietico, colocou-nos a dificuldade de como saber identificar, casuisticamente, quando está presente uma modalidade e quando está presente outra. Para superar esse impasse, a solução descoberta foi resgatar, através da teoria dos atos de fala, desenvolvidas por John Austin e John Searle, e de uma análise do discurso, a importância do contexto discursivo.

Também com embasamento da teoria dos atos de fala, reforçamos o *standard* inicial de que uma piada é, antes de qualquer coisa, apenas uma piada, daí porque presumível sua jocosidade. Além disso, concluímos que essa presunção significa atribuir ao discurso humorístico uma força ilocucionária nula, notadamente quando se tratar de humor autopoietico.

A par dessas lições, as duas classificações anteriormente analisadas se tornam passíveis de ser mescladas com a classificação dos atos de fala entre locucionários, ilocucionários e perlocucionários, possibilitando-nos desenhar melhor as nuances do humor não-autopoietico e do humor autopoietico.

O resultado é que, para identificar qual tipo de humor está sendo abordado em determinado discurso *sub judice*, imperioso analisar o contexto de sua abordagem para, a partir disso, verificar se o discurso ofensivo, discriminatório ou de ódio, pode ser restringido e em que medida, na forma da máxima da proporcionalidade.

Finalmente, a fim preparar um terreno fértil para o desenvolvimento dessas conclusões todas, fomos levados a ingressar na seara da dogmática penal e combater o rigor trazido por uma doutrina amparada na tipicidade cerrada, reconhecendo a necessidade de uma abertura flexível dos tipos penais, e não só deles, para que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possam irradiar mais livremente através das normas infraconstitucionais.

Lançadas as problemáticas e suas hipóteses conclusivas, é preciso enxergar em malha maior o que cada um dos quatro capítulos abordou.

O primeiro capítulo teve a preocupação resgatar alguns elementos da teoria geral dos direitos fundamentais, que, nos próximos, serviram como pilares de sustentação. Nele, tratamos sobre a definição e a evolução dos direitos fundamentais, suas dimensões, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, as normas carreadoras deles, o suporte fático amplo e a teoria externa dos direitos fundamentais.

Em seguida, debruçamos atenção ao direito fundamental à liberdade de expressão, onde destacamos as dimensões dessa liberdade e as características que lhe emprestam importância em um Estado Democrático de Direito. Falamos, também, sobre a previsão constitucional da liberdade de expressão, em especial para destacar as nuances entre a liberdade artística e a liberdade de crítica, evidenciando a questão da colisão entre direitos fundamentais. Finalmente, tratamos sobre a questão da interpretação-aplicação oriunda dessas colisões e seus reflexos para a máxima da proporcionalidade.

No terceiro capítulo, traçamos as principais lições definidoras do humor, sobretudo aquelas que disputaram espaço na história do pensamento filosófico, donde extraímos o nível de complexidade que o fenômeno merece ser tratado. Além disso, falamos sobre o discurso de ódio (*hate speech*), buscando diferencia-lo de outros dois discursos: o discriminatório e o discurso ofensivo, restando, ao final, esclarecidas as controvérsias e consequências jurídicas de discursos humorísticos sob a ótica da ilicitude.

Finalmente, no quarto capítulo, o humor foi deslocado para o campo de batalha em face de outros direitos fundamentais, notadamente a vida, a integridade física e/ou psíquica e os direitos da personalidade, na incessante busca de colocar sob nossos holofotes possíveis *standards* capazes de auxiliar o intérprete na resolução de conflitos jusfundamentais, tanto antes quanto depois de definir sobre o humor autopoietico e não-autopoietico.

Nesse espaço, ainda que não com tanta ênfase, palmilhamos com timidez a teoria dos atos de fala e uma análise do discurso, a fim de contextualizar o discurso humorístico. Terminamos, então, com um breve ensaio sobre a tipicidade penal em matérias envolvendo a liberdade de expressão, aqui sob um olhar crítico em relação à tipicidade cerrada.

Esses resultados todos foram alcançados com supedâneo no método dedutivo, auxiliado pela técnica de pesquisa documentoscópica indireta, porque consubstanciada em referências bibliográficas especializadas, tais como livros e artigos científicos, bem como na legislação, na jurisprudência pátria, em tratados internacionais e, não menos importante, em julgados da Supre Corte dos EUA, do Tribunal Constitucional da Alemanha e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como referenciais teóricos, a chave-mestra utilizada foi a máxima da proporcionalidade como técnica de resolução de colisões entre direitos fundamentais, desenvolvida por Robert Alexy, na Alemanha, e trazida para o Brasil por autores como Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Dimitri Dimoulis, Cláudio Chequer, Ana Paula de Barcellos, e outros tantos.

Especialmente em Virgílio Afonso da Silva, encontramos guarida para que a máxima da proporcionalidade fosse aplicada com a objetividade que merece, notadamente pelo refino teórico que o autor teceu sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Além disso, nele encontramos um sólido esboço da teoria externa e do suporte fático amplo dos direitos fundamentais.

Um pouco da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann também caminhou pelas linhas desta pesquisa, sobretudo para identificar a ameaça do “politicamente correto” para o Direito Positivo, enxergado como um subsistema social.

Em Ronald Dworkin, embora tenhamos adotada a técnica da ponderação de valores de Robert Alexy, fomos capazes de encontrar impulso para pelo menos introduzir a problemática

da relação entre humor e discurso de ódio, notadamente a partir de suas lições sobre a famigerada pornografia nos EUA.

Obras de análises histórico-filosófica e científica do humor também tiveram suas páginas revistadas, a exemplo de Verena Alberti, George Minois, Gilles Lipovetsky e Scott Weems.

Outrossim, premidos da necessidade de contextualizar a colisão entre o humor e outros direitos fundamentais, tivemos espaço para revisar alguns casos abordados pela jurisprudência brasileira, notadamente aqueles de maior repercussão.

Aliás, interessante frisar que a importância de citar decisões judiciais envolvendo tais situações não foi propriamente a de identificar se o órgão jurisdicional está, definitivamente, aplicando a máxima da proporcionalidade, mas, sim, a de resgatar contextos para a formulação dos *standards* a que chegamos.

Noutras palavras, não chegamos a apreciar como os tribunais pátrios têm aplicado a máxima da proporcionalidade, e se de fato eles têm feito isso. A bem da verdade é que existe uma forte crítica no sentido de que nossos tribunais mais utilizam uma pseudoproporcionalidade para solução destes casos do que propriamente as lições de Robert Alexy (CHEQUER, 2017).

Apesar de não termos abordado essa problemática, Cláudio Chequer (2017), em tese de Doutorado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, trouxe exemplos dispersos de casos envolvendo colisões entre direitos fundamentais em que os tribunais mais empregam a subsunção do que efetivamente a máxima da proporcionalidade, muito embora façam menção a ela em seus julgados.

Voltando-nos ao fechamento da introdução, a verdade é que enxergamos nesta pesquisa um verdadeiro estudo multidisciplinar, oportunidade em que foram visitadas algumas áreas do conhecimento mais próximas do Direito, mormente a Arte, a Linguagem, a Filosofia, a História, a Moral e a Política, todas imbricadas no intento de condenar ou absolver o humor em relação a outros fenômenos de relevo.

1. DEDUÇÕES SOBRE PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Notamos uma insistência na doutrina, mesmo aquelas obras que não se dedicam especialmente em traçar um conteúdo eminentemente geral dos direitos fundamentais, em narrar, cronologicamente, alguns aspectos que, de um modo ou de outro, acabam sendo indispensáveis para qualquer análise que se debruce sobre o tema.

Essa doutrina, sustentada sobre o método analítico, galga passos comuns na construção de conceitos voltados ao desenlace dos direitos fundamentais, daí porque frequentemente tem sido referida como uma “teoria geral”.

Então, dada a importância que esses conceitos assumem, cabe no presente capítulo pinçar pelo menos alguns deles a fim de transparecer as premissas teóricas por nós adotadas, não só na problematização do tema como também no julgamento das hipóteses construídas ao final.

Com efeito, tratar sobre as diferenciações entre direitos humanos e direitos fundamentais, sobre as dimensões desses direitos na história do pensamento neoconstitucional, sobre as definições sustentadas e, especialmente, sobre as nuances desenvolvidas em torno das restrições que recaem sobre os mesmos, é a tarefa sobre a qual nos dedicaremos a seguir.

1.1 Definições e recortes teóricos

O subtítulo deste capítulo já serve, por si só, de indicação da definição que pretendemos adotar, isso porque, a princípio, aqueles que escrevem sobre o tema costumam diferenciar, terminologicamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Antes, porém, dividem-se entre aqueles que, apesar de buscar uma definição semelhante, a ela atribuem os mais diversos conceitos, tais como “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos” etc. (RAMOS, 2013).

Assim, ao adotarmos o conceito “direitos fundamentais” torna imperioso destacarmos ele do conceito de “direitos humanos”, atribuindo a cada qual definições um tanto quanto distintas.

Entre nós, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 29) esclarece que:

Em que pese as duas expressões (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é a de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Embora a referida diferenciação seja afastada por alguns¹, preferimos adotá-la em cortejo ao nosso legislador constituinte, que “se utilizou das expressões direitos fundamentais e direitos humanos com total precisão técnica” (MAZZUOLI, 2014, p. 24), haja vista que, quando a Constituição faz referência aos direitos nela previstos, ela adota a expressão “direitos fundamentais”², ao passo que, quando se refere às normas internacionais de proteção à pessoa humana, acaba adotando a expressão “direitos humanos”³.

Ademais, a precisão técnica sobre a qual nos embasamos merece guarida na medida em que, ao analisarmos, nos próximos capítulos, os prováveis colisões entre direitos fundamentais – *liberdade de expressão e artística e direitos da personalidade* – será preciso fazer referência direta ao texto da Constituição Federal, ainda que busquemos extrair dele um direito implícito⁴.

Não se quer, contudo, amesquinhar a proteção internacional dos direitos humanos sob o débil argumento da soberania nacional, mesmo porque “o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado”, compreendendo-se, “pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não

¹ André de Carvalho Ramos, por exemplo, prefere utilizar, de modo indistinto, os termos direitos humanos e direitos fundamentais, “reforçando, assim, que os direitos são de todos e que não há distinção de origem (norma internacional ou interna)” (2013, p. 39).

² Interessante a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 54), que identificam os direitos fundamentais na qualidade de verdadeiros “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Essa definição resume a linha de pensamento que assemelha os direitos fundamentais como direitos subjetivos, isto é, direitos com eficácia imediata em relação ao Estado e em relação aos indivíduos – também é a posição de Virgílio Afonso da Silva (2017).

³ Vide o art. 5º, § 1º, onde é adotada a expressão “direitos fundamentais”, e o art. 5º, § 3º, onde se faz menção aos “direitos humanos”.

⁴ Aqui, certamente falamos do humor como nuance das liberdades de expressão e artística, já outrora sustentado em nossa obra (RIGAMONTE; SILVEIRA, 2018). Vale lembrar que a classificação em direito implícito configura o humor como direito fundamental não escrito, em contraposição aos direitos fundamentais escritos ou expressamente positivados, tal como quis Ingo Wolfgang Sarlet (2018).

se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na presente e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva’” (TRINDADE, 1991, p. 3).

Com efeito, embora tenhamos problemas pontuais na aplicabilidade dos direitos reconhecidos em documentos internacionais⁵, o Brasil tem reconhecido importantes tratados de direitos humanos, especialmente aqueles que o submetem à competência de cortes internacionais⁶, o que é significativo na aplicação e interpretação dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal, mormente sob os aspectos do princípio da unidade constitucional.

Nesse ponto, a doutrina advoga pela existência de um bloco de constitucionalidade no bojo do qual podem se inserir os mais variados direitos humanos na qualidade de fundamentais, formando, assim, um autêntico catálogo de direitos fundamentais. Aliás, a depender da posição adotada (se bloco amplo ou se bloco restrito), a forma como esse catálogo se compõem pode assumir feições significativamente distintas⁷.

Entretanto, independentemente da amplitude do bloco de constitucionalidade adotado como referência, é possível, nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 88), sustentar a existência de dois grupos de direitos fundamentais, quais sejam: “os direitos expressamente positivados (ou escritos), no sentido de expressamente positivados, e os direitos fundamentais

⁵ É recorrente e notória a menção sobre o conflito de posicionamentos – e, portanto, de aplicabilidade dos direitos humanos reconhecidamente fundamentais – entre o Supremo Tribunal Federal e os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a exemplo da incongruência entre a ADPF 153, que acolheu a Lei de Anistia para os crimes políticos e conexos cometidos entre 1961 e 1979, e a sentença (ou acórdão) proferido pelo tribunal internacional no Caso Herzog e outros Vs. Brasil.

⁶ Na síntese de André de Carvalho Ramos (2013, p. 284-285): “1) em 1998, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos; 2) em 2002 o Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [...]; 3) além disso, o Brasil também reconheceu a competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação em 17 de junho de 2002; 4) [...] adotou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência para fins preventivos, do Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura; 5) o Brasil reconheceu a competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos; 6) [...] ratificou o Estatuto de Roma, o que implica no reconhecimento da jurisdição, sem reservas (porque o tratado não as admita), do Tribunal Penal Internacional, que julga, em síntese, crimes graves contra os direitos humanos”.

⁷ Nesse sentido, seguem as considerações de Valério Oliveira Mazzuoli (2014, p. 171) e de André de Carvalho Ramos (2013, p. 277-283).

não escritos, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional)”.

Nesse sentido, o autor explica que:

No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam, a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira se constitui dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por José Afonso da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais da própria norma contida no art. 5º, § 2º, da Constituição, denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios (SARLET, 2018, p. 88).

O que mais nos interessa é a noção dos direitos fundamentais implícitos, assim nomeados pelo autor por se referirem a posições fundamentais subentendidas nas disposições de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, é preciso distinguir, para fins de interpretação e aplicação, as “normas” dos “enunciados normativos”.

Robert Alexy (2008, p. 54) nos oferece essa diferenciação ao estabelecer que “uma norma é o significado de um enunciado normativo”, no sentido de que “a necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos”.

Exemplificando, o autor cita o seguinte caso: o enunciado do art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã, ao expressar que “nenhum alemão pode ser extraditado” pode dar origem à algumas normas formuladas distintamente, como “é proibido extraditar alemães”, “alemães não podem ser extraditados”, ou ainda, “alemães não serão extraditados” (ALEXY, 2008, p. 54).

Assim, embora nem todo enunciado normativo seja um enunciado deôntico, no sentido de “dever-ser”, Robert Alexy (2008, p. 57) explica que “todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico”, o que certamente facilitará na aplicação concreta desse mesmo enunciado.

A partir de então, ao nos voltarmos às lições de Ingo Wolfgang Sarlet acima cristalizadas, tornamo-nos capazes de sedimentá-las afirmando que a abertura material da

Constituição Federal estabelece que os direitos fundamentais implícitos são as normas decorrentes dos enunciados normativos definidores de direitos e garantias fundamentais.

É a partir do vértice da abertura material dos enunciados normativos dos direitos fundamentais que exsurge o desafio de aplicar e interpretá-los de forma inovadora, através de avanços hermenêuticos e de uma redefinição do âmbito de incidência deles. Essa tarefa, entretanto, deve vir ao encontro do evolucionismo histórico-político admitido em sede dos direitos fundamentais.

1.2 Evolução histórico-política e dimensões dos direitos fundamentais: tomada de posição

Há muito se fala no fenômeno do neoconstitucionalismo, marcado pela materialização da Constituição, vale dizer, pela “passagem do Estado de Direito em sentido formal para o Estado Material de Direito e do Estado de Direito em sentido liberal ao Estado Social de Direito” (BRANCO, 2009, posição 1705).

Essa abertura material da Constituição permite, para Konrad Hesse (1995, p. 16), conceitua-la como a “ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.

Luciano Feldens (2012, posição 284) sintetiza essa ideia asseverando que “historicamente, o conceito de Constituição aparece vinculado a dois aspectos materiais que até hoje lhe são indissociáveis: a separação de poderes e a garantia”, daí porque o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamar, expressamente, que “a sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não tem Constituição”.

É a partir da materialidade constitucional tomada como dogma que o aplicador e intérprete dos direitos fundamentais deve partir, sobretudo considerando que “para que possa haver interpretação jurídica é preciso que ao menos um ato doador de sentido seja fixado” (FERRAZ JR., 2014, p. 89), daí porque ser um dos pressupostos da hermenêutica do Direito seu caráter dogmático.

Ana Paula de Barcellos associa a esse processo de materialização três fenômenos capazes de justificar uma reanálise dos clássicos métodos de interpretação, advogando em favor do postulado da proporcionalidade:

[...] associando-se (i) uma sociedade plural; (ii) suas Constituições e leis – que refletem a pluralidade de valores e fazem uso intensivo de expressões gerais, cujo sentido pode variar justamente em função de concepções valorativas ou ideológicas, e (iii) a ascensão política do Judiciário como espaço de discussão alternativo àquele dos órgãos eleitos, tem-se a ampliação progressiva do espaço próprio da interpretação jurídica. Considerando, ainda, que cada intérprete dispõe de suas próprias convicções valorativas e políticas, não é de surpreender que sejam diagnosticados tantos conflitos normativos e que a ponderação seja tão frequentemente empregada (BARCELLOS, 2005, p. 16-17).

Entretanto, o desenho atual dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente esteve imbricado no evolucionismo histórico dos direitos humanos, especialmente enxergado sob uma perspectiva política, sendo forçoso reconhecer que os direitos humanos foram configurados através de um quadro de evolução histórica:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 5).

Algo próximo da origem de uma doutrina dos direitos humanos remonta a São Tomás de Aquino, que desenvolveu a existência de quatro leis: a eterna, a natural, a divina e a humana. A lei humana era definida com base na razão, visando sempre o bem comum estabelecido pelo chefe da comunidade (governante), de modo que “toda lei criada pelos homens teria natureza de lei se [estivesse] em consonância com a lei natural” (NADER, 2012, p. 167).

A lei natural, por sua vez, consubstanciava-se no reflexo das leis divinas, reconhecendo-se que, caso houvesse desobediência ao direito natural (e, portanto, divino) por parte dos próprios governantes, seria possível justificar o exercício da resistência⁸ da população (SARLET, 2018).

Os contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau implementaram ideias que, ainda que distantes de hoje, não podem ser relegadas a segundo

⁸ Sobre o direito de resistência, Norberto Bobbio (2004, p. 113-114) explica que: “na realidade, o direito de resistência é um direito – se é que ainda se pode corretamente chama-lo de direito – diferente dos demais: é um direito não primário, mas secundário, cujo exercício ocorre apenas quando os direitos primários (ou seja, os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança) forem violados. O indivíduo recorre ao direito de resistência como *extrema ratio*, em última instância, para se proteger contra a falta de proteção dos direitos primários; portanto, ele não pode, por sua vez, ser tutelado, mas deve ser exercido com riscos e perigos para quem o reivindica”. Nesse sentido, comentando a Declaração de 1789, Bobbio sustenta que um direito de resistência, a princípio, não poderia ser previsto numa declaração de direitos posta pelo próprio Estado, daí porque: “os constituintes haviam tomado plena consciência da contradição”, mas “a inserção do direito de resistência entre os direitos naturais devia-se ao temor de um novo assalto aristocrático e, portanto, não era mais do que a justificação póstuma da derrubada do Antigo Regime” (BOBBIO, 2006, p. 114).

plano, notadamente porque, com exceção do primeiro, foram os precursores do Iluminismo do Século XVIII.

Em síntese:

Os iluministas buscaram pensar em termos de cidadania não somente a posição do povo, mas também como deveriam ser os governantes no exercício do poder do Estado. Neste sentido, a vida social é entendida como uma sociedade, ou seja, uma associação voluntária de homens livres, que regulam, segundo sua própria razão e em função do próprio interesse, o seu convívio (CASTRO, 2009, p. 206).

Em Hobbes, ao homem pôde ser atribuída a titularidade de alguns direitos tidos por naturais, assim porque eram por ele carregados antes do surgimento do Estado Soberano, momento este chamado de “estado de natureza”:

Nesse momento, nessa fase do convívio humano, alguns pontos podem ser destacados como principais caracterizadores do hobbesianismo jusnaturalista, quais sejam, a igualdade de todos na vulnerabilidade à violência, em face da ausência de autoridade soberana para regular o uso da força [...], o egoísmo de cada um na busca de seus fins pessoais a fim de sobrevivência, o caráter infinito e insaciável dos apetites (BITTAR, 2016, posição 4899).

Segundo o contratualista, o completo estágio de liberdade, por trazer extrema insegurança ao homem, exigiria a presença de um Estado soberano e forte, daí porque chamado de “O Leviatã”. Deveras, o Estado se revestia como o paliativo para os males que circundavam a extrema liberdade do homem (BITTAR, 2016, posição 4970), cuja solução seria a realização de um pacto: o contrato social, capaz de transferir toda a liberdade dos homens a uma só vontade⁹.

A diferença entre Hobbes e Locke é que, diferentemente deste, aquele sustentava a necessidade de um Estado onde houvesse uma irrestrita transferência de poderes, direitos e liberdades, sob pena de se ter um Estado insuficientemente guarnecido para conduzir pacificamente as rédeas da sociedade (BITTAR, 2016).

⁹ Nas palavras de Hobbes (2014, p. 200): “conferir toda a força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos; e isso equivale a dizer: é preciso designar um homem ou uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se e reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, em tudo o que se refere à paz e à segurança comuns, submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento”.

Por assim dizer, Locke foi o primeiro a reconhecer, a certos direitos naturais e inalienáveis titularizados pelo homem, o caráter oponível aos detentores do poder, baseando-se também em um contrato social. Este, por sua vez, conferia aos cidadãos uma espécie de cláusula de resistência ao governante que tentasse surrupiar direitos como a vida, a liberdade e, sobretudo, a propriedade (WEFFORT, 2001).

Em verdade, Locke não concebia o estado de natureza do homem como sendo um estado belicoso, violento, mas, sim, como um estado perigoso para as liberdades e inseguro ao direito de propriedade, apesar de configurar um estado de “relativa paz, concórdia e harmonia” (WEFFORT, 2001, p. 85).

A grande importância, pois, da existência de um estado civil era o surgimento, sob a anuência dos homens, de uma autoridade investida de poder decisório¹⁰, assim porque:

(1) é a ausência de um juiz que define o estado de natureza, quando todos vivem segundo a lei da razão; (2) é a violência que instaura o estado de guerra, que dá início à necessidade de as pessoas se aglomerarem e formarem sociedades, para possuírem um juiz em comum (BITTAR, 2016, posição 5396).

Noutras palavras, “Locke imagina o Estado como uma sociedade de seguros: nos reunimos para conseguir que nossos direitos estejam mais e não menos protegidos” (BITTAR, 2016, posição 5428).

De outro lado, Rousseau foi capaz de aliar à ideia do contrato social uma outra igualmente importante, qual seja, a vontade geral do povo, numa tentativa de transferir a soberania do Estado ao povo propriamente dito:

Diferentemente de Hobbes e Locke, no pacto social de Rousseau não há transferência de direitos para um ente externo à própria cidadania. O pacto se dá entre os cidadãos, que se constituem como soberanos [...]. Assim como Locke, Rousseau irá transferir para a lei a enorme responsabilidade de expressar a vontade geral, que não se confunde com a vontade da maioria. A vontade geral, também por definição, é uma representação do interesse público com a qual todos seriam obrigados moralmente a concordar (VIEIRA, 2018, posição 1589).

¹⁰ Explica-se: “o estado de guerra imposto ao povo pelo governo configura a dissolução do estado civil e o retorno ao estado de natureza, onde a inexistência de um árbitro comum faz de Deus o único juiz, expressão utilizada por Locke para indicar que, esgotadas todas as alternativas, o impasse só pode ser decidido pela força” (WEFFORT, 2001, p. 88).

Outra grande diferença no pensamento de Rousseau é que, ao contrário dos demais idealizadores, o pacto social não serviria para levar os homens a um estado civilizado, mas, antes, para promover um retorno racional e moral ao estado natural:

A esse pessimismo contrapõe-se o otimismo de Jean Jacques Rousseau, crente na bondade natural dos homens, que teriam vivido um período paradisíaco, até o momento em que, pela má-fé de alguns, teriam sido legados a aceitar um pacto leonino de sociedade. Para Rousseau, o homem natural é um homem bom que a sociedade corrompeu, sendo necessário libertá-lo do contrato de sujeição e de privilégios, para se estabelecer um contrato social legítimo, conforme a razão (REALE, 2002, p. 647).

Para concluir essa fase histórica do pensamento político, é em Kant que nasce o imperativo moral da liberdade, no sentido de que “todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado pela liberdade coexistente dos demais homens” (LUÑO, 2008, p. 31).

Para Kant, a liberdade jurídica é a faculdade de obedecer somente a leis externas às quais foi dado o livre consentimento do homem¹¹, de modo que o povo tem o direito de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que ele mesmo julgar como “boa” (BOBBIO, 2004).

Noutro giro, com o imperativo categórico, assim resumido no célebre aforismo: “age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza” (KANT, 2007, p. 81), fica o homem condicionado a um dever existente em sua intimidade e sempre capaz de intervir no domínio das suas ações, desvinculando-as de qualquer fim ou intencionalidade (BONAVIDES, 2001)¹².

Em síntese, Kant nos sugere que vivamos de acordo com máximas, vale dizer, princípios universais e, portanto, categóricos (aplicáveis a todos ao mesmo tempo,

¹¹ Nas palavras de Kant (2006, p. 67): “a liberdade jurídica (externa, portanto) não se pode definir, como se costuma fazer, como a faculdade de fazer tudo o que se queira, contanto que não se prejudique ninguém. Pois, o que significa faculdade? A possibilidade de uma ação contanto que, com ela, não se prejudique ninguém. Portanto, a explicação da definição viria a ser: liberdade é a possibilidade de cometer ações com as quais ninguém saia prejudicado. Não se prejudica ninguém (faça-se o que se faça) se somente não se prejudicar ninguém. É, portanto, mera tautologia. Há que se explicar minha liberdade exterior (jurídica) como sendo a faculdade de não obedecer a nenhuma lei exterior a não ser que tenha dado eu o consentimento”.

¹² Em Kant (2006, p. 103): “obra de tal modo que possas querer que a tua máxima converta-se em uma lei universal (seja qual for o fim)”.

independentemente da situação), capazes de nos facultar tomar decisões de acordo com nossa vontade, contanto que esta coexista com a vontade ou liberdade dos demais homens.

Diante desse quadro de configuração histórico-evolutiva dos direitos humanos em face de uma ótica política, na esteira do que ensina Pedro Villalon (1989), no sentido de que os direitos fundamentais surgem e terminam com as Constituições, a verdade é que os direitos naturais do homem, a exemplo daqueles consagrados a partir do pensamento iluminista, decorrem de uma confluência com a própria ideia de Constituição (SARLET, 2018).

Como decorrência lógica das lições traçadas até então, a doutrina tem se posicionado diante da existência de dimensões de direitos humanos, as quais, para Ingo Wolfgang Sarlet (2018), guardam identidade com a constitucionalização deles sob a forma de direitos fundamentais.

Sendo assim, embora haja controvérsia na utilização do termo “dimensões de direitos fundamentais” em detrimento daquele inscrito como “dimensões de direitos humanos”, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 32) pontua o seguinte:

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz ao conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado [...] de um direito constitucional internacional.

Segundo o autor, é possível utilizar a perspectiva histórica de evolução dos direitos humanos para sustentar a expressão “dimensão dos direitos fundamentais”, ao menos sob a ótica da Constituição Federal de 1988, o que ele faz, em especial, quando aborda a questão das “diversas dimensões dos direitos fundamentais e sua importância nas etapas de sua positivação nas esferas constitucional e internacional” (SARLET, 2018, p. 45).

A justificativa para tanto é que, no Brasil, a evolução dos direitos humanos guarda semelhança em relação à evolução interna dos direitos fundamentais, sobretudo com o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição de 1934, fruto da influência do constitucionalismo social impregnado noutros textos, tais como a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (SARLET, 2018).

Destarte, apesar do zelo e apreço às correntes que preferem utilizar a expressão “dimensão dos direitos humanos”, notadamente André de Carvalho Ramos (2019) e Flávia Piovesan (2019), por uma ordem de coerência à obra principal que permeou este capítulo exordial, passamos a adotar o termo “dimensão dos direitos fundamentais” (SARLET, 2018).

Superada essa tomada de posição, devemos utilizar as lições dos pensadores políticos outrora destacadas com a funcionalidade de pedra angular para o reconhecimento jurídico que esses direitos tiveram ao longo dos anos, restando evidente que o rol de direitos fundamentais, escritos e não escritos, está em permanente construção.

O processo histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera positiva é frequentemente narrado a partir da Magna Carta de 1215, firmada pelo Rei João Sem-Terra com os bispos e barões ingleses, servindo de ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, a exemplo do *habeas corpus*, do devido processo legal e da propriedade (SARLET, 2018).

Contudo, em que pese a importância dos documentos anteriores, especialmente a Magna Carta, foram a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa de 1789, que marcaram a primeira geração dos direitos humanos, numa clara inspiração iluminista e contratualista (LAFER, 1991).

Esses direitos de primeira dimensão se consubstanciam no produto do:

[...] pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado (SARLET, 2018, p. 46).

Em reação ao esquecimento voluntário, por parte dos iluministas, acerca das nuances de um direito à igualdade, sobretudo material¹³, contextualizado pelos impactos da industrialização, pelos graves problemas de cunho socioeconômico e pela observância crítica

¹³ Para Flávia Lages de Castro (2009, p. 208): “os iluministas foram grandes pregadores da Liberdade Individual e defenderam a propriedade com igual vigor. Eles também pregavam a igualdade, mas esta, para eles, não era manifesta através de uma igualdade total, inclusive de bens materiais. Para eles os homens, mesmo os mais pobres, seriam livres e iguais simplesmente se pudessem escolher para quem trabalhar. Assim, o trabalho seria equiparado a um bem, como o capitalismo o faz até hoje”.

das doutrinas socialistas (SARLET, 2018), foi preciso discorrer sobre uma dimensão mais ativa do Estado.

Paulo Bonavides (2016, p. 578) explica que:

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Por conseguinte, os direitos ditos de terceira dimensão passam a ser aqueles que “têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (LAFER, 1991, p. 131).

Há, ainda, quem sustente a existência de direitos de quarta e até quinta geração dimensões¹⁴, porém aquilo que dissertamos até então já é o bastante a fim de concluirmos que os direitos fundamentais estão em constante construção, seja em virtude da complexidade que a sociedade contemporânea nos coloca, seja em virtude das releituras que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões podem assumir atualmente:

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade nesse campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos [...]. Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2018, p. 53)¹⁵.

Destarte, resta evidente que alguns direitos, especialmente o direito à liberdade de expressão¹⁶, como veremos em breve, estão sendo alvo de frequentes releituras que, de um

¹⁴ Em Paulo Bonavides (2016) encontramos a proposta de direitos de quarta dimensão, assim como em J. A. de Oliveira Jr. (2000) podemos encontrar uma sugestão a direitos de quinta dimensão.

¹⁵ Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2004, p. 18-19) assevera que “os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam o mundo rela. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana”.

¹⁶ Neste ponto, Owen Fiss (2005, p. 28) nos chama atenção para sobre um novo debate em torno da liberdade de expressão e as nuances que ela vem assumindo: “alguma coisa muito mais profunda e muito mais significativa está acontecendo. Nós estamos sendo convidados, ou mesmo intimados, a reexaminar a natureza do Estado moderno e verificar se ele possui algum papel na preservação de nossas liberdades mais básicas”.

modo ou de outro, são capazes de nomear novas fórmulas e, até mesmo, novos direitos implícitos decorrentes da abertura material da Constituição.

Com efeito, esse fenômeno de releitura dos direitos fundamentais só pode se tornar evidente e ser concretizado em um ambiente aberto ao abandono dos clássicos métodos de interpretação, especialmente considerando que a aplicação desses direitos não pode vir separada de sua interpretação:

[...] diremos, com a generalidade dos autores, que a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 55).

Portanto, o desafio que se coloca a partir de agora é sustentar a preferência por outras técnicas de interpretação que sejam capazes de substituir à mera subsunção, doravante consideradas as complexidades que os enunciados de direitos fundamentais trazem em sua aplicação-interpretação.

1.3 O necessário abandono da subsunção como técnica de hermenêutica para a concretização dos direitos fundamentais

Com efeito, a hermenêutica consiste na “teoria da arte de interpretar”, cujo objeto é “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”, diferenciando-se, pois, da interpretação propriamente dita, assim tida como o ato de “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1)¹⁷.

¹⁷ De relevo, também, a definição colocada por Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz e Jean Clam (2013, p. 22): “a Hermenêutica é hoje, entretanto, uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein (“Investigações Filosóficas”), que redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza linguística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos”. Esses autores expõem a Hermenêutica além de uma teoria analítica de origem cartesiana, aplicando que, apesar dela fornecer ideologicamente muito mais poder de ação, ela esbarra em algumas lacunas teóricas, logo desembocando “na dogmática da resposta certa, negando aos juízes o novo espaço conquistado (tido como voluntarista)” (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 25). Daí a importância de se definir, ainda neste trabalho, o posicionamento em relação a qual teoria principiológica adotar: se aquela embasada na unicidade decisória de Dworkin; ou aquela ventilada sobre uma argumentação racional ensejadora de mais de um resultado aceitável, desenvolvida em Robert Alexy.

Outrossim, é preciso frisar que tanto interpretação quanto aplicação serão termos tratados de forma consequencial, no sentido de que toda aplicação necessariamente exige uma interpretação¹⁸, especialmente diante do frequente abandono do brocardo *in claris cessat interpretativo*:

A nenhum jurista ficaria bem repetir hoje as definições de Richeri e Paula Batista. Os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação (MAXIMILIANO, 2011, p. 29).

Muito embora não seja nosso intuito traçar os aspectos gerais de uma teoria da hermenêutica aqui, tal como se procedeu em relação a algumas lições de direitos fundamentais linhas acima, não prescindiremos de lançar algumas considerações que justificam um necessário abandono dos clássicos métodos de interpretação.

Assumindo essa tarefa, é com o movimento filosófico nomeado “giro-linguístico” que as ciências comunicacionais, dentre elas o Direito, passaram a enxergar o conhecimento sob uma ótica distinta daquela que vinha sendo utilizada.

Aurora Tomazini de Carvalho (2016, p. 236) explica que:

Com a mudança de paradigma da filosófica do conhecimento, as palavras deixam de ter um significado ontológico (atrelado às coisas), vez que é a própria linguagem que cria o objeto. Sob esta perspectiva, o conteúdo dos textos deixa de ser algo dado, preexistente, para ser algo construído e vinculado aos referenciais do intérprete¹⁹.

Deveras, até meados do século XX, “acreditava-se que por meio da linguagem o sujeito se conectava ao objeto, porque esta expressava sua essência” (CARVALHO, 2016, p. 13), donde se afirmava estar em voga a “filosofia da consciência”, no sentido de que “o sujeito

¹⁸ Em Maria Helena Diniz (2017, p. 448), verifica-se o tratamento da interpretação no bojo de um capítulo maior, assim denominado de “aplicação do direito”, notadamente quando afirma que: “poder-se-á dizer, por derradeiro, que a aplicação jurídica encerra as seguintes operações técnicas: [...] interpretação da norma pelo jurista e pelo órgão”. Ainda, segundo Machado Neto (1984), a interpretação assume três funções, a saber: aplicar a norma jurídica às relações sociais que lhe deram ensejo; estender o sentido da norma às novas relações; preparar o alcance do enunciado normativo, adaptando-o às necessidades reais e atuais. Mesmo Carlos Maximiliano (2011, p. 7) explica que: “a aplicação não prescinde da hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose”.

¹⁹ Aliás, Aurora Tomazini de Carvalho (2016, p. 236) contrapõe esse posicionamento pós-giro-linguístico ao que comumente era sustentado pela doutrina, citando o exemplo de Carlos Maximiliano (2011, p. 9), para quem “interpretar é explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.

mantinha uma relação com o mundo anterior a qualquer formação linguística” (CARVALHO, 2016, p. 14).

Posteriormente, sob a influência de Ferdinand de Saussure (1991) na Linguística, passou-se a constituir a língua como “um sistema de signos artificialmente constituído por uma comunidade de discurso” e fala como “um ato de seleção e atualização da língua, independente da vontade do homem” (CARVALHO, 2016, p. 20).

Noutras palavras, o conhecimento nas ciências deixou de ser entendido como algo dado através do objeto em análise²⁰, passando ao estágio de algo que é construído pelo estudioso (no caso: intérprete ou aplicador), a partir da situação posta e dos referenciais teórico-linguísticos do sujeito (CARVALHO, 2016).

No Direito, torna-se notória a filosofia do conhecimento quando estudamos a Escola do Empirismo Exegético, vigente na França do século XIX. Seus expoentes principais foram: Proudhon, Duranton, Melville, Pothier, Bugnet, Demolombe, Laurent, dentre outros. Segundo esta doutrina, o direito positivo se resumia na lei escrita, pregando o apego absoluto do juiz ao texto legal, cuja tarefa única e exclusiva seria revelar seu sentido e alcance (DINIZ, 2017).

Para a Escola do Empirismo Exegético, “o juiz só reconhece o conteúdo preexistente, sem ir adiante; mesmo se for preciso, ele não constrói uma solução jurídica para o caso concreto” (BULOS, 2018, p. 456), ou seja, o magistrado era considerado “a boca que pronuncia as palavras lei” (BULOS, 2018, p. 456).

Assim, eram aqueles assíduos idólatras do Código de Napoleão, sustentando que:

Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe mais incerteza, porque o direito está escrito nos textos, já há a segurança dos textos. Mas para que esta vantagem dos códigos seja real, é preciso que os juristas e os juízes aceitem sua nova posição como subalternos ao Código. Diria até que devem resignar-se a ela (DINIZ, 2017, p. 67).

Deveras, inexistia qualquer interpretação construtiva da norma, menos ainda uma interpretação voltada para a solução de casos conflituosos, hoje chamados *hard cases*. Pelo

²⁰ Assim, “uma proposição era considerada verdadeira quando demonstrava a essência de algo, já que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo” (CARVALHO, 2016, p. 14).

contrário, a atividade do intérprete se limitava na explicação daquilo que o legislador havia pretendido ao editar o enunciado normativo.

Com efeito, sob o império da Escola do Empirismo Exegético é que os métodos clássicos de interpretação foram desenvolvidos, notadamente o filológico ou literal, o lógico-sistemático, o histórico e o teleológico. Assim:

A função do intérprete e do julgador era uma função mecânica de lógica dedutiva. Consequentemente, essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas, logo toda solução jurídica não pode ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto. De maneira que a função do aplicar não era senão a de subsumir os fatos concretos à determinação abstrata da lei (DINIZ, 2017, p. 68).

Entretanto, mesmo à época esse posicionamento ultralegalista sofreu os impactos de uma doutrina essencialmente contrária, tais como o utilitarismo de Jeremy Bentham, o teleologismo de Rudolf von Ihering, a livre investigação científica de François Geny, o realismo jurídico norte-americano e escandinavo, a teoria de Herbert L. A. Hart, a teoria da interpretação de Emílio Betti, dentre outras de igual importância (DINIZ, 2017).

A partir desse quadro de críticas ao silogismo, pôde-se perceber um impulso no sentido de conceber o Direito Positivo além do legislador, ora com foco num ato mental, intuição intelectual que abrange a decisão, ora com foco numa perspectiva sociológica observável, ora numa lógica do razoável ao invés do racional (DINIZ, 2017).

Atualmente, de modo geral, sob a ótica do Construtivismo Lógico-Semântico, é possível afirmar que é o aplicador ou intérprete quem lapida os enunciados normativos até transformá-los em normas, eis que “o texto (em sentido estrito) é significativo, mas não contém, em si mesmo, significações (seu conteúdo) [...], construídas na mente daquele que interpreta o suporte físico” (CARVALHO, 2016, p. 237).

Se o giro-linguístico pôde ser capaz de ser sentido no Direito Positivo como um todo, com mais razão assim o foi no âmbito da hermenêutica constitucional, notadamente com o desenvolvimento de métodos modernos de interpretação, tais como o tópico-problemático de Theodor Viehweg; o hermenêutico-concretizador de Hans-Georg Gadamer e Konrad Hesse; o científico-espiritual de Rudolf Smend; o normativo-estruturante de Friedrich Muller e o comparativo de Peter Haberle (BULOS, 2018).

A pedra angular de apreciação desses novos métodos de interpretação constitucional é a própria abertura semântica e analítica das constituições atuais, especialmente a brasileira. Com isso, torna-se cada vez mais necessário afastar o intérprete da carente ideia da vontade do legislador, ou ainda, da vontade da lei, numa tentativa de releitura dos métodos oriundos da mera subsunção²¹. Logo, considerando as constituições como sistemas abertos de regras e princípios, os novos métodos permitem uma interpretação mais elástica e flexível em detrimento dos clássicos métodos.

Entretanto, dentre os métodos considerados clássicos, há um em especial que nos servirá de auxílio, principalmente porque mais se aproxima da máxima da proporcionalidade em termo de colisão entre direitos fundamentais do que os demais. Trata-se do método voluntarista da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Segundo esse método, “todo ato jurídico, seja de produção do direito, seja de mera execução, no qual se aplique uma norma, será apenas em parte determinado ou regulado por essa norma, ficando a outra parte por determinar-se ou definir-se” (BONAVIDES, 2016, p. 459).

Vale dizer, pois, que “a norma é, para Kelsen, um quadro ou moldura no qual várias possibilidades de execução se oferecem, quer se trate de indeterminação proposital, quer de indeterminação involuntária” (BONAVIDES, 2016, p. 459)²².

Em Hans Kelsen (1998, p. 171):

No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo.

²¹ Segundo Uadi Lammêgo Bulos, esses métodos, “em rigor, nada têm de novo, nem merecem a rubrica de originais. Mas têm grande importância, porque se amoldam, em muitos casos, ao caráter elástico, amplo, detalhista e minudente da maioria das constituições hodiernas, a exemplo da brasileira de 1988” (2018, p. 459).

²² Para Hans Kelsen (1998, p. 246), “esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

E o cerne da questão da moldura no bojo da qual é construída a norma jurídica individual (decisão) é que não é possível afirmar que, “das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”, no sentido de que “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto” (KELSEN, 1998, p. 248).

Destarte, distante das críticas que o método voluntarista possa sofrer (e tem sofrido), serve ele de embasamento para uma teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por Robert Alexy (2008), em detrimento à respeitável doutrina de Ronald Dworkin (1999), para quem, embora seja admissível a existência de princípios embasados em valores e contrapostos às regras, só é possível chegar a uma única decisão correta²³, a ser tomada pelo “Juiz Hércules”²⁴.

Em apertada síntese, diferencia-se a questão dos princípios em Robert Alexy e em Ronald Dworkin. Para o primeiro, os princípios são normas que, quando em colisão, permitem a adoção de mais de uma solução para o caso concreto, exigindo-se, em contrapartida, um processo racional de argumentação. De outro lado, para o segundo, a colisão entre dois princípios só pode permitir uma única solução, que, senão aquela adotada por um “Juiz Hércules”, deve se aproximar ao máximo dela.

Neste trabalho, inobstante a importância atribuída à Ronald Dworkin, mormente para a introdução da problemática envolta no humor ácido – *algo semelhante à discussão sobre a pornografia* –, a técnica para a solução de colisões entre direitos fundamentais adotada é propriamente aquela sustentada em Robert Alexy.

Com efeito, é preciso enxergar a máxima da proporcionalidade em Robert Alexy como a chave-mestra de leitura para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais,

²³ Segundo José Emílio Medauar Ommati (2019, p. 135), “de acordo com Dworkin, existirá sempre uma única decisão correta no Direito, no sentido de mais adequada, mais justa para regular as pretensões dos envolvidos no processo. E essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e concepções, tentando olhar todos os lados com igual respeito e consideração. Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o Direito, não só atual, mas também a história institucional do Direito, paciência e conhecimento sobre-humanos”.

²⁴ Nas palavras de Dworkin (1999, p. 479): “Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de “direito natural”. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacente a essa questão”.

notadamente por serem considerados ora como normas de elevada densidade normativa, ora de baixa densidade normativa (SARLET, 2018).

A razão da importância do princípio da proporcionalidade na seara constitucional, especialmente quando tratamos de direitos fundamentais, dá-se na medida em que uma das características dos dispositivos que enunciam esses direitos é o binômio abstração-generalidade, tal como colocado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 60):

Em primeiro lugar, as formulações da Constituição são muito abstratas e genéricas. Trata-se do fenômeno da baixa densidade normativa, que torna difícil decidir qual das partes envolvidas em um conflito está com a razão constitucional, já que interpretações conflitantes entre elas são autorizadas por um texto constitucional extremamente genérico.

Ademais, a máxima da proporcionalidade também poderá ser vista como vetor tanto para as conformações e restrições de direitos fundamentais, quanto para a solução de *hard cases* envolvendo a colisão entre eles (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000).

1.4 Direitos fundamentais sob a ótica da máxima da proporcionalidade

Segundo Robert Alexy (2008, p. 87), “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”, ou seja, revestem-se de um caráter deontológico²⁵:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 90).

Enquanto regras são normas que só podem ser satisfeitas ou não satisfeitas em sua integralidade, envolvendo, pois, uma questão de “validade”, os princípios, por sua vez, podem ser satisfeitos ou não satisfeitos em parcialidade, assim porque voltados a uma questão de “valor”.

²⁵ Aurora Tomazini de Carvalho (2016, p. 125) aplica essa natureza deontológica dizendo que “o direito positivo, por manifestar-se como um corpo de linguagem prescritiva, opera com o modal deontico (dever-ser). Isto quer dizer que suas proposições se relacionam na forma implicacional: “Se H, deve ser C” – em linguagem totalmente formalizada: “ $H \rightarrow C$, onde “H” e “C” são variáveis e “ \rightarrow ” é constante. Em todas as unidades do direito positivo encontramos esta estrutura: a descrição de um fato, representado pela variável “H” que implica (\rightarrow) em uma consequência representada por “C”.

Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 45) oferece uma distinção de relevo:

No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto [...]. No caso dos princípios, não se pode falar em realização total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.

Essa distinção entre regras e princípios se coaduna perfeitamente com aquela trazida por Robert Alexy (2008), na medida em que, ao definir os princípios como mandamentos de otimização, isto é, como normas que não dispensam que algo seja realizado no maior grau possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o autor alemão está afirmando que os princípios mandam, abstratamente, que algo seja realizado de forma ilimitada, isto é, ao máximo.

Óbvio que isso não significa que haja princípios ilimitados no ordenamento jurídico, mas apenas que, *a priori*, eles são capazes de atingir um grau máximo, o qual, *a posteriori*, poderá ser restringido pelo legislador ou pelo juiz.

De qualquer forma, regras e princípios não deixam de ser normas e, especialmente em alguns casos, normas de direitos fundamentais, com estruturas peculiares e distintas dos demais casos.

1.4.1 Normas de direitos fundamentais

É cediço que as normas não constituem o resultado puro, direto e acabado dos enunciados normativos. Isso porque, quando falamos em normas, especialmente sobre normas de direitos fundamentais, estamos nos referindo às “normas atribuídas”:

[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais [...]. Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente (ALEXY, 2008, p. 74).

Destarte, a questão que se coloca é a seguinte: *em que consistem as normas de direitos fundamentais?* Essa indagação nos traz uma série de desafios, sobretudo diante da abertura semântica do texto onde elas se inserem – *a Constituição Federal* –, delineando-nos as

seguintes tarefas: definir o suporte fático dos direitos fundamentais, estabelecer o âmbito de proteção que os abrange e resolver a forma de intervenção sobre os mesmos.

Para Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 71), quando tratamos de normas de direitos fundamentais, devemos nos perguntar o seguinte: “o que é protegido? Contra o quê? Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”.

A partir disso, temos que o âmbito de proteção é “o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental; e bens protegidos, nessa definição, são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa” (SILVA, 2017, p. 72).

Ademais, para se definir o que é protegido, é preciso, antes, estabelecer contra o que se protege, por exemplo: contra uma ação estatal (?); contra uma ação de um particular (?) (SILVA, 2017). Trata-se, portanto, da tarefa de definir quais as formas de intervenção são admitidas para determinados direitos.

Uma vez somados os conceitos de âmbito de proteção e intervenção, isto é, respondidas as questões sobre “o que é protegido (?)” e “contra o quê (?)”, torna-se possível a formulação do conceito de suporte fático (ALEXY, 2008; SILVA, 2017).

Dando vazão ao tema e associando-o às normas atribuídas de Robert Alexy (2008), Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 75) oferece uma síntese lógica:

[...] faz mais sentido que se fale “se APx e não-FC (IEx), então CJx”. Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx)²⁶.

Noutras palavras, o âmbito de proteção de um direito fundamental estabelece um nível constitucional de proteção a uma determinada ação, estado ou posição (bem jurídico), de modo que, se houver intervenção sobre essa ação, estado ou posição que não esteja fundamentada

²⁶ Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 74), ao explicar Robert Alexy, coloca-nos que “o suporte fático é a soma de dois elementos: o âmbito de proteção e a intervenção. Somado a eles, mas de forma contraposta, também se situa a fundamentação legal que daria ensejo à consequência jurídica do direito fundamental em questão”.

constitucionalmente, então a consequência lógica é que essa intervenção é inconstitucional, devendo, pois, ser afastada.

A par dessa lição, sobleva-se discutir sobre a adoção de um suporte fático amplo ou de um suporte fático restrito. Se adotarmos um suporte fático amplo²⁷, estaremos dizendo que “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, “isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção” (SILVA, 2017, p. 109), pouco importando outras variáveis.

É por isso que, sob essa vertente, deve-se também entender que qualquer espécie de limitação, conformação, regulação ou seja lá o que for, é também uma forma de “restrição”²⁸ ao direito fundamental em questão, notadamente porque, se o suporte fático é amplo, significa que não só o âmbito de proteção guarda extensa amplitude, como também as formas de intervenção (SILVA, 2017).

De outro lado, se adotarmos um suporte fático restrito, deve-se reconhecer que determinadas ações, estados ou posições jurídicas não configuram determinado direito fundamental, isto é, não fazem parte de seu âmbito de proteção. Assim, sob um viés restritivo, determinadas intervenções em direitos fundamentais não serão vistas como tais, mas apenas como espécies de delineamento ou depurações acerca do sentido e alcance do direito.

²⁷ Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 97-98) também nos alerta dos riscos de se adotar um suporte fático restrito, pontuando as críticas que a corrente tem sofrido: “conservadorismo da interpretação histórico-teleológica; em geral, as defesas de um suporte fático restrito se baseiam pura e simplesmente em uma intuição, apoiada geralmente em exemplos estapafúrdios, que tentam mostrar as supostas consequências da tese contrária, ou seja, da aceitação de um suporte fático amplo”. Como contraponto, assevera, ainda, que, “para aqueles que aceitam um suporte fático amplo, a resposta de todas as perguntas do parágrafo anterior é “sim”. Isso porque esse “sim” refere-se, pura e simplesmente, a uma garantia *prima facie* dos direitos envolvidos, o que não implica resposta alguma acerca de sua garantia definitiva. Essa somente poderá ser dada a partir de um sopesamento que leve em consideração as variáveis de uma situação concreta” (SILVA, 2017, p. 99).

²⁸ Nesse ponto, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 230), afastando-se da clássica definição de José Afonso da Silva (...) sobre normas de eficácia plena, limitada e contida, postula que “toda norma que garante direitos fundamentais pode ser restringida; toda norma que garante direitos fundamentais pode (às vezes, deve) ser regulamentada [...], não existe norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição”. E mais: “regulamentar direitos fundamentais implica, sempre, em restringi-los, e restringir direitos fundamentais tem sempre como objetivo regulamentar seu exercício (SILVA, 2017, p. 231). Portanto, “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis [...], se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida (SILVA, 2017, p. 246).

Nos casos onde se adota um viés restritivo, há, em relação a determinado direito fundamental, uma mera “exclusão *a priori* de alguns atos do seu âmbito de proteção” (SILVA, 2017, p. 115). É como se disséssemos, por exemplo, que determinada manifestação não configura, em tese, liberdade de expressão, sem, contudo, qualquer exercício racional de fundamentação.

Entre esses dois posicionamentos, pelo fato de que buscaremos extrair adiante, do direito à liberdade de expressão, os seus mais extensos suportes fáticos, sobretudo para enquadrar o humor como uma releitura desse direito, acaba-nos sendo mais adequado aquele que atribui aos direitos fundamentais um suporte fático amplo

E não só por isso, mas também porque um modelo amplo de suporte fático é aquele que melhor se amolda à racionalidade na solução de conflitos entre direitos fundamentais, pois é o único capaz de conferir ao intérprete ou aplicador a ferramenta da ponderação de princípios, tal como concebido em Robert Alexy (2008) (SILVA, 2017).

1.4.2 Suporte fático amplo e teoria externa como referenciais teóricos para uma decisão racional: tomada de posição

Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 40), a fim de dar sustentáculo a sua tese, adota que, numa distinção entre regras e princípios, deve-se supor que os direitos fundamentais tenham um suporte fático amplo, o que torna imperioso que “qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerados, possam ser subsumidos ao âmbito temático de um direito fundamental, devem ser considerados por ele *prima facie* protegidos”, bem como que “também o conceito de intervenção estatal nos direitos fundamentais faz parte do suporte fático”, ou seja, “por se trata de modelo baseado em um suporte fático amplo, o conceito de intervenção também deverá ser interpretado de forma ampla”.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 41) conclui que esses pressupostos são capazes de dar cabo de duas situações que, segundo ele, constituem um óbice na aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, isso porque “ou se nega, de antemão, a proteção a uma conduta ou posição jurídica que, isoladamente considerada, deveria ser considerada como protegida”; ou então, “embora se considere tal conduta ou posição jurídica como protegida por um direito fundamental, defende-se que a eventual restrição nessa proteção não decorre de uma real restrição, mas de mera regulamentação no exercício do direito em questão”.

Assim:

Ambas as estratégias devem ser rejeitadas, pois ambas, como será visto, têm alto déficit de fundamentação e possibilitam uma real restrição à proteção de um direito *sem que isso seja acompanhado de uma exigência de fundamentação* por parte daquele que o restringe, seja o juiz ou o legislador. O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial – ou real – restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras – *direitos fundamentais são restringíveis* –, impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalista aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação [grifo do autor]²⁹ (SILVA, 2017, p. 41).

Além dessa tomada de posição em favor de um amplo âmbito de proteção, que, por sua vez, desemboca também em uma extensão do conceito de intervenção, construindo-se, pois, um suporte fático amplo na mesma medida³⁰, é preciso considerar a disputa maior que circunda a teoria dos direitos fundamentais, qual seja: teoria interna Vs. teoria externa.

Segundo a teoria interna, “um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já nasce com os seus limites” (SARLET, 2018, p. 407), daí porque é frequente a adoção de limites imanentes, que, em verdade, “consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como desvantagens normativas impostas externamente aos direitos” (SARLET, 2018, p. 407).

Com efeito, quando se fala que um direito fundamental já nasce com um conteúdo determinado, por uma questão de lógica, não há que se falar em restrição *a posteriori*, ou seja, porque o direito fundamental já nasce com seu conteúdo perfeito e acabado é que não precisa ser restringido.

²⁹ O trabalho de Virgílio Afonso da Silva (2017), neste ponto, faz alusão direta à doutrina de Robert Alexy (2008, p. 322-323), para quem: “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não imporá que outras características estiverem presentes [...]. No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas”.

³⁰ É preciso lembrar que o suporte fático dos direitos fundamentais é composto pelo âmbito de proteção (bens protegidos, isto é, ações, estados ou posições jurídicas volvidas) e pela intervenção estatal, sendo que ambos eles devem ser interpretados, à luz da posição que reflete a doutrina de Virgílio Afonso da Silva (2017), na maior medida possível, a fim de forçar o ônus argumentativo daqueles que se colocam no poder de decidir ou legislar em detrimento dos direitos fundamentais.

Já de acordo com a teoria externa, “há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições” (SILVA, 2017, p. 138). Para essa teoria, “direitos e restrições são coisas distintas, ou seja, as restrições são algo externo ao direito” (SILVA, 2017, p. 160).

Portanto, coaduna-se com esse modelo a ideia de que um determinado direito fundamental assume, numa primeira e abstrata condição, a posição *a priori* de direito amplo, irrestrito e ilimitado³¹, ou seja, o suporte fático abstrato do direito fundamental deve ser capaz de abranger todo e qualquer âmbito de proteção contra toda e qualquer intervenção, por mínima que aparente ser. Apenas em um segundo momento que, confrontado com outro direito igualmente fundamental é que ele cederia espaço para restrições, sejam elas advindas do Judiciário, sejam elas advindas do Legislativo.

Daí a importância de adotarmos uma teoria externa, pois “acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social”³² (SARLET, 2018, p. 408).

1.5 Conclusões capitulares

1. Os direitos a serem trabalhados a seguir merecem a qualificação de fundamentais, na medida em que todos encontram guarida no texto constitucional, ou sob a forma de direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes da

³¹ A ideia de direito amplo, irrestrito e abstrato é apenas uma ideia *a priori*, isto é, como se no ordenamento jurídico só existisse ele, metaforicamente falando. Apenas na medida em que confrontado, casuisticamente, com outro direito igualmente fundamental é que essa abstração se torna cada vez mais concreta, menos irrestrita e menos ampla, portanto.

³² Nesse sentido, “a exclusão *a priori* de condutas da proteção dos direitos fundamentais sofre de graves problemas argumentativos. Mais que isso: quando se pressupõe que determinada conduta não é protegida por um direito, proibir essa mesma conduta é algo que pode ser realizado sem justificação constitucional” (SILVA, 2017, p. 248). E mais: “a forma de aplicação dos direitos fundamentais (subsunção, sopesamento, concretização ou outras) depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático (SILVA, 2017, p. 68). Por fim, “as exigências que o modelo do suporte fático amplo impõe à argumentação implicam um maior grau de proteção aos direitos fundamentais [...], porque o conceito de intervenção – que, como se viu, se insere no conceito de suporte fático – também é amplo” (SILVA, 2017, p. 111).

Constituição, ou sob a forma de direitos implícitos, subentendidos nas normas definidoras de outros direitos fundamentais escritos.

2. Esses direitos fundamentais implícitos exsurtem no bojo do movimento neoconstitucionalista, a partir de um quadro de evolução histórico-política que foi capaz de palmilhar ao menos três dimensões de direitos, notadamente os de primeira, advindos da revolução iluminista vazada pelos chamados “contratualistas políticos” (Hobbes, Locke e Rousseau); os de segunda dimensão, fortemente embasados na valorização do outro como limite à liberdade (Kant); e os de terceira dimensão, ocasionados por uma supervalorização de instituições como a família, o povo, a nação e outras coletividades.

3. O fenômeno de evolução dos direitos fundamentais forçou uma releitura das atuais constituições, que há muito já deixaram de ser meras “cartas” de direitos em prol de uma classe social específica e passaram, além de organizar a estrutura estatal, a prever e garantir direitos sob uma perspectiva tanto formal quanto material.

4. Um dos efeitos dessa evolução neoconstitucional foi o necessário e constante abandono de métodos clássicos de interpretação, outrora lançados com base na subsunção ou silogismo, em prol da adoção de novos métodos, notadamente aqueles que vislumbram nas constituições um ideário de transformação e adaptação do direito positivo às relações sociais e às novas nuances dos direitos fundamentais.

5. Embora não revestida de um método de interpretação propriamente dito, exsurte a máxima da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy (2008) e tratada no Brasil por teóricos como Virgílio Afonso da Silva (2017), Gilmar Mendes (2000), Paulo Gustavo Gonet Branco (2009), Ingo Wolfgang Sarlet (2018), Daniel Sarmento (2004), Dimitri Dimoulis (2008), entre outros, apesar de muito criticada também – *Eros Roberto Grau (2018)*, *José Emílio Medauar Ommati (2019)* e *Humberto Ávila (2018)* –, como técnica de solução de colisões entre direitos fundamentais sob a ótica de uma teoria da argumentação jurídica.

6. A máxima da proporcionalidade pode ser vista como um desenvolvimento mais apurado e racional do método voluntarista da Teoria Pura do Direito, notadamente porque não tenta sustentar a existência de apenas uma decisão correta, mas, sim, de uma moldura no interior da qual outros tipos de decisão são possíveis, contanto que observadas certas injeções de racionalidade.

7. As regras e princípios são normas que se diferenciam sob uma perspectiva quantitativa, embora ambos eles mantenham um caráter deontológico (“dever-ser”).

8. Os conflitos e colisões, respectivamente, entre regras e princípios, devem ser resolvidas através de técnicas distintas de aplicação-interpretação, ora pela subsunção (regras Vs. regras), ora pela ponderação (princípios Vs. princípios).

9. Os direitos fundamentais, dada a densidade normativa dos enunciados que os carregam, possuem caráter de princípios, razão pela qual a colisão entre eles deve ser resolvida através da técnica da ponderação.

10. As normas de direitos fundamentais não se confundem com os dispositivos textuais que os carregam, dependendo de um processo de compreensão hermenêutica que termina nas chamadas normas atribuídas, construídas para serem aplicadas a um determinado caso concreto (*hard case*).

11. As normas de direitos fundamentais, uma vez atribuídas, isto é, construídas diante de um caso concreto, envolvem a elucidação de um suporte fático, que nada mais é do que o resultado da soma do âmbito de proteção e da intervenção que pairam sobre o direito fundamental em questão.

12. Para uma maior racionalidade na utilização da máxima da proporcionalidade, é preciso levar em consideração dois pressupostos teóricos: um suporte fático amplo e uma teoria externa sobre as restrições dos direitos fundamentais, admitindo-se que essas restrições podem ser tanto efetivadas pelo Legislativo quanto pelo Judiciário. Assim, é preciso aceitar a formulação de um direito fundamental, *a priori*, ilimitado.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO HUMOR

Neste capítulo, a tarefa principal é resgatar os principais conceitos envolvidos na definição do direito à liberdade de expressão, e, assim, associá-los à criação de um direito ao humor, consubstanciado no direito de rir e fazer rir. Logo, a questão que se buscará superar é a seguinte: *o humor é um direito fundamental?*

A partir desse vértice de definição da liberdade de expressão, serão ressaltadas as principais lições sobre o *hate speech*, também chamado de discurso de ódio, o qual assume um dos principais efeitos da liberdade de expressão, assim como ao humor.

2.1 Liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito

A liberdade de expressão é, em primeiro lugar, uma categoria do ser humano, arraigada em sua qualidade humana e, em especial, decorrente do próprio conceito de dignidade da pessoa humana. Essa noção, inobstante a diferenciação adotada entre direitos humanos e direitos fundamentais, é fruto principal da evolução dos direitos humanos segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, consubstanciada, atualmente, na categoria de direito fundamental na Constituição Federal.

Com efeito, Álvaro Rodrigues Júnior (2009, p. 53) entende que, para esclarecer o que o direito à liberdade de expressão protege, deve-se entender “qual é o verdadeiro alcance com que tal conceito é utilizado e quais são o conteúdo e a natureza do discurso que se protege”, sendo, para isso, necessário analisar o conceito de liberdade de pensamento.

Em relação a ela, a doutrina costuma conferir pouca atenção, sobretudo porque há um consenso no sentido de que ela se esgotaria na liberdade de expressão propriamente dita, tal como quer José Alberto de Melo Alexandrino³³ (1998, p. 86), Luís Brito Correia³⁴ (2000, p.

³³ Segundo o autor, “a liberdade de expressão deriva da liberdade de pensamento” (1998, p. 86).

³⁴ Para quem a liberdade de pensamento é pressuposto da liberdade de expressão, pois, “sem esta liberdade básica, as outras não fazem qualquer sentido (2000, p. 479).

479), Pontes de Miranda³⁵ (1968, p. 139), Álvaro Rodrigues Júnior³⁶ (2009, p.55), Gilberto Haddad Jabur³⁷ (1999, p 151), Cláudio Luiz Bueno de Godoy³⁸ (2015), entre outros.

Segue à baila dessas distinções Celso Ribeiro Bastos (1992, p. 174), segundo quem o homem “não se contenta com o mero fato de poder ter as opiniões que quiser, vale dizer: ele necessita, antes de tudo, saber que não será apenado em função de suas crenças e opiniões. É de sua natureza, no entanto, ir mais longe: o procurar convencer os outros; o fazer proselitismo”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 33) também leciona que “a liberdade de consciência é a liberdade de foro íntimo, em questão não religiosa. A liberdade de crença é também a liberdade de foro íntimo, mas voltada para a religião”.

Assim, pode-se dizer que a doutrina tradicional faz questão em diferenciar a liberdade de pensamento ou consciência da liberdade de expressão, sendo a primeira uma zona, ao que parece, irrestrita, onde cabem os mais perversos pensamentos e a mais temível consciência, ao passo que a segunda esfera compreende aquilo que efetivamente é expressado da “boca para fora”, aquilo que se diz propriamente.

Não se olvide a correção da doutrina nesse sentido, mesmo porque é peremptória a existência da liberdade de consciência, de um lado, e a liberdade de expressão, de outro. Entretanto, a questão que se coloca é que a liberdade de consciência é, por si mesma, tão importante quanto a liberdade de expressão.

Mesmo que a liberdade de expressão se torne independente depois da consciência expressada, a verdade é que há situações em que a consciência ou o pensamento devem ser levados em consideração para se verificar se aquilo que foi dito, escrito ou gesticulado, pode

³⁵ É clássica a distinção trazida pelo autor, no sentido de que a liberdade de pensamento é “o direito do indivíduo per si”, ao passo que a liberdade de expressão é o “direito de liberdade do indivíduo em suas relações com os outros” (1968, p. 139).

³⁶ Segundo quem “a liberdade de pensamento não interessa ao Direito, pois se trata de processo estritamente interno, sem transcendência social” (2009, p. 55).

³⁷ Sustenta que a liberdade de pensamento, por si mesma, “não produz frutos até o momento em que se exterioriza. Paira no intelecto recôndito donde se originou e, se lá permanece inacessível, não compartilha a eventual e fecunda capacidade de quem o produziu” (1999, p. 151).

³⁸ Com supedâneo em Gilberto Haddad Jabur (1999), distingue o autor, inicialmente, em um momento interno, “em que se forma o pensamento, tanto quanto outro externo, em que se o manifesta” (GODOY, 2015, p. 47), traçando a ideia de que a liberdade de pensamento termina necessariamente na expressão do mesmo. Noutras palavras, poder-se-ia dizer todo pensamento deve ser obrigatoriamente expressado e, de outro lado, toda expressão tem que estar obrigatoriamente alicerçada sobre determinado pensamento ou consciência.

ou não ser qualificado como um resultado pronto e acabado da consciência ou do pensamento do emissor.

Noutras palavras, nem sempre aquilo que foi expresso, ou seja, que foi vertido pelo emissor através de suas impressões sensoriais, pode ser considerado a expressão pronta e acabada daquilo que ele realmente pensou ou teve consciência. Há situações em que aquilo que se diz, escreve ou gesticula não reflete o ânimo do emissor, sequer suas virtudes, vícios, ideologias ou preconceitos.

Maria Figueiredo se aproxima dessa ideia ao dissertar que, muito embora a liberdade de pensamento seja uma capacidade interior, ela é cada vez mais livre “na medida em que formos capazes de pensar por nós próprios, superando as pressões de um pensamento massificado, os estereótipos, os ‘slogans’, os juízos carregados de cargas ideológicas e irracionais” (1983, p. 78), de modo que “a liberdade de pensamento exige uma disciplina lógica, e um sentido crítico que são decerto difíceis de alcançar e que constituem a tensão intelectual e psicológica de toda uma vida” (1983, p. 78).

A primeira premissa deste capítulo é a de que tanto a liberdade de pensamento quanto a liberdade de expressão são importantes a fim de verificar, se ou como em determinadas situações, uma expressão reflete verdadeiramente uma consciência ou pensamento. Isso dependerá, como veremos mais abaixo, do contexto discursivo.

Superados os conceitos de liberdade de expressão e de pensamento, exsurge a questão de defini-los à luz de um direito fundamental.

Retomando as lições do primeiro capítulo, e coerente com Ingo Wolfgang Sarlet (2018), enxergamos claramente que a liberdade de expressão³⁹ se reveste da qualidade de um direito fundamental de primeira geração ou dimensão. Significa, portanto, que se trata de um direito de defesa, de um direito oriundo da tentativa de deslocamento do homem para o centro das questões políticas, econômicas e culturais, tipicamente da era do Iluminismo. Daí porque muitos de seus fundamentos estarem arraigados de conceitos clássicos, tais como autonomia individual, democracia, verdade e controle político-governamental.

³⁹ Toda vez que citarmos a liberdade de expressão, salvo quando fizermos menção expressa e distintiva à liberdade de pensamento, estaremos, na verdade, englobando esta no bojo daquela.

Essa rotulação da liberdade de expressão como direito de primeira dimensão ou geração merece relevo e destaque na medida em que força uma discussão não tanto de efetivação de direitos, tal como é posto em relação aos direitos sociais e, em alguns casos, coletivos, cuja dificuldade paira sobre a concretização desses direitos ou, em alguns casos, sobre o reconhecimento deles propriamente dito (v. g.: direitos relacionados ao meio ambiente, à ética na biologia etc.), mas mais sobre a interpretação, aplicação e alcance diante de uma crescente modernidade globalizada.

Seja como for, trazer à baila o fato de que a liberdade de expressão teve como nascedouro os séculos XVII e XVIII, é reforçar que sua origem se deu, sobretudo, como direito de resistência, ou seja, como direito que, ainda que não estivesse sido abraçado pelo direito à época do Absolutismo, foi aos poucos forçando pouso nas primeiras cartas políticas da época.

Ao lermos a Declaração Francesa de 1789, logo percebemos a importância da liberdade de expressão que, como nenhum outro direito, teve em seu favor resguardados dois dispositivos do texto:

Art. 10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei (FRANÇA, 1789).

Hobbes, Locke e Rousseau prepararam o solo para o desenvolvimento da liberdade de expressão em suas nuances mais libertárias, em detrimento das vozes que tem surgido em prol de uma visão mais comunitária e dependente de valores morais.

O que mais nos interessa daqueles autores contratualistas não é exatamente a noção de contrato social que cada um coloca, mas a própria necessidade de entender que, na mesma medida que a figura de um contrato, a liberdade de expressão, assim como qualquer liberdade, precisa ser entendida sob a noção de um Estado sócio politicamente organizado.

Noutro giro, é preciso considerar a liberdade de expressão e, especialmente, as colisões e problemáticas abraçadas por ela no bojo de um Estado Democrático de Direito. É a partir dessa lição que somos capazes de traçar os principais fundamentos que a legitimam como um direito fundamental nesse modelo de Estado.

Assim, acreditamos que a melhor definição sobre a liberdade de expressão encontra guarida no art. 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Com efeito, o supracitado dispositivo estabelece que a liberdade de expressão, ao menos em um sentido amplo, compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda e qualquer natureza, em forma impressa ou artística, ou através de qualquer outro meio.

Deveras, a liberdade de expressão compreende duas dimensões: uma individual, consistente na liberdade de difundir informações⁴⁰ e ideias de toda e qualquer natureza; e uma dimensão coletiva, assim entendida a liberdade de conhecer e de receber informações e ideias vertidas por terceiros. Aliás, esse é o entendimento esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Como tem explicado a jurisprudência interamericana em numerosas oportunidades, a liberdade de expressão se caracteriza por ser um direito com duas dimensões: uma dimensão individual, que consiste no direito de cada pessoa a expressar os próprios pensamentos, ideias e informações; e uma dimensão coletiva ou social, que consiste no direito da sociedade a procurar e receber qualquer informação, a conhecer os pensamentos, ideias e informações alheias, e a estar bem informada (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 5).

Da noção sobre liberdade de expressão e suas dimensões, precisamos partir para um segundo degrau, onde discutiremos as razões pelas quais essa liberdade merece ser revestida da qualidade de um direito fundamental em um Estado Democrático de Direito.

Obviamente, a primeira resposta é que a liberdade de expressão é um direito fundamental porque reconhecida como tal no texto constituinte. Entretanto, cabe discutir sobre a importância que o reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental

⁴⁰ Especialmente sobre a liberdade de informação, Pedro Luís Piedade Novaes (2012, p. 35) acentua que “temos o direito à informação, o qual se subdivide em três aspectos que se completam: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado”. Com efeito, o autor ainda leciona que “o direito de informar consiste na faculdade de veicular informações a outrem sem restrições”, que “o direito de se informar diz respeito à faculdade de obter informações sem impedimentos de quem quer que seja”, e que “o direito de ser informado é relativo à liberdade de receber informações íntegras, verdadeiras e contínuas, sem impedimento” (2012, p. 36). Enéas Costa Garcia (2002, p. 48) também conceitua a liberdade de imprensa como “uma liberdade secundária, no sentido que amplifica e se funda sobre a liberdade de pensamento”.

representa para uma ordem democrática. Então: *qual a importância da liberdade de expressão para um Estado Democrático de Direito?*

Eric Barendt (2007) fala abertamente em quatro argumentos que configuram a liberdade de expressão como fundamento do Estado Democrático de Direito. Sinteticamente, esses argumentos se consubstanciam na descoberta da verdade; no discurso livre como autossatisfação; na participação popular democrática; e no controle sobre o governo.

Também para Thomas Emerson (2004, p. 48):

A subsistência de um sistema de liberdade de expressão é necessariamente (1) como assegurar uma satisfação individual, (2) como um meio de alcançar a verdade, (3) como um método de assegurar a participação dos membros da sociedade na criação de decisões sociais e políticas, e (4) como manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.

Igualmente, Martin Kriele (1980) sustenta a liberdade de expressão sobre quatro finalidades: ela é um fim em si mesma; busca proteger a verdade; é imprescindível para a democracia; e promove o equilíbrio entre estabilidade e mudanças.

Internacionalmente, a liberdade de expressão tem sido reconhecida como direito fundamental, a partir de um direito humano, eis que consagrado em importantes diplomas internacionais, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem de 1791, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948, do Convênio Europeu de Roma de 1950, e, mais próximo de nós, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

2.1.1 A liberdade de expressão como mecanismo de descoberta da verdade

O principal argumento ligado a este fundamento é o de que “uma proibição de determinada ideia ou opinião é indesejável porque implica em uma suposição injustificada de infalibilidade por parte do Estado”⁴¹ (BARENDT, 2007, p. 8). É como se o Estado se qualificasse como ente infalível em dizer o que deve prevalecer como verdade e o que não deve.

Quem muito bem expressa essa vertente da liberdade de expressão é John Stuart Mill (2014, posição 552), entendendo que é preciso deslocar o Estado para uma posição de neutralidade, “pois, se a opinião está certa, eles [as pessoas] são privados da oportunidade de

⁴¹ Em seu idioma de origem: “prohibition of the former category of speech is undesirable because it entailss an unwarranted assumption of infallibility on the part of the State” (BARENDT, 2007, p. 8).

trocar o erro pela verdade e, se ela está errada, eles perdem a percepção mais clara e vívida da verdade, produzida pela colisão desta com o erro, um benefício tão grande quanto o primeiro”.

Metaforicamente, a liberdade de expressão é a ferramenta para que, após desvencilharmos da caverna-prisão da alegoria de Platão, sejamos capazes de enxergar se ali onde existe a luz do fogo é, definitivamente, onde está o Sol (PLATÃO, 2014).

Nesse sentido, a liberdade de expressão assume a feição do principal mecanismo de retroalimentação para nossa razão, fazendo-se, portanto, indispensável, independentemente de juízos preconcebidos sobre a verdade, de modo que:

[...] uma inaceitável opinião pode ser verdadeira ou parcialmente verdadeira, não existindo meio de repreender a falsidade sem repreender a verdade”, de modo que, “ainda que a nova opinião seja inteiramente falsa, a apresentação e abertura da discussão a respeito servem para um vital propósito social (CHEQUER, 2017, p. 23)⁴².

Com efeito, a liberdade de expressão como instrumento de busca da verdade se reveste do famigerado *marketplace of ideas*, expressão atribuída por Oliver Wendell Holmes, no julgamento do caso “Abrahms vs. United States” (250, U.S. 616, 1919), para quem “o bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de ideias” e “o melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento de fazer-se aceito na competição do mercado” (FISS, 2005, p. 22)⁴³.

A questão que se coloca, então, é verificar se verdade que se discute deve ser obtida através de critérios objetivos ou se, mesmo que destoantes da realidade como ela é, podem eles

⁴² O autor ainda exemplifica esse fundamento da liberdade de expressão discorrendo sobre a “Fairness Doctrine” nos EUA, que “consistiu em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo “Federal Communications Commission” (FCC) com o objetivo de promover os fins almejados pela teoria democrática no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Aplicada desde 1949, essa doutrina só se materializou em atos normativos em 1959, com a edição de normas codificadas sob o nº 47 C.F.R. § 73.1910 (Código de Regulações Federais)” (CHEQUER, 2017, p. 26). Posteriormente, a Suprema Corte teve a oportunidade de julgar constitucional esse modelo de regulação, no caso “Red Lion Broadcasting Co. Vs. FCC” em 1969. Entretanto, em 1974, quando do julgamento do caso “Miami Herald Publishing Co. Vs. Tornillo”, a Suprema Corte revisou a constitucionalidade da “Fairness Doctrine”, julgando-a inconstitucional por afronta à primeira emenda.

⁴³ Os argumentos contrários ao fundamento da busca da verdade não negam por inteiro essa feição da liberdade de expressão, porém questionam se o Estado, direta ou indiretamente, seria capaz de regular aquilo que deve ser dito porque contribui para a verdade e aquilo que não deve ser dito porque não contribui. Nesse aspecto, Owen Fiss (2005, p. 111) sintetiza essas críticas, apesar de não concordar com elas: “a Fairness Doctrine não ajudará a produzir as ricas e variadas comunicações que ela promete, mas sim desencorajar meios de comunicação a adotar posturas polêmicas; [...] levaria ao que poderia ser chamado mais precisamente de ‘discurso cinzento’, não debate público robusto”.

ser obtidos através de critérios um tanto quanto subjetivos, bastando o esforço em buscar a verdade como correspondência do que efetivamente atingi-la.

2.1.2 A liberdade de expressão como autossatisfação pessoal

Para Cláudio Chequer (2017, p. 19), esse argumento decorre da ideia de que o homem, para o desenvolvimento de sua personalidade, “tem o direito de formar sua própria opinião, estabelecer suas crenças, cultivar seus pensamentos e ideias, tendo, por consequência, o direito de expressar esses direitos”.

Correlacionada a essa ideia, e de forma curiosa, Yuval Noah Harari (2018, posição 278) traz, sob o rótulo de o segredo do sucesso do *Homo Sapiens* em detrimento dos *Neandertais*, a lição de que “o Homo Sapiens conquistou o mundo, acima de tudo, graças à sua linguagem única”:

A resposta mais comum é que nossa linguagem é incrivelmente versátil. Podemos conectar uma série limitada de sons e sinais para produzir um número infinito de frases, cada uma delas com um significado diferente. Podemos, assim, consumir, armazenar e comunicar uma quantidade extraordinária de informação sobre o mundo à nossa volta (HARARI, 2018, posição 318).

Daí a importância da comunicação humana e, através disso, a importância da liberdade de expressão como autossatisfação. Aliás, a capacidade de comunicação do homem é tão indispensável que a verdade tem sido até mesmo relativizada diante de uma numerosidade de opiniões, informações e ideias⁴⁴.

Por isso que John Stuart Mill (2014, posição 547) já dizia que, “se toda a humanidade, exceto uma pessoa, tivesse uma opinião, e essa pessoa tivesse uma opinião contrária, a humanidade, não teria mais justificativas para silenciá-la do que ela para silenciar a humanidade”.

Retornando em Cláudio Chequer (2017, p. 20):

Em apertada síntese, podemos afirmar que a teoria da autorrealização (ou autossatisfação) entende que a liberdade de expressão é instrumento para a

⁴⁴ Atualmente, fala-se no fenômeno da pós-verdade, “adjetivo [que] foi eleito para denotar ‘circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos à emoção e à crença pessoal’” (SANTAELLA, 2018, posição 496). Nessa era da pós-verdade, vivemos em “uma era em que a evidência, o pensamento crítico e a análise são colocados de lado, em favor da emoção e da intuição, como base para ação e julgamento” (HEZROM; MOREIRA; 2018, posição 47).

autorrealização das pessoas. Se elas não tiverem amplo acesso a todas as ideais, não poderão imaginar a total extensão de possibilidade em suas vidas. Por outro lado, a restrição da expressão também confina a habilidade de escritores e artistas para expressar suas perspectivas, empobrecendo a cultura nacional.

Atentemo-nos a este ponto porque ele é um dos principais para a análise que há de vir acerca do humor, que tanto é liberdade de expressão quanto liberdade artística. Entender, pois, a liberdade de expressão como instrumento para a autorrealização é a concepção mais pura da liberdade artística, notadamente porque o artista, muitas vezes, busca em sua obra comunicar sua capacidade de leitura do mundo, suas percepções, e isso de um modo que acaba sendo ele mesmo o emissor e receptor simultâneo dessa mensagem.

Nesta altura, exsurge o elo mais próximo da liberdade de expressão com a dignidade da pessoa humana, valor que “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2013, p. 64)⁴⁵.

Aqui, podemos visitar novamente o primeiro capítulo desta pesquisa para reafirmar a profunda influência do pensamento kantiano nos direitos fundamentais, donde concluímos, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2013, p. 71), que, em razão da dignidade humana, “as coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas, quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade”⁴⁶.

Nessa altura, somos seguidores da concepção minimalista da dignidade humana, segundo a qual ela se identificada com: “1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)” (BARROSO, 2013, p. 72).

⁴⁵ Apesar dessa aproximação da dignidade humana com a liberdade de expressão, Luís Roberto Barroso (2013) chama atenção para a existência de ocasiões em que a dignidade poderá estar presente na argumentação dos dois lados em conflitos, tornando a discussão mais complexa. É o caso, por exemplo, do conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, ou ainda, a integridade física ou moral das pessoas – quando se fala em discurso de ódio, v. g.

⁴⁶ Ainda em Barroso (2013, p. 72): “a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade”.

É cediço, então, que a liberdade de expressão como autossatisfação se encontra entrincheirada nos dois primeiros conceitos da dignidade humana, assim o valor intrínseco dos seres humanos e a autonomia de cada indivíduo.

Pelo primeiro conceito, diremos que a liberdade de expressão não pode ser limitada, pelo menos *a priori*, por metas coletivas ou projetos sociais de outras pessoas, mormente do Estado⁴⁷.

Obviamente que essa mesma vertente da dignidade da pessoa humana que justifica a autossatisfação da liberdade de expressão é aquela que fundamenta o respeito à vida, a igualdade perante a lei e na lei e a integridade física e psíquica do homem (BARROSO, 2013). Eis, portanto, a importância da teoria da argumentação, especialmente o princípio da proporcionalidade, para a solução desse entrave.

De outro lado, pelo segundo conceito, encontramos a autonomia como “o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa” (BARROSO, 2013, p. 81).

Em Ronald Dworkin (2019), ficam claras duas razões de importância para a liberdade de expressão: uma instrumental, no sentido de que a livre expressão permite a construção de consequências positivas para as pessoas; e a constitutiva, segundo a qual o governo deve tratar todos como membros adultos, isto é, “agentes moralmente responsáveis”:

Primero, las personas moralmente responsables insisten en decidir por sí mismas lo que es bueno o malo en la vida o en la política, así como lo que es verdadero y falso en asuntos concernientes a la justicia o a la fe. El gobierno insulta a sus ciudadanos, y les niega responsabilidad moral, cuando decreta que ellos no son confiables para escuchar opiniones que podrían persuadirlos de adoptar convicciones ofensivas o peligrosas. La única manera de conservar nuestra dignidad, como individuos, es insistiendo en que nadie – ningún funcionario y ninguna mayoría – tiene el derecho a ocultar una opinión de nosotros con el argumento de que no estamos preparados para oírla y considerarla (DWORKIN, 2019, p. 243)⁴⁸.

⁴⁷ Cláudio Chequer (2017, p. 20) traz as críticas tecidas sobre esse fundamento, resumindo-as sob os seguintes questionamentos: “a) qual a razão para a proteção específica da liberdade de expressão e não, como pedem os libertários, de outras condutas igualmente dedutíveis? b) em que medida se pode restringir a liberdade de expressão em diversas situações concretas? c) que fazer quando determinada expressão, com base no valor da autorrealização, põe em causa a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de outrem? d) qual o peso deverá ser atribuído, em concreto, aos direitos dos editores, dos distribuidores e de todos os demais participantes no processo comunicativo?”.

⁴⁸ Tradução livre: “primeiro, as pessoas moralmente responsáveis insistem em decidir por si mesmas o que é bom ou ruim na vida ou na política, bem como o que é verdadeiro e falso em questões relacionadas à justiça ou fé. O

Luís Roberto Barroso (2013, p. 81-82) explica que essa autonomia individual deve pressupor determinadas condições, “como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)”.

Ainda assim, é preciso investirmos noutros fundamentos, especialmente porque “a verdade é que eles [os argumentos em prol da autorrealização] não conseguem captar todas as suas virtualidades teóricas e práticas” da liberdade de expressão (MACHADO, 2002, p. 288), mesmo porque, no bojo do conceito da dignidade humana, situa-se uma espécie de valor comunitário⁴⁹.

2.1.3 A liberdade de expressão como instrumento democrático e como instrumento de controle sobre o Governo

A liberdade de expressão é igualmente importante porque capaz de promover o funcionamento da democracia, que assim “repousa sobre o conceito de autogoverno ou de soberania popular, segundo o qual as decisões políticas de interesse da comunidade competem em última instância aos cidadãos, diretamente ou através de representantes” (MARTINS NETO, 2008, p.49).

Com efeito, a liberdade de expressão cumpre funções crucialmente democráticas, tais como:

[...] permitir que os eleitores façam escolhas informadas nas eleições a partir da ampla discussão entre candidatos; que as pessoas possam influenciar as escolhas das políticas governamentais; que as autoridades públicas sejam submetidas à críticas que podem levar à sua substituição; que o abuso de poder e os atos de corrupção sejam denunciados ou prevenidos pelo receio de sua revelação; que aspirações contraditórias na comunidade sejam identificadas e os respectivos interesses acomodados em favor da estabilidade social; que indivíduos e minorias, à medida que podem abertamente dissentir, aliviem frustrações para alcançar o poder, combater ações de governo ou obter atenção para pretensões reformistas; que melhores deliberações sejam tomadas com a audiência de todos os lados do debate (MARTINS NETO, 2008, p. 49).

governo insulta seus cidadãos e nega-lhes responsabilidade moral, quando decreta que eles não são confiáveis para ouvir opiniões que poderiam convencê-los a adotar convicções ofensivas ou perigosas. A única maneira de preservar nossa dignidade, como indivíduos, é insistir em que ninguém - nem oficial nem maioria - tem o direito de esconder-nos uma opinião com o argumento de que não estamos preparados para ouvi-la e considerá-la” (DWORKIN, 2019, p. 243).

⁴⁹ Luís Roberto Barroso (2013, p. 87) sintetiza o valor comunitário da dignidade humana em duas forças exógenas que agem sobre o indivíduo: “os compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social; e as normas impostas pelo Estado”.

Há quem diga, aliás, que essa vertente democrática da liberdade de expressão não só deve ser protegida formalmente pelo Estado como também estimulada materialmente por ele. Nesse sentido, Gustavo Binimbojm (2003, p. 363)⁵⁰ contrapõe à teoria libertária da liberdade de expressão uma teoria democrática:

[...] que vê a Primeira Emenda [nos EUA] essencialmente como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desse modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro da gravidade das liberdades de expressão e imprensa. A preocupação com a autonomia individual é aqui centrada menos no emissor que nos receptores das mensagens.

Longe de adentrarmos a fundo nessa discussão entre libertários e democráticos da liberdade de expressão, a verdade é que o advento da internet e, sobretudo, das redes sociais, tornou-se um fenômeno disruptivo no setor das comunicações. Jack Balkin (2006, p. 834) enfatiza esse fenômeno no sentido de que:

As pessoas não meramente assistem (ou ouvem) a Internet como se fosse televisão ou rádio. Em vez disso, elas navegam, programam, publicam, escrevem comentários e continuamente adicionam coisas. A comunicação na Internet é uma atividade social que envolve intercâmbio, dar e receber.

Por essas razões que, “se é verdade que a Internet não substituiu os *mass media*, a distribuição do poder de comunicar parece já menos desigual” (MARTINS NETO, 2008, p. 51), sendo cada vez mais visível a disrupção das comunicações sociais, ora influenciada pela abertura cada vez maior de canais de comunicação das mais variadas naturezas, ora densificada pelas redes sociais que, de um modo ou de outro, transmitem informações, opiniões e ideais das mais distintas versões.

A partir dessa visão, sustenta-se que a liberdade de expressão é capaz de se apresentar “como uma condição essencial para garantir a estabilidade governamental, pois um Estado formado com base na ampla liberdade de expressão é mais forte e, portanto, está menos sujeito a convulsões sociais do que um Estado autoritário, que impõe seu poder com base na repressão, no ressentimento e no medo” (CHEQUER, 2017, p. 32-33).

⁵⁰ No mesmo sentido, segue Daniel Sarmiento (2006), “considerando que a Constituição de 1988, devidamente interpretada, obriga a uma ação do Estado para tornar efetivas a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos” (CHEQUER, 2017, p. 28).

Portanto, tratar a liberdade de expressão como fundamentada pela participação democrática e pelo autogoverno é oferecer um pano de fundo para as discussões cotidianas, mesmo que não sejam de natureza eminentemente política.

Com efeito, toda e qualquer ideia, opinião ou informação merece ser acolhida nesse pano de fundo, seja ela de natureza religiosa, científica, filosófica, política, jurídica ou artística. Definitivamente, “mesmo ideias detestáveis podem ter valor expressivo e aptidão para circular” (MARTINS NETO, 2008, p. 79)⁵¹.

2.2 O direito fundamental à liberdade de expressão e suas nuances constitucionais

Com efeito, podemos afirmar que os quatro argumentos sobre os quais discorreremos acima estão presentes no texto constitucional, sobretudo considerando que “as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável” (SARLET, 2018, p. 53).

Cronologicamente, logo no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, somos capazes de sustentar a vertente democrática da liberdade de expressão, especialmente porque a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Este, por sua vez, pode ser

⁵¹ Ao final da exposição dos fundamentos da liberdade de expressão como direito fundamental, Cláudio Chequer (2017) parte em defesa de uma liberdade multifuncional, vale dizer, capaz de reunir todos os quatro fundamentos, assim como fez Eric Barendt, Thomas I. Emerson e Martin Kriele. Para nós, esse é o melhor caminho quando falamos, segundo Virgílio Afonso da Silva, em um direito fundamental de suporte fático abstrato amplo, *a priori*. Nesse mesmo sentido, Jónatas Machado sustenta que essas quatro finalidades implicam em uma maior capacidade de resiliência da liberdade de expressão em sentido amplo diante da ponderação com outros direitos igualmente fundamentais (2002, p. 290-1): “as mesmas tanto estão ao serviço da autodeterminação democrática, como da reflexão ética e moral, filosófica e religiosa, da criação e expressão artística, da investigação científica e acadêmica etc., podendo dentro dos respectivos sistemas avançar os valores da procura da verdade e do conhecimento, da autodeterminação, do controle de abusos, da adaptação a realidade ou da expressão individual. A complexidade do debate adequa-se particularmente bem à densidade jurídico-normativa dos preceitos constitucionais. O imenso espaço hermenêutico aberto pelas diferentes doutrinas tem o mérito de possibilitar uma interpretação teleológica das liberdades da comunicação perfeitamente compatível com uma compreensão alargada do seu *Tatbestand*, minimizando os riscos de funcionalização das mesmas”.

entendido como um pós-configuração do Estado de Direito⁵², duramente criticado com o advento da Segunda Guerra Mundial⁵³ (MORAES, 2013).

O Estado Democrático de Direito é, em sua essência, um Estado de liberdades, especialmente liberdade de escolha, a qual só é possível através da liberdade de expressão, notadamente porque, “caracterizador do Estado Constitucional, [o Estado Democrático de Direito] significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2013, p. 6).

Nesse sentido, “o princípio democrático é claro: demanda a absoluta participação de todas as pessoas na atividade política do país, de modo que elas possam eleger da melhor maneira possível seus representantes, a fim de que estes satisfaçam as vontades da maioria e, em alguns casos, também das minorias” (RIGAMONTE; SILVEIRA, 2018, p. 30).

Já os demais fundamentos da liberdade de expressão são encontrados, de maneira mais genérica, no art. 5º, IV, da Constituição (BRASIL, 1988), segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; no mesmo artigo, sob os incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”), IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”) e XIV (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”).

Outrossim, o art. 220, *caput*, traz que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

⁵² Alexandre de Moraes (2013, p. 5) pontua que “o Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração; (4) separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo”.

⁵³ Sobre essa evolução do Estado de Direito, “a grande conquista democrática dos novos tempos pós-Grande Guerra foi a nova realidade segundo a qual todos os nacionais passaram a ser eleitores” (SILVA, 2002, p. 29).

Considerando esses dispositivos constitucionais é possível desenhar o direito à liberdade de expressão, segundo nossa Constituição Federal, consubstanciando-o numa fórmula ampla de suporte fático abstrato, conjugando-se nela o âmbito de proteção e a intervenção (SILVA, 2017).

Com efeito:

1. Protege-se toda e qualquer manifestação do pensamento, assim entendida aquela proveniente da consciência humana enquanto ser racional. Isso abrange atividades intelectuais de qualquer natureza, exemplificadamente a artística, científica e de comunicação, manifestadas por qualquer meio (escrito, gestual, mímico e oral).

2. Contra todo e qualquer fato ou ato, proveniente tanto do Estado quanto de outras pessoas (terceiros), capaz de representar um mínimo de restrição, ainda que relacionado a data, hora e local da expressão.

3. A consequência jurídica é a violação do direito fundamental à liberdade de expressão, ao menos *a priori*⁵⁴, devendo o fato ou ato violador ser extirpado da realidade fática ou jurídica⁵⁵. Para tanto, é preciso que, diante da aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução da colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, torne-se, sob uma análise argumentativa, insubsistente a restrição.

Entretanto, pelo próprio recorte constitucional já podemos contornar melhor o direito à liberdade de expressão, pois não é porque existem restrições previamente condicionadas na Constituição que o princípio da proporcionalidade não merece guarida, haja vista que, nestes casos, entende-se que o próprio legislador constitucional já o aplicou quando fora escrever as nuances desse direito (SILVA, 2017).

Assim, entendemos que os recortes constitucionais sobre a liberdade de expressão, assim como em qualquer outro direito fundamental, não são fruto de uma teoria interna ou

⁵⁴ Se, depois de aplicado o princípio da proporcionalidade para a solução do litígio entre dois ou mais direitos fundamentais, a violação desaparecer, então certamente que não haverá contrariedade à Constituição Federal.

⁵⁵ Aqui, defendemos – *e isso ficará mais claro nas linhas cristalizadas mais abaixo* – que é possível haver violação de direito fundamental não necessariamente com a edição de atos normativos ou leis que restrinjam inconstitucionalmente um determinado direito, mas, também, para aplicar indenizações em razão de danos morais, tipificar crimes contra a honra, entre outras possibilidades. Noutras palavras, defendemos o princípio da proporcionalidade mesmo que carregado de ônus argumentativo.

limites imanentes, mas, em verdade, fruto do próprio princípio da proporcionalidade aplicado pelo legislador constitucional (ALEXY, 2008; SILVA, 2017).

Voltando aos dispositivos constitucionais sobre a liberdade de expressão, temos que a primeira restrição proporcional é a vedação do anonimato, que assume feição de vírus capaz de macular qualquer manifestação do intelecto, especialmente aquelas capazes de atingir algum outro direito fundamental.

Outra questão é censura ou licença, sendo válido lembrar que, em relação a esta, qualquer pessoa pode manifestar sua opinião, ideia, crença e conhecimento sobre informações, independentemente de exercer ou não esse encargo profissionalmente⁵⁶.

Já em relação à censura, se adotarmos à noção de que toda e qualquer intervenção à liberdade de expressão pode, *a priori*, ser condicionada, esse conceito será capaz de abraçar qualquer espécie de intervenção sobre aquele direito, ainda – *e principalmente* – a judicial. Vale dizer: censura assumiria, aqui, toda e qualquer restrição à liberdade de expressão, mesmo aquela oriunda da atividade jurisdicional, outrora sustentada no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Particularmente neste ponto, guardamos um posicionamento pró-liberdade⁵⁷, no sentido de que, quando a Constituição diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, significa um comando direto ao legislador

⁵⁶ O STF, no julgamento do RE nº 511.961/SP, julgou não-recepcionada pela Constituição Federal a exigência do art. 4º, V, do Decreto-lei nº 972/69, segundo o qual o exercício da profissão de jornalista estaria condicionado ao registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social mediante diploma de curso superior em jornalismo, oficial ou reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura. Segundo o Min. Rel. Gilmar Mendes (BRASIL, 2009, p. 70) “em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional”. Daí porque, para Daniel Cornu (1998, p. 19), “o jornalismo é uma profissão ‘aberta’, que não exige formação específica ou diploma. Sua definição é tautológica: é considerado jornalista quem exerce sua atividade principal na imprensa escrita ou nos meios de comunicação audiovisuais”.

⁵⁷ Esse transpareceu ser o entendimento do Min. Rel. Carlos Ayres Britto no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 4.451, no sentido de eventuais extrapolações da liberdade de expressão deveriam ser examinadas, caso-a-caso, *a posteriori*, ou seja, sem admissão de apreciação antecipada pelo Poder Judiciário. Entretanto, após ter sido rechaçado pela Min. Carmen Lúcia e pelo Min. Cezar Peluso, o Relator voltou atrás, eliminando o termo “a posteriori” do seu voto (RIGAMONTE; SILVEIRA, 2018). É também a posição impingida no art. 13.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual “o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Cláudio Chequer (2017, p. 94) também pontua que, “em regra, eventuais violações causadas pelo exercício abusivo da liberdade de expressão só ensejarão uma análise *a posteriori*, resolvendo-se a questão com a responsabilização civil ou penal do autor do ilícito”. Em sentido contrário, porém, seguem Álvaro Rodrigues Jr. (2009), Celso Ribeiro Bastos (2000), Barbosa Moreira (1995), José H. R. Torres (1994), Ênio S. Zuliani (2007), David Araújo e Vidal Serrano (1999).

infraconstitucional afirmando ser vedada a exclusão de qualquer lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Isso, contudo, não significa carta branca para transformar essa atividade jurisdicional em censura.

Na verdade, cremos que, quando a Constituição proíbe a censura ela está vedando o controle jurisdicional antes de qualquer análise proporcional, mais especialmente: antes do contraditório e da ampla defesa. Guardamos esse entendimento porque a censura deve necessariamente significar a admoestação de algo sem qualquer chance de convencimento em sentido contrário.

Assim, por exemplo, recolher previamente obras ou filmes, ainda que provenientes do Poder Judiciário, sobretudo quando relacionado ao conteúdo da obra, é censura e nada tem a ver com a garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição, que, frise-se: dirige-se ao legislador infraconstitucional, que fica vedado de estabelecer limitações genéricas, abstratas e impessoais acerca da livre apreciação de lesão ou ameaça de lesão pelo Judiciário. Isso, contudo, não pode ter aplicação casuística, notadamente quando se fala na proibição da censura relacionada à liberdade de expressão.

Em terceiro lugar, o constituinte sublinha a questão da liberdade de informação e a necessidade de ser resguardado o sigilo da fonte, “quando necessário ao exercício profissional”, ou seja, quando o segredo da fonte for conditio *sine qua non* para o exercício profissional do jornalista⁵⁸.

Por fim, o art. 220, *caput*, da Constituição coloca em voga a irrestringibilidade da liberdade de expressão, senão decorrentes de seu próprio texto constitucional. Diante disso, filiamos à posição de que toda e qualquer restrição à liberdade de expressão deve necessariamente partir da Constituição Federal, o que não impede, contudo, que outras leis possam restringi-la, desde que sejam capazes de efetivar um exame rigoroso de

⁵⁸ Bruno Caiado de Acioli (2006, p. 28) retrata que “a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, o direito à informação e o sigilo de fonte encontram-se umbilicalmente ligados, não havendo que se falar em sigilo da fonte quando este não tiver por finalidade tornar seguro o direito à informação e à opinião, bem assim a liberdade de escrita ou liberdade de informação jornalística”. Por uma definição de fonte jornalística: Pedro Luís Piedade Novaes (2012).

proporcionalidade e sempre com fundamentação constitucional (p. ex.: para proteger outro direito igualmente fundamental)⁵⁹.

Nesse sentido, o mesmo dispositivo, em seu § 3º, traz o rol de competências do legislador em âmbito federal: (i) “regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”; (ii) “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”; além de (iii) submeter “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” à restrições legais, art. 220, § 4º (BRASIL, 1988).

Portanto, a inexistência de especificação ao legislador não impede que o Judiciário faça as restrições que entender pertinentes, conquanto que, mais uma vez, sejam fruto da aplicação do princípio da proporcionalidade e assim decorram de outros direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

A partir disso, podemos afunilar nossa pesquisa a fim de direcionar nosso enfoque para outros direitos que, de um modo ou de outro, configuram a liberdade de expressão, para deitarmos nossa atenção sobre humor como direito fundamental implícito à liberdade de expressão.

2.2.1 A liberdade de expressão sob o manto do direito à liberdade de opinião

A liberdade de opinião consiste na liberdade de escolher a própria verdade e se determinar no sentido dela (RIVERO, 1977). Vale dizer, o “movimento do pensamento de dentro para fora; é a forma de manifestação do pensamento, resume a própria liberdade de

⁵⁹ Além dessa interpretação coadunar com o texto expresso do art. 220, *caput*, da Constituição, ela também está em consonância com a máxima amplificação da noção de “intervenção” do Estado sobre a liberdade de expressão, tributária de que qualquer passo nesse sentido significaria uma restrição a este direito fundamental. Outrossim, o STF, no julgamento da ADPF nº 130, acentuou com maior peso a liberdade de expressão, conferindo liberdade plena de atuação da imprensa a ponto de coloca-la “a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação” (BRANDÃO, 2018, p. 88). Luís Roberto Barroso (2008), por exemplo, sustenta que é inadmissível a limitação da liberdade de expressão e de informação, sobretudo em virtude de lei, já que estariam revestidas de uma espécie de status mais elevado em nossa ordem jurídica, e, por isso, apenas em situações excepcionálíssimas, admitiram restrições. Aqui, pois, coloca-se uma discussão que será retomada linhas em breve: a liberdade de expressão tem caráter preferencial?

pensamento, encarada, aqui, como manifestação de fenômeno social”⁶⁰ (CALDAS, 1997, p. 59).

Desse direito de opinião é bem capaz exsurgir um direito de crítica, no sentido de contrapor uma opinião em relação à outra, argumentando em favor de uma ou de outra. René Ariel Dotti (1980, p. 216) leciona ser o direito de proferir juízos de valor a partir “da análise sobre o conteúdo e veracidade dos acontecimentos que lhe são transmitidos”.

Com efeito, a liberdade de crítica, produto da liberdade de opinião, reveste-se de uma das formas da liberdade de expressão, senão o cerne dela (GODOY, 2015; MIRANDA, 1995), porque emitir uma crítica sobre algum fato, informação, pessoa, ideia ou opinião, é, por si mesmo, expressar a própria opinião, isto é, a própria manifestação do pensamento. Logo, há certa confusão ontológica entre esses conceitos.

Apesar disso, é cediço que o direito à liberdade de crítica (ou de opinião) não se qualifica como um direito fundamental absoluto, sobretudo na ordem constitucional brasileira. Sendo assim, “dependendo das circunstâncias, poderá ela opor-se, sim, limitando-a, o direito da personalidade, muito comumente a honra das pessoas” (GODOY, 2015, p. 94).

E mais, a ilicitude da crítica⁶¹ não depende exclusivamente de sua veemência ou candência⁶², nem de sua qualidade⁶³, mas, sim, em razão “da identificação da pertinência da crítica com a obra e fato criticados” (GODOY, 2015, p. 94). Assim, “o que se deve admitir é que, a pretexto do exercício do direito de crítica, acerca de fato ou obra, se queira, a rigor, atingir, de modo ofensivo, a pessoa a quem diga respeito esse fato ou obra citados” (GODOY, 2019, p. 94).

Nesse sentido, o STJ já se posicionou pela exclusão do direito de crítica a expressão utilizada por um jornalista que chamou um político de “patife, corrupto, pervertido, depravado,

⁶⁰ Noutra passagem, o autor também define liberdade de opinião como sendo aquela que “compreende tanto o direito de informar, que se confunde com a liberdade de manifestação do pensamento, como o de ser informado, que corresponde ao direito coletivo de receber informação para que o receptor melhor edifique seu pensamento” (CALDAS, 1997, p. 59).

⁶¹ Fala-se em licitude porque entendemos, assim como Cláudio Chequer (2017), que mesmo ofensas aos direitos da personalidade devem ser vistas sob o prisma da proporcionalidade, notadamente porque se trata de um conflito entre direitos igualmente fundamentais.

⁶² Nesse sentido: STF, AgRg no AI nº 705.630/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2011.

⁶³ Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2015, p. 34) explica que “não se põe [a ilicitude da crítica] em função da qualidade da crítica, que pode ser boa, inteligente, apresentada por alguém preparado ou, ao revés, pode ser ruim, fraca, ignorante e mal fundamentada, sem por isso, e necessariamente, induzir maltrato à personalidade”.

velhaco, pusilânime, covarde e teria superado seus próprios recordes de canalhices” (BRASIL, 2014)⁶⁴.

Destarte, o principal contraponto ao direito de crítica ou opinião tem sido o bloco constitucional dos direitos da personalidade⁶⁵, que, conforme o artigo 5º, X, da Constituição, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Dentre o rol dos direitos da personalidade, o que mais se choca com o direito de crítica ou opinião tem sido o direito à honra, que pode ser entendida “tanto [como] o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento ou consciência da própria dignidade” (CUPIS, 1961, p. 111).

Logo, a honra reflete duas dimensões: uma subjetiva, condizente com o sentimento íntimo de dignidade que o homem mantém para com si mesmo; e uma objetiva, no sentido de atributo social perante uma coletividade. “Sua tutela abrange, portanto, não apenas a projeção do valor da dignidade humana, mas também o bom nome e a reputação, o simples decoro e também o crédito econômico pessoal”⁶⁶ (RODRIGUES JUNIOR, 2009, p. 113; SOUSA, 1995), tutelada tanto no âmbito civil quanto penal.

De todo modo, a importância do direito de crítica ou opinião é ímpar neste trabalho, mormente considerando que o humor muitas vezes toca por inteiro a emissão de um juízo de valor, merecendo, pois, parcela de seus revestimentos.

⁶⁴ Segundo Álvaro Rodrigues Jr. (2009, p. 123), “somente são admissíveis as críticas objetivas, ou seja, aquelas relativas às obras e às realizações e que visem, antes de tudo, ao interesse público, ao interesse geral, e não aquelas dirigidas diretamente às pessoas com o escopo de macular a sua dignidade ou honorabilidade”. Igualmente, Enéas Costa Garcia (2002, p. 209) entende caracterizar ato ilícito “a crítica infamante, que afasta-se do julgamento objetivo para ingressar no campo da ofensa pessoal, do ataque à honra. Pode o cronista ressaltar os defeitos de uma obra literária, considerá-la pouco expressiva, mas não poderá descambar para a ofensa pessoal ao autor, atribuir-lhe a pecha de ignorante, analfabeto, charlatão etc.”.

⁶⁵ Muito embora existam aqueles que dão uma interpretação extensiva ao rol dos direitos da personalidade, a exemplo de Carlos Alberto Bittar (1989), para quem esses direitos compreenderiam o direito à vida, à integridade física, ao corpo, às partes do corpo, ao cadáver, às partes do cadáver, à imagem, à voz, à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais, preferimos o delineamento traçado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2015, p. 30), assim abrangendo aqueles mencionados expressamente na Constituição Federal: “o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem”. Com isso, não se está dizendo que a liberdade de expressão não possa entrar em conflito com o direito à vida e à integridade física e/ou psíquica, por exemplo, mas que, quando se fala em direitos da personalidade, estar-se-á fazendo menção àqueles expressamente previstos no art. 5º, X, da Constituição.

⁶⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1992, p. 79) leciona que a honra é “o direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja ser bem visto pela sociedade. É uma combinação entre auto respeito e respeito dos outros”.

2.2.2 A liberdade de expressão sob o manto do direito à liberdade de criação artística

A liberdade de criação artística como direito fundamental só pode ser entendida a partir de alguns elementos norteadores de uma teoria dos direitos culturais. Dentre uma meia dúzia de conceitos atribuídos à palavra “cultura”, merece destaque “aquele vinculado à antropologia em sua dimensão mais abrangente, que se reporta a toda e qualquer produção material e imaterial de uma pessoa ou coletividade específicas, ou até mesmo de toda humanidade” (CUNHA FILHO, 2018, posição 266).

Considerando que vivemos em uma “sociedade de poder”, isto é, onde “o poder político é universal, imanente ao social [...]”, realizável através de um poder coercitivo ou de um poder não-coercitivo (CLASTRES, 1979, p. 20)⁶⁷, um conceito de cultura precisa estar impingido no bojo do próprio poder político de nosso Estado, outrora consubstanciado na Constituição Federal. Isso porque a Constituição Federal é considerada como um resultado da própria cultura brasileira, notadamente porque “há um sentido em dizer que tudo o que é cultural é humano e tudo o que é humano é cultural” (CUNHA FILHO, 2018, posição 313).

Fayga Ostrower (2010) define cultura como o conjunto de formas materiais e espirituais (imateriais) com as quais os indivíduos de um grupo de pessoas convivem, atuam e se comunicam. Segundo ela, “o homem surge na história como um ser cultural” e “ao agir, ele age culturalmente, apoiado na cultura e dentro de uma cultura” (OSTROWER, 2010, p. 13).

Com efeito, os direitos culturais decorrem diretamente da leva de direitos humanos trazidos com a segunda dimensão, anotados como direitos sociais, econômicos e culturais, embora isso não signifique que não encontrem guarida noutros direitos fundamentais de outras dimensões, a exemplo da própria liberdade de expressão⁶⁸ (CUNHA FILHO, 2018).

A diferença, entretanto, em considerar a segunda dimensão como a que melhor acolhe a cultura e, mais especificamente, os direitos culturais, é que, nela, o enfoque deixa de ser analítico e passa a ser empírico, admitindo-se uma abertura substancial para outros conceitos

⁶⁷ Ainda segundo Pierre Clastres (1979, p. 9), “o poder realiza-se numa relação social característica: comando-obediência”, de modo que “a ausência da relação comando-obediência acarreta, ipso facto, a ausência do poder político” (CLASTRES, 1979, p. 14).

⁶⁸ É neste ponto que André de Carvalho Ramos (2019) traça, como uma das principais críticas à essa classificação das dimensões dos direitos humanos, a falsa percepção de que os direitos humanos teriam surgido segundo uma ordem cronológica, como se quando tivesse havido a consagração da liberdade não havia nada que dissesse sobre a existência dos direitos oriundos da igualdade, ou então, direitos sociais, econômicos e culturais.

que, diante de uma análise rápida e desatenta, poderiam passar despercebidos (GUERRA FILHO, 1977, p. 11)⁶⁹.

A partir dessas lições, é visível que a cultura resplandece como pano de fundo na Constituição Federal, permitindo-se falar em espécies de direitos culturais:

[...] a liberdade de manifestação; a liberdade de expressão da atividade artística; a liberdade do exercício profissional artístico; a liberdade de associação artística, inclusive de natureza sindical; propriedade, transmissão hereditária e poder de fiscalização sobre as criações do intelecto, bem como sobre a imagem, a representação, a interpretação, a voz e coisas análogas; a proteção do patrimônio histórico e cultural como bem de natureza difusa, ou seja, pertencente a cada um dos brasileiros; o lazer cultural; a educação; a paridade e o reconhecimento jurídico do trabalho intelectual relativamente aos demais tipos; a língua como elemento de identidade cultural intra e supranacional; o uso de símbolos para afirmar a diversidade dos entes federativos e, por conseguinte, das sociedades que os habitam (CUNHA FILHO, 2018, posição 763).

Com forte nisto, duas outras questões passam a ser admitidas. A primeira delas subsume a existência dos direitos culturais ao viés ideológico do multiculturalismo, “por meio do qual se defende a coexistência de povos, comunidades e grupos lastreados em valores e expressões culturais distintos” (CUNHA FILHO, 2018. Posição 465).

Aliás, o multiculturalismo é perfeitamente acolhido pela Constituição Federal em seu art. 215, § 1º, segundo o qual “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 1988). Ademais, também pode ser abstraído do pluralismo político como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, V)⁷⁰ e do formato do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*)⁷¹, conceitos estes caros à Constituição Federal.

⁶⁹ Willis Santiago Guerra Filho (1977, pp. 11-2) evidencia isso ao explicar que a primeira dimensão dos direitos humanos é analítica, eis que nela “se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação”; a segunda é empírica, “por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas nas leis e nas normas do gênero, mas também – e principalmente – na jurisprudência”; ao passo que a terceira é normativa, “enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade de chamaria de doutrina”.

⁷⁰ O princípio do pluralismo político não se resume tão somente na questão dos direitos políticos, notadamente porque “pluralismo significa [no sentido de que precisa significar] participação plural na sociedade”, e essa participação “é vasta, envolvendo partidos políticos, sindicatos, associações, entidades de classe, igrejas, universidades, escolas, empresas, organizações em geral” (BULOS, 2018, p. 516), todas elas palco de expressões de ideia, opiniões e pensamentos, artísticos, intelectuais, científicos ou de qualquer outra natureza.

⁷¹ Esse princípio “reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático”, de modo que “a força e intensidade desse princípio projeta-se em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira” (BULOS, 2018, p. 510).

A segunda questão abarcada pela noção de direitos culturais é a “liberdade criativa e de expressão com responsabilidades pessoais”:

[...] outro dogma que acompanha os direitos culturais é o da liberdade criativa e de expressão com responsabilidades pessoais pelos excessos relativos ao exercício desse direito, o qual, em termos positivos mais genéricos, está consagrado na fórmula asseguradora de que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CUNHA FILHO, 2018, posição 2917).

Particularmente aqui, a liberdade criativa dialoga com a liberdade intelectual, sendo esta “tomada apenas como gênero, do qual a artística, a científica e a de comunicação seriam as únicas espécies” (CUNHA FILHO, 2018, posição 2927).

Destarte, “todo o potencial criativo na arte, na ciência, na tecnologia, na política, enfim, toda nossa capacidade criadora individual e coletiva depende fundamentalmente do respeito e da promoção do direito à liberdade de expressão em todas as suas dimensões” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 2).

Então, se cultura é um termo que admite a formulação de direitos culturais – *assim também fundamentais* –, dentre os quais se situa a liberdade criativa passível de resultar na liberdade artística, a pergunta que se faz é a seguinte: *o que é arte para fins de liberdade de criação artística?*

Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos (2009) sustentam que a doutrina constitucional pátria não traz reflexões aprofundadas sobre a liberdade de arte, restringindo-se às análises genéricas da liberdade de expressão.

O pano de fundo para a análise da liberdade artística é o tratamento e a interpretação sobre o que representa e o que não representa uma arte⁷². Nesse sentido e com base no que tem prevalecido sobre o tema, Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos (2009, p. 4) resumem os critérios para a definição sobre o que é arte:

Material. A arte consiste no trabalho criativo que permite se expressar dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão. *Formal.* Possibilidade de classificar certa produção em uma categoria de obras que são reconhecidamente artísticas (pintura, teatro, dança etc.). *Significado.* A obra permite várias

⁷² Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos (2009, p. 4) exemplificam que “aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista”.

interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias e estímulos. *Reconhecimento*. Atribuição do predicado “arte” a certa obra por terceiros que têm reconhecimentos na área [grifo nosso].

De outro lado, há, também, aqueles que sustentam um critério essencialmente subjetivo, no sentido de considerar válida tão somente a intenção do criador (TSAKYRAKIS, 2006, *apud* DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, 2009)⁷³.

Diante desses critérios diversos, é preferível um conceito objetivo, porém igualmente amplo, que não seja capaz de terminar em uma visão puramente subjetiva sobre aquilo que é arte. Na verdade, a preocupação não deve recair sobre aquilo que ontologicamente “é arte”, “mas o que determinado ordenamento jurídico protege como tal”, pois, “por mais amplos que sejam os critérios escolhidos para delimitar o conceito jurídico da ‘arte’, cabe ao Estado estabelecê-los” (DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, 2009, p. 4).

Todavia, inobstante a necessidade de evitar a utilização de conceitos subjetivos ao extremo em preferência com aquilo que nosso ordenamento jurídico protege como arte, é preciso aceitar que a arte dispensa o bom grado das pessoas. Isso porque, por exemplo, “muitas pessoas apreciam ver em quadros o que também lhes agradaria ver na realidade” (GOMBRICH, 2012, p. 15).

Portanto, deve-se evitar questionar a qualidade artística de determinadas obras, sejam elas de qualquer natureza, indicando a mínima intervenção estatal sobre o tema, que seja igualmente capaz de garantir a mais ampla flexibilidade possível (DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, 2009).

Noutras palavras, quando deixamos de estabelecer uma determinada manifestação artística como tal não estamos dizendo que aquilo não é arte, ou simplesmente que seu criador não seja um artista. Deveras, não é preciso ingressar neste mérito, porque a questão que se coloca é se aquela manifestação, seja artística ou não, pode ser admitida como lícita, vale dizer, “se” e “em que medida” é capaz de ferir desproporcionalmente outros direitos fundamentais.

Diante disso, o que nos interessa é o feixe de ações envolvidas pela liberdade artística, assim compreendido em “criar, produzir, divulgar, promover obras de arte, entre outras”, ou

⁷³ E. H. Gombrich (2012, p. 15), por exemplo, entende que “nada existe realmente a que se possa dar o nome Arte. Existem somente artistas”, de modo que a atividade artística pode “significar coisas muito diversas, em tempo e lugares diferentes, e que a Arte com A maiúsculo não existe”.

seja, “como um poder ou faculdade de criar ou não criar obras de arte, de produzir ou não produzir, de divulgar ou não divulgar etc.” (SILVA, 2009, p. 3201).

Com efeito, ao reconhecermos que criações artísticas podem desagradar aqueles que, diferentemente de seu criador, não compartilham de um juízo de qualidade sobre a criação, e que esse juízo não deve pautar aquilo que é ou não é arte, tampouco o que pode ou não pode ser vertido como tal, passamos a ser capazes de afunilar a questão da liberdade artística às ações impingidas nela.

Logo, a análise sobre o que pode ser vertido como manifestação lícita da criação artística depende do contraponto envolvido, isto é, do direito fundamental eventualmente ofendido.

2.3 O direito ao humor como direito fundamental implícito à liberdade de expressão e as prováveis colisões com outros direitos fundamentais

Até o presente subcapítulo, tivemos a oportunidade de tratar as definições da liberdade de expressão, sobre sua importância para o Estado Democrático de Direito e seus consectários constitucionais, discorrendo, também, acerca da construção lógico-constitucional do direito de opinião ou crítica e do direito de criação artística.

Notadamente em relação ao direito de crítica, vimos que sua consubstanciação se dá com enfoque na liberdade de opinar, isto é, emitir juízos de valor sobre determinada ideia, informação, pessoa ou grupo de pessoas. De outro lado, a liberdade de criação artística reflete a possibilidade de criar, produzir, divulgar e promover obras de arte, analisada sob a ótica da ofensa a outros direitos fundamentais (SILVA, 2009).

Como é cediço na obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2018), os direitos fundamentais são classificados em dois grandes grupos: os direitos fundamentais expressamente positivados, no sentido daqueles que estão escritos no texto da Constituição Federal ou tratados internacionais ratificados na ordem interna; e os direitos fundamentais não expressamente consagrados, eis que não estão escritos nem na Constituição Federal, tampouco em tratados de direito internacional positivados na ordem interna.

Entre os direitos fundamentais não escritos, situam-se os direitos implícitos, porque subentendidos no bojo das normas de direitos fundamentais expressamente positivados, e os

direitos derivados, porque decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais. Nas palavras do autor:

A primeira se constitui dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por José Afonso da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais da própria norma contida no art. 5º, § 2º, da Constituição, denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios (SARLET, 2018, p. 88).

Com efeito, essa classificação é suficiente para permitir o desenvolvimento de outros direitos fundamentais, ou porque implícitos como “posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (SARLET, 2018, p. 88), ou porque decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Reunimos, portanto, todos os ingredientes para extrair a existência de um direito fundamental ao humor com supedâneo no próprio texto constitucional.

Em primeiro lugar, a liberdade de expressão, mormente através da liberdade de opinião ou de crítica e da liberdade de criação artística, permite que o discurso seja utilizado de forma livre tanto para criticar ou opinar sobre algo, quanto para criar ou produzir determinado conteúdo.

Em segundo lugar, a existência do direito fundamental à liberdade de expressão na Constituição Federal, consagrado sobre aqueles quatro pilares emprestadores de importância no campo de um Estado Democrático de Direito⁷⁴, permite a extração de um direito igualmente fundamental, dadas as semelhanças guardadas.

Portanto, o direito fundamental ao humor pode perfeitamente existir como direito implícito, isto é, subentendido nas normas definidoras do direito à liberdade de expressão, assim como o art. 5º, IV, e o art. 220, *caput*, da Constituição Federal, sem prejuízo das demais normas constitucionais conformadoras dela, a exemplo do art. 5º, X.

É inegável que o humor é ele mesmo manifestação do pensamento ou intelecto humano, guardando identidade plena com a liberdade de expressão protegida pelos arts. 5º, IV,

⁷⁴ Quais sejam esses pilares: a busca da verdade, a autossatisfação pessoal, a participação democrática e o controle sobre os atos do Governo.

e 220, da Constituição. De forma mais aprofundada, o humor pode ora se manifestar sob o manto da crítica ou opinião, mais se apresentando como uma roupagem desta do que propriamente seu conteúdo, ora como criação artística, porque mais lúdicos e distante de revelar qualquer opinião ou crítica.

Logo, na medida em que se reconhece a existência de um discurso humorístico utilizado como crítica, seja em desfavor de uma pessoa determinada ou de um grupo de pessoas, ou ainda, de uma ideologia; igualmente se pode reconhecer a existência de um discurso humorístico autopoietico⁷⁵, isto é, criado por si e para si próprio. Parafraseando Friedrich Nietzsche⁷⁶, tem-se aqui “o humor pelo humor”, cuja essência é lúdica e criativa.

Todavia, um pouco mais sobre essa classificação será retomado no capítulo seguinte, sobretudo porque nele será delineado o pensamento histórico-filosófico que ampara o fenômeno. Seja como for, desde já é possível falar na existência de um direito fundamental ao humor implícito à liberdade de expressão, ora porque vinculado à crítica ou opinião, através de uma roupagem humorística, ora relacionado às nuances da criação artística.

2.3.1 Deduções sobre as lições teóricas da máxima da proporcionalidade

É preciso retomar a questão das colisões entre direitos fundamentais, oportunidade em que vimos que tanto os princípios quanto as regras são espécies de normas, sendo que: (i) os princípios são mandamentos de otimização que estabelecem que determinada permissão ou proibição “deve ser realizada na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e

⁷⁵ Autopoiese se consubstancia naquilo que, por sua vez, é poietico, ou seja, “produtivo ou criativo, enquanto diferente de prático”, daí porque Aristóteles dizia que “a arte é produtiva, enquanto que a ação não” (ABBAGNANO, 2007, p. 772). O termo foi cunhado originariamente por Humberto Maturana e Francisco Varela e, grosso modo, revela a capacidade que os seres vivos têm de reproduzirem a si mesmo através de suas moléculas: “la teoría de la autopoiesis radica en que ella muestra que el ser vivo es un ente sistémico aun cuando su reatizacion sea de carácter molecular. Esta teoría muestra que ninguna molecula o clase de molecula determina por si sola ningun aspecto o rasgo del operar del ser vivo como tal, pues todas las caracterfsticas del ser vivo se dan en la dinamica de su autopoie” (MATURANA; VARELA, 1994, p. 23). Posteriormente, o termo foi adotado por Niklas Luhmann para se referir ao sistema de retroalimentação dos subsistemas sociais, notadamente o Direito. Aqui, utilizamos o termo metaforicamente para designar a capacidade de existência do humor como um fim em si mesmo, e não meio de crítica ou ofensa propriamente dito.

⁷⁶ Nietzsche (2019, posição 940) fala sobre “a arte pela arte”, no sentido de que “a luta contra a finalidade na arte é sempre uma luta contra as tendências moralizadoras, contra a subordinação da arte à moral”, isso porque o instinto dos grandes homens deve ser dirigido à arte, “ou preferivelmente ao sentido da arte, à vida, a um desejo de vida. A arte é o grande estimulante da vida”. Segundo o filósofo, “quase todas as formas de existência que hoje honramos viveram, em outro tempo, nessa atmosfera meio sepulcral: o homem da ciência, o artista, o gênio, o espírito livre, o cômico, o comerciante, o grande explorador” (NIETSCHE, 2019, posição 1211), mas, por ter prevalecido o sacerdote como um tipo superior, esses homens de valor de todas as classes acabaram sendo desprezados, e suas criações, marginalizadas.

fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90); (ii) as regras são normas que “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, ou seja, “se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91).

De forma mais esclarecedora, a distinção entre regras e princípios pode ser enxergada sob a questão dos conflitos, em caso de regras Vs. regras, ou das colisões, em caso de princípios Vs. princípios, ou ainda, direitos fundamentais Vs. direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

No que diz respeito ao conflito entre regras, ele só pode ser solucionado se for introduzida, em uma das regras postas nessa situação, “uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92).

Merecem guarida, aqui, os clássicos critérios para a solução de antinomias: o critério cronológico, segundo o qual a norma posterior prevalece sobre a norma precedente; o critério hierárquico, nos termos do qual a norma de grau superior prevalece sobre a de grau inferior; e o critério da especialidade, segundo o qual a norma especial prevalece sobre a geral (BOBBIO, 2006)

De outro lado, quando se fala em colisão entre dois princípios, sedimenta-se que um deles deverá ceder em face do outro:

Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições [...]. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 94).

Conhecendo essas lições, os direitos fundamentais devem ser lidos à luz da estrutura dos princípios, especialmente quando colocados em situações de colisão:

As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação. [...]. É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da

idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor (ALEXY, 1999, p. 75-76).

Portanto, “os conflitos [ou melhor dizendo: as colisões] de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 182). Logo, a colisão entre princípios, ou ainda, entre direitos fundamentais, deve ser lida sob a luz da máxima da proporcionalidade, assim consubstanciada nos critérios ou subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008).

Com efeito, “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios [leia-se: direitos fundamentais] serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”, ao passo que “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2008, p. 118).

A partir desse ponto central na teoria dos princípios, Robert Alexy (2008), no intento de rebater as severas críticas que seu trabalho tem sofrido desde então – *especialmente vindas de Habermas, Forsthoff e Böckenförde, e ainda, entre nós, de Eros Roberto Grau e Humberto Ávila* –, buscou traçar alguns refinamentos teóricos que precisam ser ao menos mencionados neste trabalho. Antes, porém, de tratar sobre os indigitados refinamentos teóricos, é preciso localizar o tema da ponderação.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23) acentua que a ponderação deve ser entendida como “a técnica jurídica de solução de conflitos [leia-se: colisões] normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”⁷⁷.

Um primeiro ponto estabelece que a ponderação de princípios se reveste da qualidade de uma resposta às técnicas tradicionais de solução de antinomias entre regras, o que significa dizer que com elas não se confunde. Portanto, sempre que for tratada a questão da colisão entre direitos fundamentais, será preciso utilizar, como técnica, a teoria dos princípios de Robert Alexy (2008), afastando-nos das clássicas técnicas de subsunção ou silogismo.

⁷⁷ Daí porque Ana Paula de Barcellos (2005, p. 31-32) bem coloca que: “do ponto de vista metodológico, porém, a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior. Isso é o que ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias”.

Um segundo ponto possibilita afirmar que a ponderação de princípios se situa no bojo de uma teoria da argumentação jurídica, na medida em que “argumentar é propor soluções que hajam sido elaboradas depois de se ponderarem razões” (BRANCO, 2009, posição 140). Nesse sentido, “toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação” (BARCELLOS, 2005, p. 1).

Destarte, “as decisões sobre o que é correto ou incorreto, justo ou injusto surgem de discursos, formulados por meio de argumentos deduzidos por seus participantes, segundo regras que garantem o respeito à liberdade e à igualdade de todos eles”, de modo que, “se esse discurso prático é racional, assume-se que o seu resultado também o seja” (BRANCO, 2009, posição 4305).

Nesse diapasão, embora discurso jurídico também admita uma teoria da argumentação, certo é que ele se desenrola sob uma série de limitações:

O discurso jurídico se submete a condicionamentos, materiais e formais, estabelecidos em leis, pelo saber técnico assentado e pelos precedentes. Nem todas as questões são suscetíveis de debate; além disso, as partes se empenham mais pelos seus interesses do que por alcançar o que é estritamente justo. Como, de toda sorte, a atenção é voltada também aqui para a correção de enunciados sobre o que se deve ou não fazer, Alexy mantém que o discurso jurídico é um caso especial do discurso geral. Por isso mesmo, formula a tese de que “argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente”. As proposições devem ser racionalmente fundamentadas, mas no marco do ordenamento jurídico (BRANCO, 2009, posição 4309).

Com efeito, “a argumentação jurídica deve estar vinculada às leis e aos precedentes e tem que observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica” (BRANCO, 2009, posição 4340), e “isso esclarece uma das mais importantes diferenças entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral. No contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações” (ALEXY, 2001, p. 212).

Esses limites repousam no que Robert Alexy chama de justificação externa, isto é, “a justificação de premissas usada no processo de justificação interna é o assunto da justificação externa” (ALEXY, 2001, p. 224). Segundo o autor, há seis grupos de formas de justificação externa: interpretação, argumentação dogmática, uso de precedentes, argumentação geral prática, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2001).

Em breve, seremos levados a emprestar como argumentação alguns dos recursos colocados por Robert Alexy, especialmente a argumentação empírica, a argumentação

dogmática e o uso de precedentes, a fim de traçar alguns *standards* jurídicos para a aplicação e interpretação do humor como liberdade de expressão.

Um terceiro ponto nos leva a considerar que a ponderação de princípios, notadamente entre direitos fundamentais de iguais valores abstratos, não se desenvolve apenas após o surgimento do caso concreto, mas, também, antes dele. Trata-se da chamada “ponderação preventiva ou abstrata”, colocada em evidência por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 147):

Na medida em que a ponderação vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados, o juiz terá balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais. Esse conjunto de ideias conduz à formulação de dois momentos para a ponderação ou de duas modalidades de processo ponderativo, que podem ser denominadas ponderação preventiva ou abstrata e ponderação real ou concreta.

Assim, “uma vez que as circunstâncias imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos” (BARCELLOS, 2005, p. 150).

Tributária dessa lição, exsurgem os *standards* jurídicos, que podem tanto ser doutrinários (baseados numa ponderação abstrata), quanto jurisdicionais (embasados numa ponderação concreta).

Com efeito, o principal objetivo deste trabalho é justamente fornecer *standards* jurídicos abstratos que sejam capazes de classificar o humor, em um primeiro momento, e de delineá-lo frente outros direitos fundamentais que eventualmente possam ser prostrados em rota de colisão com ele. Contudo, não chegaremos a realizar um exercício de proporcionalidade em abstrato, mas, antes, emprestar argumentos para que seja ele efetivado *in concreto*.

Finalmente, um quarto ponto situa que a máxima da proporcionalidade, conforme já fora citado linhas acima, deve ser formulada com supedâneo em uma tríade, assim composta por três subprincípios ou critérios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação, o teste da intervenção no direito fundamental envolve a resposta da seguinte questão: *a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?* Inobstante a adequação da medida, é preciso levar em consideração que “a exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é

possível saber, com certeza e de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe” (SILVA, 2017, p. 170).

É por isso que, para Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, posição 4498):

Basta que a medida possa ajudar o resultado pretendido [...], quer porque o meio escolhido acelera a ocorrência do objetivo perseguido, quer porque o torna mais provável, aproximando de modo mais seguro o seu acontecimento, quer, ainda, porque permite que pelo menos alguns aspectos do fim perseguido sejam alcançados. Resume-se tudo isso, equacionando-se o subprincípio da adequação com a exigência de que a interferência sobre o princípio possua a potencialidade de facilitar a meta legítima que se quer obter.

No teste da necessidade, “se já há mais de um meio igualmente adequado para se acudir à finalidade que o princípio busca, deve ser preterido o meio mais intrusivo sobre o princípio que sofrerá a intervenção” (BRANCO, 2009, posição 4517).

Com efeito, a necessidade é um teste comparativo, o que “significa que um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade” (SILVA, 2017, p. 171). Ou seja, “um ato estatal que limita direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2017, p. 171).

Sendo assim, o exame da necessidade envolve, profundamente, duas etapas de investigação: primeiro, procede-se ao “exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim)”; em segundo lugar, procede-se ao “exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados)” (SARLET, 2018, p. 417).

Já na terceira fase da ponderação, chega-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, ponto em que voltamos ao *upgrade* que Robert Alexy (2008) deu ao seu posicionamento após ter sido confrontado por nomes de peso, como Habermas, Forsthoff e Böckenförde.

Segundo o autor, o teste da proporcionalidade em sentido estrito gera duas leis, assim chamadas de “leis do sopesamento”. A primeira lei diz que: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593). A segunda delas, tida como chave-mestra da ponderação e obtida após inúmeras fórmulas lógicas, diz que: “quanto mais pesada for a intervenção em um

direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 617).

Essas duas leis do sopesamento devem ser lidas como pano de fundo da lei de colisão entabulada por Robert Alexy (2008, p. 99): “se o princípio P¹ tem precedência em face do princípio P², sob as condições C: (P¹ P P²) C, e se do princípio P¹, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R”.

Além disso, aquelas duas leis também devem ser consideradas as pedras angulares para as normas de direito fundamental atribuídas como resultado do sopesamento: “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (ALEXY, 2008, p. 102).

Por fim, é na terceira fase da ponderação que exsurge a questão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual, necessariamente, deve se fundir na própria análise da proporcionalidade em sentido estrito, tal como nos é colocado por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 200):

Ambos os conceitos guardam íntima relação [conteúdo essencial relativo⁷⁸ e proporcionalidade]: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos [...]. Se assim não fosse, ou seja, se fosse necessário distinguir os conceitos de proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais, seria necessário aceitar que restrições a direitos fundamentais, ainda que proporcionais, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial.

Aventadas todas essas questões sobre como aplicar a máxima da proporcionalidade, cabe-nos identificar quando essa tarefa será útil, pois já sabemos que, no contexto jurídico das

⁷⁸ A ideia de conteúdo essencial relativo pressupõe o afastamento de um conteúdo essencial absoluto, isto é, na “rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental”, de modo que, “segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial [...] depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto” (SILVA, 2017, p. 196), daí porque “é perfeitamente possível que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto” (SILVA, 2017, p. 186). Em verdade, Virgílio Afonso da Silva (2017) adota uma dimensão subjetiva do conteúdo essencial, em contraposição a uma dimensão meramente objetiva, e um conceito relativo de conteúdo essencial, o que acaba por fortalecer a racionalidade da máxima da proporcionalidade como técnica de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

discussões, nem todas as questões estão abertas ao debate, dada a existência de limitações à própria teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2001).

Cediço, então, que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição na Constituição quanto por norma editada com fundamento constitucional. Há, ainda, uma terceira forma de restrição, que é aquela vinculada à possibilidade de restrição imposta por força de uma colisão com outro direito fundamental, ainda que inexista limitação expressa ou autorização nesse sentido (SARLET, 2018).

Noutras palavras, podemos nos deparar como restrições diretamente constitucionais, consubstanciadas em cláusulas restritivas constitucionais expressas, que já antecipam uma posição jurídica *prima facie* em um não-direito definitivo, na mesma proporção em que nos deparamos com restrições estabelecidas pelo legislador infraconstitucional (SARLET, 2018), independentemente, no entanto, de reserva legal para tanto (SILVA, 2017).

É especialmente neste ponto que podemos falar na utilidade da máxima da proporcionalidade, que ora pode ser lançada às mãos do julgador ao resolver a colisão concreta entre dois direitos fundamentais, ora pode ser tomada pelo legislador ao impor restrições a determinado direito fundamental, independentemente de qual nomenclatura essa restrição receba – *se regulamentação, regulação, conformação, limitação etc.*

Há, ainda, uma outra seara onde também é possível utilizar a máxima da proporcionalidade, ainda que indiretamente e com cuidados mais extremos do que outrora. São as chamadas colisões entre regras e princípios, que diferem dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios.

Segundo Robert Alexy (2008), quando se tem uma colisão entre uma regra e um princípio, deve-se enxergar, na verdade, uma colisão entre dois princípios, vale dizer, entre o princípio não consubstanciado em regra e entre o princípio que oferece embasamento para a consubstanciação da regra que o reflete⁷⁹.

⁷⁹ Noutras palavras, “essa resposta é a seguinte: quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia” (SILVA, 2017, p. 52).

Ocorre que esse é o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios de Robert Alexy, o que leva Virgílio Afonso da Silva a expor o seguinte:

Ela é problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica. Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito. Essa segurança é garantida “quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha”. Essa instância, em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ele cria (SILVA, 2017, p. 52).

Segundo o autor, nestes casos, existe apenas “o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário” (SILVA, 2017, p. 52), de modo que “a relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição” (SILVA, 2017, p. 52), devendo ser aplicada pela subsunção, portanto.

Evidentemente, pode haver casos mais problemáticos em que a mera subsunção levaria a situações incompatíveis à luz de algum princípio ou direito fundamental previsto na Constituição, sem, contudo, essa incompatibilidade se consubstanciar em algo verificável em abstrato e, portanto, “sem que haja razões para considerar a regra inconstitucional⁸⁰” (SILVA, 2017, p. 53).

Um exemplo trazido pelo teórico é o julgamento do HC nº 83.996 pelo STF, conhecido no âmbito acadêmico como caso “Gerald Thomas”. Nele, o STF reconheceu que a conduta praticada pelo diretor, consistente na amostra de suas nádegas ao seu público teatral durante uma exibição, não configuraria o crime previsto no art. 233 do Código Penal (ato obsceno) (SILVA, 2017).

Naquele caso, embora se pudesse afastar a incidência do art. 233 do Código Penal em virtude da liberdade de expressão, essa opção não seria o melhor caminho, notadamente porque, “se se decide pela prevalência da liberdade de expressão, é necessário aceitar que há regras que,

⁸⁰ Nestes casos, não se discute uma limitação genérica, mas, sim, casuística. Essa limitação casuística “só é permitida após a verificação de um conflito concreto entre dois bens jurídicos, sendo necessária uma decisão da Administração ou do Judiciário sobre o direito que deverá prevalecer no conflito em apreço”, daí porque ‘o operador do direito deve conhecer a problemática dos limites de sua proteção e dos métodos de solução de colisões entre direitos fundamentais’ (DIMOULIS; MARTINS; 2008, p. 135). Portanto, não se coloca em evidência a (in) constitucionalidade de determinada regra, mas, sim, a aplicação-interpretação dela, à luz do postulado da proporcionalidade.

embora aplicáveis a um caso concreto, podem eventualmente não ser aplicadas” (SILVA, 2017, p. 53), contrariando o caráter de definitividade da regra, sugerindo o autor que:

Uma solução possível para esse tipo de colisão, que seja compatível com os pressupostos deste trabalho, seria, por exemplo, excluir a tipicidade da conduta do agente. Para essa exclusão é possível utilizar qualquer forma de argumentação jurídica, inclusive o sopesamento. Mas o sopesamento, nesse caso, não é uma forma de aplicação do direito, já que se trata de colisão envolvendo uma regra, mas uma mera forma de argumentação (SILVA, 2017, p. 54).

O mesmo raciocínio o leva a narrar um outro caso em que, ao invés de uma eliminação de determinada conduta de um tipo penal, levou à inclusão de uma conduta, estado ou posição jurídica na proteção de um direito fundamental, qual seja: a jurisprudência de relativização do saque de FGTS em casos envolvendo dependentes com HIV, numa clara decisão *contra legem* ao disposto no art. 1º, II, da Lei nº 7.670/88.

Nesta relativização do dispositivo legal, houve uma consolidação jurisprudencial sobre o tema, de modo que “seu processo de surgimento – sopesamento entre princípios – e aplicação – subsunção – é o mesmo”, ou seja, “se se puder falar em algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação” (SILVA, 2017, p. 56).

Feitas essas considerações, verificamos a existência de uma diferenciação entre a aplicação de direitos fundamentais, que se dá especialmente através do sopesamento, da aplicação de dispositivos infraconstitucionais (regras), que se dá na seara da subsunção.

Entretanto, com a licença que o assunto merece, isso não descarta inteiramente a técnica do sopesamento, que, em alguns casos, pode ser vista também como interpretação, e não apenas aplicação do Direito.

Isso porque é preciso reconhecer que a máxima da proporcionalidade pode funcionar, além de um método de aplicação do Direito, também como um método de interpretação, uma vez que toda interpretação se finda, necessariamente, numa aplicação do direito positivo (DINIZ, 2017; MACHADO NETO, 1987; MAXIMILIANO, 2011; CARVALHO, 2016).

Mesmo Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 54) reconhece essa questão ao afirmar que, para fins de exclusão da tipicidade de determinado crime, “é possível utilizar qualquer forma

de argumentação jurídica, inclusive o sopesamento”, embora não como aplicação do Direito, mas, sim, interpretação argumentativa⁸¹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2014, posição 321) afirma “não é possível isolar inteiramente a aplicação do direito de sua interpretação”, de modo que o processo de subsunção se relaciona com o problema da aplicação, a qual, embora não se confunda com a interpretação, exige-a: “demonstrado, por via hermenêutica, o sentido da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra” (FERRAZ JR., 2014, posição 377).

Ademais, a máxima da proporcionalidade jamais pode ser vista distante de uma teoria da argumentação jurídica, esteja revestida de aplicação ou interpretação do Direito, ou seja, não há como utilizar a máxima da proporcionalidade sem lançar mão de técnicas de argumentação jurídica.

Com efeito, o fato de relacionarmos a máxima da proporcionalidade com uma teoria da argumentação jurídica não pode soar como algo pejorativo, especialmente quando podemos contar com as justificativas externas acrescentadas por Robert Alexy (2001) – *p. ex.: dogmática*⁸² e *uso de precedentes* –, bem como com as duas leis do sopesamento expostas pelo autor no posfácio de sua obra (ALEXY, 2008).

Aliás, segundo essa linha de raciocínio, devem ser rebatidas as críticas formuladas pela falta de objetividade plena no método da proporcionalidade:

Meu pressuposto aqui é outro: eu rejeito essa possibilidade. Não existe método totalmente objetivo, no sentido de mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus argumentativo. Ou seja: não existe ônus da prova na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não

⁸¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2014), sintetiza a linha sucessiva da argumentação persuasiva entre as fases da *translatio*, *conjectural* e *definitio*. Esta última, por sua vez, contando com a superação da juridicidade dos fatos e da ocorrência dos mesmos, “é sempre partidária, isto é, usada no interesse das partes” (FERRAZ JR., 2014, posição 577), daí porque “corresponde, na argumentação jurídica, a uma normatização jurídica da semântica natural. Aqui, entra a habilidade hermenêutica” (FERRAZ JR., 2014, posição 580), “tornando difícil uma qualificação – sempre no sentido partidário – da definição em termos de verdadeira ou falsa” (FERRAZ JR., 2014, posição 588). Isso justifica o porquê que a argumentação jurídica não se confunde com a ciência.

⁸² “Os reguladores dogmáticos de uma interpretação de legitimação são, por isso, abertos, flexíveis, como é o caso, por exemplo, da regra da proporcionalidade: os fins articulados e qualificados devem estar na dependência dos meios disponíveis e identificáveis, ou, da regra da exigibilidade: o Estado social está vinculado à realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista da sua viabilidade” (FERRAZ JR., 2014, posição 834).

existe um ônus de demonstração, existe um ônus argumentativo (SILVA, 2011, p. 367).

A partir de então, Virgílio Afonso da Silva (2011) passa a oferecer uma garantia de objetividade para a técnica do sopesamento, o que faz considerando três aspectos: um de ordem metodológica, outro de ordem teórica e um terceiro de ordem institucional.

Em apertada síntese, sob o aspecto metodológico, o autor sustenta que as relações de preferências exauridas diante de conflitos entre direitos fundamentais não podem simplesmente ser escolhidas, mas, sim, fundamentadas de acordo com um escalonamento entre restrições pequenas, médias e grandes, tal como sustentado em Robert Alexy (2008).

Logo, o resultado final de uma decisão não deve demonstrar uma “preferência” de um direito fundamental em face de outro, e sim uma “fundamentação de preferência” em prol de um e não de outro (SILVA, 2011).

Sob o aspecto teórico, ele estabelece o dever de esclarecimento acerca dos pressupostos teóricos – *aqui acrescentamos, também, os pressupostos dogmáticos* – que circundam o intérprete ou aplicador responsável pela decisão, considerando a necessidade de superar questões como: “qual é o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e na aplicação do direito em geral?”⁸³ Há direitos fundamentais mais importantes do que outros? Em caso afirmativo, por quê?” (SILVA, 2011, p. 373).

Enfim, sob um aspecto institucional, deve-se respeitar os precedentes e o controle social. Acerca dos precedentes, “quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento” (SILVA, 2011, p. 376).

Já sobre o controle social, entende-se se consubstanciar na medida em que “coerência e consistência (geradoras de previsibilidade e segurança) nas decisões judiciais são aumentadas se houver controle dessas decisões” (SILVA, 2011, p. 377), em alusão a um controle exercido pela comunidade acadêmica e jurídica e também pela própria imprensa.

⁸³ Responderemos essa questão mais abaixo sustentando a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais, nos moldes da doutrina de Daniel Sarmento (2004), igualmente amparada pela doutrina e jurisprudência estrangeira.

Acontece que, além desses três critérios trazidos por Virgílio Afonso da Silva, ousamos adicionar um quarto, que diz respeito à institucionalização da colisão entre direitos fundamentais no próprio bojo da persuasão racional do juiz. Isso porque devemos considerar que a opção racional produto da colisão entre esses direitos:

[...] foi produzida segundo o devido processo legal em sentido amplo [...] – cuja validade procedimental é incondicionada – a decisão judicial, que assim se obtve, estará revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento. Em linguagem jurídico-processual, dir-se-á que o resultado a que se chegou através desse discurso – porque reputado racional – não admite ação rescisória; e a sentença assim prolatada, porque se formalizou em conformidade com o devido processo legal, poderá converter-se em acórdão (acordam), transitar em julgado e, pragmaticamente, aceitar-se como verdade [...] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 72-73).

Com efeito, a legitimação da decisão em virtude do devido processo legal assume particular importância na objetividade da ponderação, sobretudo porque é o juiz, na qualidade de aplicador e intérprete do Direito, expondo seu posicionamento teórico em respeito aos posicionamentos das partes, sob uma metodologia condicionada à fundamentação⁸⁴, ao respeito pelos precedentes jurisprudenciais e à dogmática jurídica, que decidirá sobre a preferência de um determinado direito fundamental em detrimento de outro, naquele caso concreto, apenas.

Portanto, a máxima da proporcionalidade pode ser utilizada tanto para a solução de colisões entre regras e direitos fundamentais, quanto para a solução de colisões entre direitos fundamentais, em ambos os casos sob um viés eminentemente argumentativo. Isso não significa, como vimos, ausência completa de objetividade.

Noutras palavras, ainda que utilizada a proporcionalidade como técnica de interpretação, e não aplicação, ela deverá servir aos ramos mais dogmáticos do Direito, a exemplo do Direito Penal, Civil e Tributário, ao menos como vetor de interpretação da lei, coadunando-a com os direitos fundamentais encarecidos pela ordem constitucional. Logo, e já servido como exemplo:

É evidente que o Direito Penal, por encontrar-se hierarquicamente submetido à Constituição, tem de se adequar à axiologia constitucional. Sem desconsiderar a margem de valoração que cabe ao legislador penal, é óbvio que ele não atua num campo livre de Constituição, estando jungido ao acatamento dos seus valores superiores. Por isso mesmo, os direitos fundamentais devem ser concebidos como metro para aferição da constitucionalidade das leis penais, vetor interpretativo destas leis, e até mesmo, em alguns casos, como imposição ao legislador do dever de

⁸⁴ “Na decisão jurídica temos, pois, um procedimento racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O decidir juridicamente exige fundamentação” (FERRAZ JR., 2014, posição 528).

criminalizar certas condutas que atentarem contra bens jurídicos salvaguardados por tais direitos (SARMENTO, 2004, p. 457).

Evidentemente, é preciso pressupor que a Constituição apresenta um sistema de concreção de valores, razão pela qual “a aplicação das suas normas, por via interpretativa, torna-se uma realização de valores” (FERRAZ JR., 2014, posição 791). Assim, “o procedimento argumentativo de captação do sentido do conteúdo das normas torna-se realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores” (FERRAZ JR., 2014, posição 793).

Destarte, no direito penal, assim como em outros ramos dogmáticos, a proporcionalidade pode ser utilizada não para afirmar que um princípio deve, necessariamente, afastar uma regra de acordo com o caso concreto, mas para interpretar a regra e construir, normativamente, sua tipicidade.

A propósito, esse mesmo raciocínio tem sido aplicado na análise da constitucionalidade de determinados dispositivos da legislação infraconstitucional, sob o manto da chamada técnica de interpretação conforme.

Nessa esteira, cabe, inclusive, falar na adoção da teoria da eficácia horizontal imediata ou direta dos direitos fundamentais, mormente “em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional” (SARMENTO, 2004, p. 458)⁸⁵, tais como boa-fé, ordem pública, abuso de direito, bons costumes, dano moral etc.⁸⁶.

⁸⁵ Daniel Sarmiento (2004, p. 296) reflete sobre essa posição afirmando que “contam-se às centenas, nos tribunais brasileiros, os casos de aplicação direta da Constituição em ações de responsabilidade civil por dano moral e material, resultante de abusos no exercício da liberdade de expressão. Frequentemente, as decisões invocam os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal [...]. Em outros casos é empregado como contraponto o art. 5º, inciso IV, que consagra a liberdade de expressão, de forma que a resolução do litígio privado acaba decorrendo de uma autêntica ponderação judicial entre interesses constitucionais conflitantes, prescindindo-se da aplicação das regras ordinárias de Direito Civil”. A partir disso, conclui que é “a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na resolução de litígios privados” (SARMENTO, 2004, p. 297), ainda que sem menção expressa ou tomada de posição acerca das teses jurídicas de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

⁸⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2014, posição 403) acrescenta que, “por conceitos indeterminados [entendemos] os que manifestam vagueza, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa. Assim, por exemplo, as expressões: repouso noturno, ruído excessivo, perigo iminente etc. Conceitos valorativos (ou normativos) são os que manifestam ambiguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a intenção conotativa. Por exemplo: mulher honesta, ofensa à dignidade e decoro etc.”.

Seja como for, “o controle do processo decisório encontra princípios de balizamento da aplicação” (FERRAZ JR., 2014, posição 409), tal como a máxima da proporcionalidade, razão suficiente para o ordenamento jurídico ser enxergado como um todo inseparável, lugar em que a máxima da proporcionalidade pode servir para tratar a colisão entre direitos fundamentais, ora consubstanciados em princípios (normas menos densas), ora em regras (normas mais densas).

2.3.2 Premissas finais para trabalhar a liberdade de expressão e o humor em rota de colisão com outros direitos fundamentais

Superadas essas questões, é chegada a hora de questionar: *como e em que medida a liberdade de expressão e, em especial, o humor, são prostrados nessa rota de colisão com outros direitos fundamentais?*

Com efeito, a existência de uma colisão entre direitos fundamentais se desenha “quando o exercício de um deles, por parte de um titular, conflita com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (BENTIVEGNA, 2020, p. 187), isto é, “quando o Tatbestand (pressuposto de fato) de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental” (FARIAS, 1996, p. 63).

Nesse contexto, a colisão entre a liberdade de expressão, e também o humor, assim porque compreendido sob o vértice da liberdade de crítica ou da liberdade de criação artística, e os ditos direitos da personalidade, tais como a honra, imagem ou vida privada, ou ainda, os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, como a integridade física ou psíquica e a vida, só pode ser solucionada no plano da ponderação:

Não resta dúvida de que no caso em estudo – da disputa entre liberdade de manifestação do pensamento e a necessidade de indenização por dano moral oriundo de ofensa à honra, imagem ou vida privada – trata-se de uma colisão entre princípios constitucionais além de um conflito de Direito Privado atinente à responsabilidade civil e a técnica da ponderação é a melhor ferramenta a ser utilizada para a solução do problema (BENTIVEGNA, 2020, p. 189).

A questão que se coloca de modo mais detalhado é estudar a colisão entre o humor como direito fundamental implícito à liberdade de expressão e outros direitos igualmente fundamentais, como os da personalidade, a integridade física ou psíquica e a dignidade da pessoa humana.

Assim, se é certo que a resolução das colisões entre os direitos fundamentais deve ser enxergada sob o manto da máxima da proporcionalidade, o que mais nos interessa é colocar sob holofotes a questão problemática deste trabalho, qual seja: humor e discurso de ódio, também chamado de *hate speech* em sua origem norte-americana. Então: *em que medida o humor é capaz de se transmutar em discurso de ódio e deixar as amarras da liberdade de expressão (expressão artística ou crítica)?*

Esse esforço certamente compreenderá as noções teóricas dos direitos fundamentais traçadas no primeiro capítulo, especialmente pela adoção de uma teoria externa segundo a qual todos os direitos fundamentais são, *a priori*, ilimitados, perpassando pelas deduções teóricas da máxima da proporcionalidade, que deve ser aplicada mesmo em casos mais extremos envolvendo discursos manifestamente discriminatórios ou de ódio.

Logo, os ingredientes que levaremos para os próximos capítulos são: a teoria externa impingida nas restrições aos direitos fundamentais; o humor como direito fundamental implícito na liberdade de expressão, movimentando-se entre liberdade de opinião ou crítica e liberdade de criação artística; a máxima da proporcionalidade como técnica de solução de colisões entre direitos fundamentais, seja aplicando-os, seja interpretando-os; e os parâmetros que emprestam maior objetividade e racionalidade à máxima da proporcionalidade.

Munidos desses instrumentos teóricos, no próximo capítulo será construído o humor como um fenômeno complexo diante do pensamento histórico-filosófico que o permeou, em conjunto com o que se entende por discurso de ódio e com ferramentas permissivas de redefinilo à luz do nosso objeto de pesquisa.

2.4 Conclusões capitulares

1. A liberdade de expressão é um direito fundamental que se consubstancia, na prática, em uma manifestação expressiva reveladora de um pensamento vertido em opinião ou crítica sobre determinar ideia, pessoa ou grupo de pessoas, em informação ou em criação artística. Logo, há situações em que o pensamento deve ser levado em consideração para se verificar se o seu produto (opinião, crítica, informação ou criação artística) é capaz de revelar uma ofensa a outros direitos igualmente fundamentais.

2. O direito à liberdade de expressão é um direito de primeira dimensão, o que faz dele um direito de defesa contra o Estado e contra terceiros, à luz de uma teoria da eficácia horizontal

dos direitos fundamentais. Portanto, a liberdade de expressão deve ser vista no bojo de um Estado, ou seja, de uma autoridade política com poder de regulamentar essa liberdade de prol de outros direitos, donde há de exsurgir a questão da colisão entre direitos fundamentais.

3. A liberdade de expressão é um direito importante para o Estado Democrático de Direito porque: (i) serve de mecanismo para a descoberta da verdade; (ii) reveste-se de instrumento para a autossatisfação pessoal, expropriada diretamente da noção de dignidade da pessoa humana; (iii) serve como instrumento para a manutenção da democracia; (iv) reveste-se de mecanismo de controle sobre os atos do Governo.

4. Na Constituição Federal, os quatro pilares de sustentação da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito estão presentes, notadamente nos arts. 1º, *caput*, 5º, IV, V, IX e XIV, e 220.

5. Jungindo-se as normas constitucionais que emprestam guarida à liberdade de expressão com a teoria externa adotada desde o primeiro capítulo, é possível afirmar que está protegida toda e qualquer manifestação do pensamento; contra todo e qualquer ato proveniente tanto do Estado quanto de outras pessoas; que seja capaz de representar um mínimo de restrição ao direito; cuja consequência jurídica deve representar, *a priori*, uma violação do direito fundamental à liberdade de expressão, levando o ato de restrição a ser extirpado da realidade fático-jurídica.

5. A liberdade de expressão pode ser vista como um guarda-chuva densificador de outros direitos fundamentais não escritos ou expressamente positivados, sejam eles implícitos em normas definidoras de outros direitos fundamentais escritos, sejam eles derivados do regime democrático ou dos princípios constitucionais, à luz da classificação de Ingo Wolfgang Sarlet (2018).

6. O direito ao humor exsurge, dentro daquela classificação, como direito fundamental implícito à liberdade de expressão, ora porque relacionado à liberdade de opinião, ora porque vinculado à liberdade de criação artística. Logo, assim como acontece com a liberdade de expressão à luz da teoria externa com suporte fático amplo, é provável a existência de colisões entre o humor e outros direitos fundamentais, tais como os direitos da personalidade (honra, imagem, privacidade e vida privada) e a integridade física ou psíquica, casos em que a máxima da proporcionalidade deverá ser adotada como técnica para resolução dessas colisões.

7. A máxima da proporcionalidade leva compreende três critérios ou subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No bojo deste terceiro, encontra-se o núcleo essencial do direito fundamental envolvido, que, à luz da teoria de Robert Alexy (2008), deve, necessariamente, ser relativo, ou seja, não é porque determinado direito fundamental foi preterido no caso concreto que seu núcleo essencial deixou de existir. É por isso que, segundo Virgílio Afonso da Silva (2017), o núcleo essencial deve necessariamente se confundir com o terceiro estágio da proporcionalidade, qual seja: a proporcionalidade em sentido estrito.

8. Para subsidiar a máxima da proporcionalidade, também é preciso considerar as duas leis do sopesamento acrescidas por Robert Alexy como fronte de resistência às críticas tecidas pela doutrina contrária. A primeira lei dita que, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593). A segunda, por sua vez: “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 617).

9. Além desses componentes internos à máxima da proporcionalidade, há outros externos que precisam ser considerados, sob pena de efetiva perda racional. Em primeiro lugar, a máxima da proporcionalidade deve ser lida como técnica de aplicação e interpretação no direito positivo. Em segundo lugar, deve ela ser analisada sob os cuidados de uma teoria da argumentação jurídica, especialmente amparada pela dogmática e pelo uso de precedentes, sobretudo com a fixação de *standards*. Em terceiro lugar, é perfeitamente possível buscar racionalidade e objetividade na aplicação-interpretação via máxima da proporcionalidade, desde que afastados alguns preconceitos rígidos de objetividade.

10. O humor como direito fundamental e à luz da teoria externa deve assumir suporte fático amplo, sendo possível afirmar que está protegido todo e qualquer discurso humorístico; contra todo e qualquer ato proveniente tanto do Estado quanto de outras pessoas; que seja capaz de representar um mínimo de restrição ao direito; cuja consequência jurídica deve representar, *a priori*, uma violação do direito fundamental ao humor, levando o ato de restrição a ser extirpado da realidade fático-jurídica.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO HUMOR E O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO

Podemos dizer que a origem da preocupação com os discursos menos ortodoxos e os limites da liberdade de expressão se deu através de um movimento de significativo relevo nos Estados Unidos da América, notadamente envolto na discussão sobre a pornografia e os direitos das mulheres⁸⁷.

A partir desse contexto, parcela da doutrina, apoiada sobre uma abordagem linguística, político-sociológica⁸⁸ e crítica do Direito, passou a:

[...] analisar os efeitos performativos da linguagem dita humorística, a fim de refletir criticamente sobre até que ponto essa forma de humor, permeada de preconceitos de gênero, sexualidade, raça, classe social, origem e etnia, constitui uma violação de direitos humanos e se traduz em “violência simbólica” (MELINO; FREITAS; 2014, p. 394).

A questão que tem se colocado pela referida doutrina embasa suas percepções sobre um humor mais agressivo, capaz de ridicularizar mulheres, homossexuais, pessoas negras ou com deficiência, pobres, obesas etc., sustentando, em síntese, que, “disfarçada de humor, essa linguagem reproduz, sem nenhuma censura, um conteúdo altamente preconceituoso, racista, misógino, transfóbico, lesbofóbico, homofóbico, leviano e injurioso” (MELINO; FREITAS; 2014, p. 395).

Com efeito, sustenta-se que as sátiras, apesar de constituírem um tipo de comicidade, quando revelam inconsistência, “até o ponto de deixar que se perca toda a simpatia, a atração por aquilo, o riso provocado vem atrelado a ira, a indignação, a corrupção moral, social e política e a prepotência” (LIRA; COSTA; DIAS; OLIVEIRA, 2019, p. 5).

Um dos principais pontos dessa crítica é a constatação científica de que o humor é um tanto quanto capaz de provocar “opiniões e emoções de forma mais eficaz do que o preconceito

⁸⁷ Ronald Dworkin (2019, p. 276) representa a controvérsia esposada na doutrina norte-americana ao dialogar com os escritos de Catherine MacKinnon em sua obra “*Only Words*”, buscando responder, sob os auspícios de uma teoria dos princípios norteadores de *hard cases*, a seguinte questão: “por que, então, devemos defender a pornografia?”.

⁸⁸ A mais nítida das abordagens repousa em Pierre Bourdieu (1989), notadamente relacionando o humor a um sistema simbólico capaz de exercer um poder estruturante de dominação, como produto coletivo e coletivamente apropriado que serve interesses particulares que tendem a se apresentar como interesses universais. Esse poder simbólico é narrado como um “poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização” que “só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário” (BOURDIEU, 1989, p. 14).

direto, porque ele trabalha em um nível abaixo da consciência”, de modo que, “ao ‘voar abaixo do radar’, o humor amplifica as crenças preconceituosas existentes, dando-lhes uma voz sem permitir serem abertamente questionadas” (WEEMS, 2016, p. 109)⁸⁹.

Ronald de Sousa (1987), um dos pioneiros em discutir sobre “quando é errado rir”, “sustenta que a pessoa apenas vai se divertir caso compartilhe das mesmas premissas que são enunciadas e representadas na situação descrita na piada” (BRANDÃO, 2018, p. 21). Noutras palavras, se alguém ri de uma piada sobre sexos, é porque compartilha de comportamentos sexistas; se ri de uma piada racista, idem, e assim por diante.

Com esse cenário de muita controvérsia, o humor passa a ser tratado como um instrumento para a difusão de ideologias perversas e discriminatórias, tocando o ponto chave deste trabalho na medida em que nos força a debater os limites que essa forma especial de discurso deve encontrar quando contrastada em face de outros direitos igualmente fundamentais, especialmente a dignidade, a vida e a integridade da pessoa humana.

Com efeito, uma colisão entre o humor, tratado como direito fundamental implícito à liberdade de expressão, e os direitos da personalidade (honra, imagem, vida privada e privacidade) ou a integridade física ou psíquica da pessoa humana, assim como a colisão entre a liberdade de expressão e estes outros direitos fundamentais, deve necessariamente ser resolvido sobre o pano de fundo do princípio da proporcionalidade, outrora desenvolvido por Robert Alexy.

Ressalta-se, entretanto, que não se devem ser relegadas a segundo plano as teorias do humor subversivo, mesmo porque concordamos que é perfeitamente possível utilizar o humor como o intuito de discriminação e disseminação de ódio. Daí a necessidade de acrescentar alguns parâmetros para a solução de colisões entre o humor e outros direitos igualmente fundamentais.

⁸⁹ O autor, neurocientista cognitivo, traz inúmeros estudos sobre o humor e seus efeitos, refletindo, em um de seus capítulos, sobre a questão de as piadas sexistas serem capazes de aflorar preconceitos de gênero e, até mesmo, de criá-los nas pessoas. A resposta é positiva e foi oferecida com base em pesquisas da psicologia, resultando que “o humor sempre contém duas mensagens: o que o humorista está dizendo e todas as outras coisas não ditas. Quando o não dito é maldoso ou prejudicial, a maneira mais fácil de deixá-lo escapar é usar uma piada. Novamente, é uma questão de intenção” (WEEMS, 2016, p. 109). Apesar disso, há outros estudos que dizem exatamente o contrário, oscilando entre os efeitos reflexos do humor perverso e sua neutralidade (BRANDÃO, 2018).

A primeira premissa a ser tomada, com supedâneo em uma teoria externa dotadora de suporte fático amplo aos direitos fundamentais, é que a existência de uma colisão entre o humor e outros direitos fundamentais, não deve significar, por si mesma, uma ilicitude, obstaculizando-se uma opção *prima facie* por qualquer dos direitos envolvidos, sem efetivamente se realizar o teste da proporcionalidade. Então, a título de exemplo, não se pode imputar a tarja de discurso de ódio ou discriminatório a determinadas piadas sem ao menos um esforço de ponderação.

Conhecendo essa primeira premissa, passa a ser relevante construir o humor a partir de uma ótica histórico-filosófica dos principais pensadores que se preocuparam com o tema, extraíndo-lhes os ensinamentos que subsidiam o riso como criação e expressão do intelecto, para, depois, traçar as nuances sobre o discurso de ódio e algumas possíveis classificações.

3.1 Construção do humor como fenômeno multifacetário a partir do pensamento histórico-filosófico

Verena Alberti sintetiza a importância do pensamento histórico do humor, valendo a pena ser transcrita antes de nos enveredarmos na história desse fenômeno:

O estatuto do riso como redentor do pensamento não poderia ser mais evidente. O riso e o cômico são literalmente indispensáveis para o conhecimento do mundo e para a apreensão da realidade plena. Sua positivação é clara: o nada ao qual o riso nos dá acesso encerra uma verdade infinita e profunda, em oposição ao mundo racional e finito da ordem estabelecida (ALBERTI, 2011, p. 12).

A partir desse vértice, a autora nos ensina que o riso é um conceito tanto filosófico quanto histórico. Filosófico porque se tornou um conceito relacionado àquilo que os modernos pensamentos passam a definir; histórico porque, “como objeto do pensamento, recebeu uma série de definições historicamente determinadas” (ALBERTI, 2011, p. 24).

Com apreço a essas lições, passemos a descrever o riso e o risível segundo os clássicos pensadores que se debruçaram sobre o tema, especialmente Platão, Aristóteles, Cícero, Demócrito, Hobbes, Shaftesbury, Hutcheson, Kant e Bergson. Desses autores, extrairemos as qualidades (e não-qualidade) primordiais do humor capazes de justificar algumas das posições que tomaremos em breve.

O primeiro dos pensadores a se ocupar do riso e do risível foi Platão, em sua obra “Filebo” (2012), na qual, ao traçar um diálogo entre Sócrates e Protarco, relaciona o risível com

um vício contraposto diretamente ao conselho de Delfos (“conhece-te a ti mesmo”), no sentido de ser uma maldade capaz de tornar objeto de riso o homem que, apesar de fraco, imagina-se mais virtuoso, rico, belo e sábio do que verdadeiramente o é⁹⁰.

Numa segunda e próxima passagem, Platão (2012, p. 151) coloca a questão do prazer ao rir em desfavor da desgraça alheia, o que fica evidente no trecho em que Sócrates indaga a Protarco de modo retórico: “mas não será injusto ver os males dos nossos amigos e não sentir dor, mas, sim, prazer?”.

Portanto, Platão identifica o risível como um vício ou maldade em dois aspectos: “da parte daquele que é objeto do riso, porque ele não obedece à inscrição do oráculo de Delfos e se desconhece a si mesmo; da parte daquele que ri, porque ele mistura inveja ao riso” (ALBERTI, 2011, p. 42).

Então, pensemos: *o que de positivo essa visão pejorativa do riso e do risível poderia nos acrescentar?* Com efeito, a relação que Platão faz entre o fenômeno e a ideia de erro, vício ou maldade, serve-nos ao menos para atribuir ao riso uma conotação de sentimentos que a moral julga como ruins, tais como inveja, prazer na dor alheia e ignorância própria. Aliás, esse será o combustível para que outras doutrinas, mais tarde, sigam numa tentativa de menoscar a importância do humor para a sociedade.

Contudo, ainda assim devemos julgar úteis as lições de Platão, notadamente porque nos ajuda a enxergar que o humor pode ter feições negativas, isto é, pode revelar dolo ou má-fé daqueles que se utilizam dele como mero instrumento de ofensa gratuita.

Aristóteles, por sua vez, contrapõe a feição pejorativa do riso trazida por Platão, sustentando que:

A comédia é, como dissemos, imitação de homens inferiores; não, todavia, quanto a toda a espécie de vícios, mas só quanto àquela parte torpe que é o ridículo. O ridículo é apenas certo defeito, torpeza anódina e inocente; que bem o demonstra, por exemplo, a máscara cômica, que, sendo feia e disforme, não tem expressão de dor (ARISTÓTELES, 2012, p. 109).

⁹⁰ Em Platão (2012, p. 147), Sócrates diz a Protarco, falando sobre o riso, que “existe uma maldade que, de modo geral, é nomeada a partir de certo estado da alma; e existe uma parte do todo da maldade que é uma experiência oposta ao que é dito pela inscrição de Delfos”.

Definitivamente, o que mais nos interessa não é apenas essa ideia de neutralidade do risível, mas também a noção de que, “como são agradáveis o jogo, toda a espécie de folga e o riso, também o que é risível deve ser agradável, tanto pessoas quanto palavras e obras” (ARISTÓTELES, 2005, p. 139).

Assim, Aristóteles situa o riso e o risível entre aquilo que é agradável sob três aspectos: nas pessoas, nas palavras (discursos) e nas obras (ações). O risível nas obras é aquilo que “representa as ações humanas baixas, ou mais especificamente os personagens em ações piores do que nós” (ALBERTI, 2011, p. 49); o risível nas pessoas está no emprego de elementos humanos baixos e torpes, que igualmente amesquinham o homem; ao passo que o risível nas palavras é visto como uma técnica de oratória e discurso para descontração dos ouvintes.

Semelhantemente, Cícero atribui ao riso discursivo a função de tornar o ouvinte benevolente, produzir uma surpresa agradável nele e, assim, abater e enfraquecer o adversário, mostrando que o orador é um homem de cultura e urbanizado (ALBERTI, 2011). Aliás, com exceção de ataques em desfavor de pessoas próximas do orador, ele “pode tornar risíveis todos os vícios da humanidade, assim como as deformidades e os defeitos corporais” (ALBERTI, 2011, p 58).

Em Demócrito repousa uma noção interessante do riso, pois, ao invés de tornar objeto seu as deformidades e defeitos, ele ri verdadeiramente do trágico e daquilo que é belo, atribuindo ao humor uma função de remédio e cura das dores da humanidade. Seu riso se apresenta como sinônimo de sabedoria, vale dizer, “a constatação da incapacidade radical do homem de se conhecer e conhecer o mundo” (MINOIS, 2003, p. 62). O riso perfaz, então, um verdadeiro estilo de vida:

Eu rio do homem cheio de loucura e vazio de toda ação direita, que [...] se comporta puerilmente, [...] que vai até o fim do mundo [...] procurando ouro e prata, [...] trabalhando sempre para adquirir mais bens [...]. Eu rio também do homem que cava as entranhas e veias da terra, para as minas, [...] enquanto se podia contentar com aquilo que a terra, mãe de todos, produz suficientemente para o sustento dos homens. Há os que querem ser grandes senhores e comandar muitos; há os que não conseguem se comandar a si mesmos. Eles casam com mulheres que logo repudiam. Eles amam, depois odeiam [...]. Eles são muito desejosos de ter filhos, e quando eles estão grandes, os mandam para longe. Vivendo em excessos, eles não têm nenhuma preocupação com a indignância de seus amigos e de sua pátria. Eles perseguem coisas indignas [...]. Além disso, têm apetite por coisas penosas, porque aquele que mora em terra firme queria estar no mar, e aquele que nele está quereria estar em terra firme (ALBERTI, 2011, p. 75).

Destarte, o riso de Demócrito se aproxima ao riso de Platão, na medida em que são risíveis os homens que se imaginam em situações melhores do que aquelas em que verdadeiramente se encontram, mas isso se dá com um acréscimo: aquele que ri não é um tolo ou um invejoso, mas, deveras, um homem sábio.

Outra contribuição, inclusive para aqueles que criticam o humor mais subversivo, foi aquela acrescida por Thomas Hobbes, para quem o riso é a tradução de um sentimento de superioridade do homem em relação aos objetos risíveis:

O entusiasmo repentino é a paixão que proporciona as caretas a que chamamos riso. Ele é causado por algum ato repentino que nos agrada ou pela apreensão de algo disforme em outras pessoas, cuja comparação nos enaltece. Isso ocorre com a maior parte daqueles que, conscientes de sua pouca capacidade, se favorecem com a observação das imperfeições de seus semelhantes. A constância de rir dos defeitos alheios é um sinal de pusilanimidade, pois os grandes homens estão sempre propensos a ajudar os demais em seus infortúnios e a comparar-se apenas com os mais capazes (HOBBS, 2014, p. 59).

Para o filósofo político, o riso uma paixão de orgulho ou glória “que experimentamos ao percebermos subitamente nossa capacidade ou superioridade” (ALBERTI, 2011, p. 125), cujo fundamento “é o das relações de poder entre os homens” (ALBERTI, 2011, p. 131). Assim, ele deixa claro que o excesso desse riso fecundado em superior é um sinal de pusilanimidade, isto é, de covardia e fraqueza⁹¹. Ironicamente, Hobbes (1983, p. 112) dizia que esses homens são “sequiosos de aplauso por tudo o que fazem bem”.

Há, ainda, uma outra vertente em Hobbes, que fica clara quando ele afirma que o riso, antes de tudo, “é provocado [...] por um ato repentino de nós mesmos que nos diverte”, no sentido de que esse riso – *que não é das deformidades dos outros, mas sobre nós mesmos* – é capaz de revelar uma capacidade além de nossas expectativas (ALBERTI, 2011), ou seja, “há uma paixão que não tem nome, mas cujo sinal é essa contorção do semblante chamado riso, e que é sempre alegria” (HOBBS, 1983, p. 112).

Com efeito, a alegria trazida pelo riso, seja aquele que tecemos sobre nós mesmos, seja aquele objetificado no outro, nos revela “o estado da alma em que nos colocam as coisas risíveis

⁹¹ Noutra obra, Hobbes (1983, p. 112) explica que “nunca rimos quando se nos apresenta uma piada sobre nós mesmos, ou sobre amigos de cuja desonra participamos”, concluindo “que a paixão do riso é apenas uma súbita glória que surge de uma súbita concepção de alguma eminência em nós mesmos, em comparação com as fraquezas dos outros ou com as nossas próprias fraquezas; pois os homens riem das suas próprias loucuras passadas, quando lhes vêm repentinamente à recordação, exceto se trazem consigo alguma honra presente”, não sendo “de admirar, portanto, que se considere odioso quem ri ou escarnece de nós, pois isso significa seu triunfo sobre nós”.

é um falso prazer: uma falsa superioridade, uma falsa honra, uma falsa percepção de poder futuro” (ALBERTI, 2011, p. 132).

A bem da verdade é que a vantagem de Hobbes para o riso só pode ser esclarecida em Shaftesbury, que labuta em defesa da liberdade de humor, especialmente através do “teste do ridículo” “como modo de desmascarar as imposturas e as superstições” (ALBERTI, 2011, p. 133):

Para se evitar o ridículo [...], costuma-se dizer que os assuntos são muito graves para serem ridicularizados, o que por vezes é verdade. Mas há duas espécies de gravidade: a verdadeira e a falsa, isto é, a impostura. Quando lhes aplicamos o ridículo é que as distinguimos. [...] se a religião for pura e sincera, diz ele, passará pela prova do bom humor, mas se for misturada a alguma impostura, isso será detectado.

Portanto, “o ridículo, uma vez aplicado, serve de instrumento a favor da verdade, pois detecta as imposturas e as falsas gravidades” (ALBERTI, 2011, p 138).

Um outro crítico de Thomas Hobbes foi Hutcheson, que veio acrescentar aquilo que faltava em defesa do humor. Segundo esse pensador, o humor não é direcionado apenas para ridicularizar determinadas pessoas, nem como forma de comparação entre aquele de quem se ri e aquele que ri, resultando numa espécie de superioridade.

Para tanto, Hutcheson utiliza dois exemplos:

[...] não nos sentimos superiores aos grandes escritores cujos textos nos fazem rir porque sabemos que eles conhecem a maneira correta de falar (não nos sentimos superiores por causa de seus erros de linguagem) e admiramos frequentemente seus chistes, a ponto de querer imitá-los. O segundo exemplo trata da comparação com os animais: são as ações dos animais que mais se aproximam das nossas que consideramos as mais engraçadas [...], mas, se a superioridade fosse o motor do riso, deveríamos rir muito mais das menos parecidas (das inferiores) (ALBERTI, 2011, p. 140).

O grande passo do filósofo é que, retirando do uso do ridículo todo aquilo que seja capaz de implicar uma ofensa desonrosa a alguém, o riso se torna suficiente para atingir pelo menos uma das três finalidades seguintes: “o prazer e o relaxamento, a correção dos falsos entusiasmos ou das falsas grandezas e a correção de pequenos vícios” (ALBERTI, 2011, 142)⁹².

⁹² Nesse sentido, ela acrescenta: “os fanatismos, as paixões exacerbadas e os pequenos vícios são objetos que podemos ridicularizar porque o efeito do ridículo é, neles, positivo. Ou seja, quando o ridículo é autorizado, seu efeito não é necessariamente o riso, mas a correção. E mais: o prazer que se experimenta no risível é condicionado por sua utilidade, porque só se deve ridicularizar as imperfeições passíveis de serem corrigidas, do contrário os homens sensatos não apreciarão o ridículo” (ALBERTI, 2011, p. 143). Mas isso tudo não deixando de lado que o

Em Kant, por sua vez, veremos que “o riso é um afeto ocasionado pela súbita transformação de uma forte expectativa em nada” (KANT, 2016, p. 230), significando “uma impossibilidade cognitiva”, e que, “não há, portanto, no riso nem julgamento nem entendimento: o único canal ainda aberto para o escoamento da expectativa frustrada é a afeição que põe em movimento o corpo” (ALBERTI, 2011, p. 163 e 165)⁹³.

Com efeito, o prazer do riso não oriunda do prazer do julgamento, eis que integra as artes agradáveis e não concerne à razão; ademais, nada pode ser pensado através dele, daí porque não é capaz de integrar o prazer do pensamento. Noutras palavras, o riso não apraz no julgamento nem no pensamento, mas naquilo que contenta e agrada (KANT, 2016), daí porque mais ligado àquilo que agrada do que ao pensamento ou julgamento propriamente ditos.

Diante desse diapasão entre Platão, Aristóteles, Cícero, Demócrito, Hobbes, Shaftesbury, Hutcheson e Kant, respiremos e tiremos as seguintes conclusões:

1. O humor pode assumir intenções negativas (Platão), mas não necessariamente o fará, na medida em que é possível que se revista de um caráter não-torpe ou defeituoso, não causando dor nem destruição (Aristóteles).

2. Além de poder ser neutro, o humor igualmente é capaz de se localizar no homem, em suas ações e em seus discursos (Aristóteles), e que, quando prostrado no homem e em suas ações, ele terá como objeto a baixaza dele, evidenciando a sua vertente de superioridade, apesar de que, mesmo assim, essa própria noção de rir do outro se imaginando melhor é, de um modo ou de outro, sinal de fraqueza e futilidade (Platão). De outro lado, quando prostrado nos

riso não é inofensivo, ou seja, ele pode ofender, sobretudo quando leva a efeitos desonrosos. Noutras palavras, a motivação do riso deve necessariamente ser malevolente, vale dizer, sem malícia.

⁹³ Kant (2016, p. 232) ensina que “quando se admite que a qualquer dos nossos pensamentos tem de estar harmonicamente associado algum movimento nos órgãos do corpo, compreende-se perfeitamente que a esse súbito deslocamento da mente - que passa rapidamente de um ponto de vista a outro na apreciação do seu objeto - pode corresponder uma alternância de tensão e distensão das partes elásticas de nossas vísceras que se comunica ao diafragma (igual à que sentem as pessoas que têm cócegas); e nessa alternância os pulmões expõem o ar com rápidas pausas em sequência, produzindo um movimento favorável à saúde que é a única e verdadeira causa - e não aquilo que lhe antecede na mente - do prazer que sentimos com um pensamento que no fundo nada representa - Voltaire dizia que os céus nos deram duas coisas como contrapeso às muitas misérias da vida: a esperança e o sono. Ele também poderia ter incluído aí o riso, se os meios de suscitá-lo fossem tão fáceis de encontrar entre as pessoas razoáveis, e a sagacidade e originalidade do humor não fossem tão raras, quanto é frequente o talento para escrever quebrando a cabeça, como fazem os sonhadores místicos, arriscando o pescoço, como faz o gênio, ou rasgando o coração, como fazem os romancistas sentimentais (ou também os moralistas do mesmo tipo)”.

discursos, o humor pode servir para tornar o homem benevolente, relaxado e mais adepto às ideias oportunamente debatidas (Aristóteles e Cícero).

3. O riso pode ser enxergado como sabedoria por admitir a constatação das incapacidades do homem de conhecer-te a si mesmo e de conhecer ao mundo em que habita (Demócrito). Aliás, assume aqui uma espécie de estilo de vida, não cínica a ponto de Diógenes, que reatava com a tradição do riso agressivo e contrariante, sinônimo de transgressão de princípios e ideias preconcebidos, muito embora essa conduta possa representar uma fórmula de reencontro do homem com seus próprios valores, individuais e autênticos (MINOIS, 2003); mas, diferentemente, um riso reflexivo, tanto sobre aquele que ri quanto sobre de quem ou do que se ri.

4. Thomas Hobbes, por sua vez, serviu-nos para entender a importância de seus sucessores Shaftesbury e Hutcheson. O primeiro porque, através do teste do ridículo, otimizou o humor como uma fórmula de avaliar o que é verdade e o que é falsidade, desmascarando as imposturas e mazelas sociais. O segundo porque, não abrindo mão de um riso benevolente, vale dizer, não-malicioso nem desonroso, ensinou-nos que o riso pode ser capaz de nos dar prazer e relaxar, de corrigir falsos entusiasmos ou grandezas, bem como superar pequenos vícios.

5. Já a lição kantiana sobre o humor leciona que o fenômeno pode se situar em lugar afastado do pensamento do homem e de seus juízos de valor e julgamento, deslocando-o para uma margem de neutralidade diante de sua impossibilidade cognitiva. Essa ideia, apesar de atacada por Jean Paul e Schopenhauer (ALBERTI, 2011), pode nos ser útil.

Feitas essas considerações, não poderíamos deixar de apresentar as grandes contribuições seculares de Henri Bergson. O grande avanço do filósofo foi a lição de que devemos procurar a essência do riso e do cômico não só na seara cognitiva, como também no terreno da sociedade (SALIBA, 2002). Logo:

Para compreender o riso, impõe-se colocá-lo no seu ambiente natural, que é a sociedade; impõe-se sobretudo determinar-lhe a função útil, que é uma função social. Digamo-lo desde já: essa será a ideia diretriz de todas as nossas reflexões. O riso deve corresponder a certas exigências da vida comum. O riso deve ter uma significação social (BERGSON, 1983, p. 7).

Daí porque o autor define o risível como “certa rigidez mecânica onde deveria haver maleabilidade atenta e a flexibilidade viva de uma pessoa” (BERGSON, 1983, p. 8). Nas

palavras de Elias Thomé Saliba (2002, p. 21), a comicidade nasce “em quaisquer situações, do contraste ou da antítese entre os elementos mecânicos e os elementos vivos”.

O riso é o mecânico aplicado sobre o vivo, transmutando-se em um gesto social como forma de reação a tudo o que é mecânico na vida e no corpo do homem:

O riso deve ser algo desse gênero: uma espécie de gesto social. Pelo temor que o riso inspira, reprime as excentricidades, mantém constantemente despertas e em contato mútuo certas atividades de ordem acessória que correriam o risco de isolar-se e adormecer; suaviza, enfim, tudo o que puder restar de rigidez mecânica na superfície do corpo social (BERGSON, 1983, p. 12).

Assim, o cômico é a rigidez mecânica do homem, que o coloca numa situação em que ele simplesmente se apresenta sob a forma de um espetáculo a ele mesmo, e a correção dessa rigidez é o riso, que, de várias formas (pela deformidade; imitação; atitudes, gestos e movimentos humanos mecânicos; surpresa e contraste; semelhança a uma coisa ou objeto; arranjo mecânico das palavras; repetições etc.), torna evidente e desmascara a mecanicidade do homem.

Noutras palavras, rimos quando percebemos que o homem vive mecanicamente, o que nos faz notar a essência humana em nós mesmos, eis que o homem é a única criatura capaz de rir. Exemplo disso é o riso que nos advém quando vemos alguém tropeçar numa pedra, ou ainda, quando tencionamos um brinquedo de mola dentro de uma caixa e ele salta.

George Minois (2003, p. 522) explica que esse gesto social “vem sancionar um comportamento potencialmente ameaçado pela coesão do grupo”, na proporção em que:

Toda rigidez do caráter, do espírito e mesmo do corpo, será, pois, suspeita à sociedade, por constituir indício possível de uma atividade que adormece, e também de uma atividade que se isola, tendendo a se afastar do centro comum em torno do qual a sociedade gravita; em suma, indício de uma excentricidade. E, no entanto, a sociedade não pode intervir no caso por uma repressão material, dado que não é atingida de modo material. Ela está diante de algo que a inquieta, mas a título de sintomas apenas: simplesmente ameaça, no máximo um gesto. E, portanto, por um simples gesto reagirá (BERGSON, 1983, p. 12).

Portanto, o riso é a reação do homem em sociedade que, ao se deparar com um indício de atividade mecânica, capaz de adormecer todo movimento, força e potência dele, deve necessariamente rir como forma de repulsa.

Entretanto, devemos alertar que o riso bergsoniano não é um prazer puramente estético, pois ele também comporta um castigo na medida em que é “feito para humilhar, deve

causar à vítima dele uma impressão penosa”, pois “a sociedade vingasse através do riso das liberdades que se tomaram com ela; ele não atingiria o seu objetivo se carregasse a marca da solidariedade e da bondade” (BERGSON, 1983, p. 86).

Definitivamente, o riso de Bergson (1983, p. 87) é uma reação que “castiga certos defeitos como a doença castiga certos excessos, atingindo inocentes, poupando culpados, visando a um resultado geral e não podendo fazer a cada caso individual a honra de examinar em separado”.

Apesar da maestria, reconhecemos a perplexidade causada pela obra bergsoniana, mas ainda assim acreditamos que é possível extrair de suas lições um importante *standard* que será melhor construído a seguir, a saber: a função social (ou crítica) do humor. Por isso, devemos estar preparados o suficiente para não usar a reação do humor a qualquer preço, contra minorias ou pessoas estigmatizadas, promovendo o ódio ou a discriminação, pois, de um modo ou de outra, ele pode se utilizar de doses de superioridade.

Sob outra ótica, não podemos fechar as portas à capacidade do humor de subjugar as mazelas sociais, os defeitos do homem e suas imperfeições, ou mesmo de criticar determinado seguimento ou ideologia. Caricaturar um político com os bolsos cheios de dólar, por exemplo, é jogar luz para um defeito humano, sobremaneira um defeito do caricaturado: a avareza e a corrupção; troçar de ensinamentos religiosos prosélitas é poder desmascarar incongruências de determinado culto em relação a algumas questões sociais; zombar contra a união de pessoas do mesmo sexo, pode configurar uma espécie de crítica àqueles que se colocam como tal; tirar sarro de “feministas” igualmente pode enfatizar eventuais absurdos dessa ideologia, dentre outros casos.

Isso tudo da mesma forma que contar uma piada envolvendo estereótipos, pessoas negras, judeus, homossexuais, transexuais, estrangeiros, mulheres etc., a depender do contexto em que é feita, pode denotar uma crítica não-protégida constitucionalmente, antes de qualquer tom lúdico ou criativo que se dê a ela.

Cediço que o humor de Bergson nos mostra a essência crítica que pode assumir em relação a determinada ideia, opinião, pessoa ou grupo de pessoas, às vezes sendo capaz de configurar, longe de uma simples criação ou expressão da liberdade artística, ilícitos civis e penais. Portanto, merece atenção a tarefa de definir que tipo de “imperfeições” poderiam ser

iluminadas pelo humor e qual a verdadeira intencionalidade dessa reação, o que, evidentemente, não dispensa a aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.2 Nuances sobre o discurso de ódio: doutrina e jurisprudência dominante

Vimos anteriormente que a colisão entre direitos fundamentais, notadamente o direito de humor, consagrado como corolário da liberdade de expressão e de criação artística, só pode ser solucionada no plano da ponderação, isto é, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, desenvolvido por Robert Alexy.

Naquela oportunidade, indagamos: *em que medida o humor é capaz de se transmutar em discurso de ódio e deixar as amarras da liberdade de expressão (expressão artística ou crítica, conforme o caso)?* Isso porque o discurso de ódio ou *hate speech* é um dos efeitos que a liberdade de expressão é capaz de produzir. Destarte, é preciso definir o que se entende por discurso de ódio e, em um segundo momento, diferenciar o discurso de ódio do discurso discriminatório.

De modo geral, leciona-se que:

[...] o discurso de ódio ou o “*hate speech*” é definido por Michael Rosenfeld como o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade, e podemos acrescentar, ainda, gênero ou opção sexual. Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros (POTIGUAR, 2012, p. 16).

A princípio, verifica-se que o discurso de ódio tem por finalidade justamente promover a aversão contra uma determinada raça, religião, etnia, nacionalidade, gênero ou opção sexual, haja vista que:

[...] o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual etc., racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso de ódio (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 17).

Com efeito, o discurso de ódio tem sido tratado como a “expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 92).

Noutras palavras, esse discurso “está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação” (SCHAFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 147). Para isso, ele:

[...] entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão. O “*hate speech*” *in substance* pode apresentar-se disfarçado por argumentos de proteção moral e social, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação, que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação (SCHAFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 147)⁹⁴.

Por isso que se tem associado o discurso de ódio “como um limitador dessa liberdade pública [a liberdade de expressão], de forma a evitar a propagação de ideias segregacionistas e que gerem convulsões sociais e animosidade no seio da sociedade” (BENTIVEGNA, 2019, p. 239), inobstante ele tenha sido afastado de questões como a defesa de políticas de cotas raciais, do casamento homoafetivo ou heteroafetivo, do proselitismo religioso, do discurso humorístico etc. (BENTIVEGNA, 2019).

Além do mais, é muito comum encontrar algumas divagações sobre o entendimento consagrado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e aquele entabulado pelo Tribunal Constitucional Alemão, notadamente porque esses tribunais possuem, em relação ao discurso de ódio, um entendimento que ora se aproxima, ora se afasta (CAVALCANTE FILHO, 2018)⁹⁵.

Em síntese, a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, acerca da colisão entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, percorreu o caminho de uma visão utilitarista para uma visão libertária, representada por uma linha do tempo começa com o caso “Schenk” (1919), passando pelos casos “Whitney” (1927) e “Chaplinski” (1942) e derrocando no caso “Brandenburg” (1969), percurso donde exurgiram as seguintes doutrinas, nesta ordem: *clear*

⁹⁴ Brugger (2007, p. 118) também ensina que o discurso de ódio se relaciona à utilização de expressões “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”, ou ainda, potenciais ou capazes “de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

⁹⁵ Para uma análise mais completa destes casos, registramos a obra “O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia polícia influencia os limites da liberdade de expressão”, de João Trindade Cavalcante Filho (2018). Ver também “A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro” (CHEQUER, 2017), “A liberdade de expressão e o problema do “*hate speech*”” (SARMENTO, 2006), ou ainda, mais genericamente, “Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões” (SOUTO, 2019) e “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão” (MARTINS, 2005).

and present danger, bad intention, fighting words e imminent lawless action (CAVALCANTE FILHO, 2018).

A linha do tempo em apreço representa uma evolução afuniladora na jurisprudência da Suprema Corte acerca da abrangência de expressões capazes de deflagrar o discurso de ódio, sendo perfeitamente possível chamar cada um dos quatro estágios de *standard*, assim porque representam testes objetivos para a prevalência ou não de determinado direito fundamental em relação a outro, sob determinadas condições de precedência⁹⁶.

Evidentemente, o teste do *clear and present danger* significa um nível de proteção à liberdade de expressão proporcionalmente menor do que os testes *bad intention, fighting words e imminent lawless action*. Este último, por sua vez, confere à liberdade de expressão uma robustez maior do que os demais, configurando uma preferência quase que absoluta deste direito em detrimento dos demais:

A liberdade de expressão não é apenas o mais importante direito constitucional americano, mas também um dos seus mais famosos símbolos culturais. Ademais, a proeminência do livre discurso nos Estados Unidos é devida a vários fatores, inclusive à sensível preferência pela liberdade em detrimento da igualdade, valorização do individualismo e uma tradição de direitos humanos naturais derivada de Locke (ROSENFELD, 2001, p.41).

De outro lado, no bojo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, “quando se trata de analisar o discurso de ódio que ataca os valores da democracia militante ou a integridade da comunidade, a ponderação admite restrições à liberdade de expressão” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 129).

Entretanto, apesar da posição um tanto quanto mais restritiva à liberdade de expressão quando confrontada com o discurso de ódio, o Tribunal Constitucional Alemão já julgou casos

⁹⁶ Através de uma leitura rápida, é possível se reconhecer que esses *standards* seriam capazes de tencionar a liberdade de expressão para uma posição de prevalência *prima facie* em detrimento de outros direitos fundamentais, o que ficou evidente ao menos no título da obra de Cláudio Chequer (2017). Entretanto, a bem da verdade é que não existe uma preferência da liberdade de expressão livre e irrestrita, mas, sim, uma preferência condicionada a determinados *standards*. A partir disso, cremos ser defensável a obra do autor na medida em que a preferência *prima facie* da liberdade de expressão é, deveras, uma preferência condicionada, conforme a lei de colisão de Robert Alexy (2008, p. 99): “se o princípio P¹ tem precedência em face do princípio P², sob as condições C: (P¹ P P²) C, e se do princípio P¹, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R”. Com efeito, essas “condições” configuram, na prática argumentativa, aquilo que chamamos de *standards*, ou seja, para que a liberdade de expressão prevaleça em determinados casos concretos, é preciso que seja observada uma relação de precedência condicionada, outrora fixada pela jurisprudência ou, ainda, pela própria doutrina, como quis Ana Paula de Barcellos (2005).

emblemáticos nos quais a liberdade de expressão prevaleceu, a exemplo de “Schmid-Spiegel” (1961), “Soldadten Sind Morder” (1995), “Benetton” (2000) e “Lebach” (1973).

Com relação aos *standards* já fixados pela Suprema Corte dos EUA, é provável que sua aplicação no Direito brasileiro causaria estardalhaço, sobretudo porque a doutrina e a jurisprudência pátria sustentam, de forma predominantemente majoritária, a inexistência de qualquer direito absoluto na Constituição Federal de 1988.

Evidência dessa assertiva foi o julgamento da ADO nº 26/DF em meados de 2019, em que o STF assentou a definição de discurso de ódio como sendo “aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero” (BRASIL, 2019). Segundo a Corte:

[...] as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”) (BRASIL, 2019).

É inegável que o referido julgado reforçou o entendimento já firmado pela Corte no caso “Ellwanger” (HC nº 82.424/RS), cujo resultado foi a denegação do remédio constitucional por oito votos a três, restando vencidos os Ministros Moreira Alves (Relator), Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto⁹⁷, reconhecendo, pois, que Siegfried Ellwanger Castan, um editor de livros do Rio Grande do Sul, ao escrever e publicar a obra “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”, praticou a conduta típica do art. 20 da Lei nº 7.716/1989.

Feitas essas considerações sobre o tratamento do *hate speech*, especialmente consagradas pela doutrina e pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, do Tribunal Constitucional Alemão e do Supremo Tribunal Federal, é preciso voltar ao humor como direito fundamental, buscando, necessariamente, uma noção mais precisa sobre os limites que o discurso de ódio pode representar definitivamente.

⁹⁷ Aqui é forçoso reconhecer que o STF, diferentemente da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Constitucional Alemão, não fixa “necessariamente uma decisão da Corte, como órgão colegiado, mas sim a junção de várias vontades individuais dos Ministros”, o que acaba dificultando nossa análise sobre a autêntica razão de decidir do tribunal, “pois é mais difícil emitir juízo sobre a posição da Corte, já que o que se tem é, em verdade, a somatória de decisões individuais” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 154-155).

3.3 A construção de uma primeira classificação: os efeitos “ofensa”, “discriminação” e “ódio” dos discursos humorísticos

Como ponto de partida, é preciso frisar que as lições consagradas do *hate speech* até então consideradas não serão menoscabadas. O que faremos é condicioná-las a algumas especificidades do discurso humorístico para, em seguida, desenvolver alguns *standards* que poderão estar presentes quando for sustentado que determinado gênero humorístico (v. g.: charges, piadas, caricaturas, sátiras, *stand-up comedy*, *memes* etc.) configura discurso de ódio.

Mantendo esse nível de deferência às noções trazidas até então sobre discurso de ódio, reconhecemos que elas confundem, ainda que discretamente, os efeitos acionários ou reacionários de um discurso de ódio com o próprio conteúdo discursivo. A prova disso é que comumente se podem notar que as definições dessa espécie de discurso estão sempre relacionadas aos seus efeitos, especialmente a violência e a discriminação.

Quando se diz, por exemplo, que “o discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 92), condiciona-se o conteúdo desse discurso àquilo que perfaz seu efeito, que seria o de discriminar ou provocar uma ação ou reação violenta.

Evidentemente, isso acontece porque o discurso de ódio guarda em si um potencial de discriminar ou de provocar violência. Todavia, é necessário admitir que há uma diferença ontológica entre discriminar e efetivamente estimular e provocar uma ação ou reação violenta, sobretudo porque discurso de ódio tem englobado tanto manifestações discriminatórias, e apenas discriminatórias, e manifestações que estimulam ou praticam atos de violência.

Nessa linha, apesar de não sabermos se esse foi realmente o posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes ao proferir seu voto no julgamento da ADO nº 26/DF, reconhecemos que houve ao menos uma tentativa de aproximação com o que expusemos:

[...] me parece incontestável, pois, a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa, configuram ostensiva e flagrante “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2019, p. 12).

Isso porque esse trecho da decisão do Ministro deixa transparecer, ainda que nas entrelinhas, que a violência física, os discursos de ódio, os homicídios e a conduta de incitar

preconceito ou discriminação, muito embora configurem discriminação atentatória aos direitos fundamentais, são estágios que guardam particularidades em relação à gravidade de seus efeitos.

Inobstante essa passagem, em um segundo momento, o Ministro passa a promover uma abertura do discurso de ódio e, assim, acaba se distanciando de nossas afirmações, mormente por afirmar que esse tipo de discurso “abrange, inclusive, declarações que ofendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários” (BRASIL, 2019, p. 47).

No entanto, apesar de inegável que o intento discriminatório sempre estará impingido no discurso de ódio, pode ocorrer de esse intento não ser a única intenção do agente. Logo, é possível existir um discurso discriminatório, porém incapaz de provocar uma ação ou reação violenta. De outro lado, é evidente que todo discurso de ódio será capaz, além de provocar uma ação ou reação violenta, também deflagrar atos de discriminação.

Diante dessas reflexões e primando por um rigor técnico mais preciso, passa a ser possível classificar um discurso, notadamente o humorístico, com supedâneo nos efeitos que ele é capaz de produzir. Para tanto, o primeiro passo é diferenciar o discurso de ódio ou *hate speech* do discurso discriminatório propriamente dito, ou apenas discriminatório, o faremos distinguindo os efeitos “discriminação” e “ódio”.

Por discriminação podemos entender o efeito de um discurso consistente em discernir alguém ou um grupo de pessoas em relação a outro, em virtude de preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, orientação sexual etc. O efeito é o ato de discriminação, que engloba, obrigatoriamente, uma ofensa àquele que é discriminado.

Destarte, o discurso que tem como efeito a discriminação é aquele que não incita uma violência contra uma pessoa ou um grupo de pessoas, não sendo capaz de colocar em risco direto a vida e a integridade do alvo. Aliás, o risco existente é mais em relação à igualdade do que propriamente em relação à vida e à integridade.

De outro lado e considerando um critério de exclusão, por ódio entendemos o efeito de um discurso consistente em violar a integridade ou a vida de uma pessoa ou um grupo de pessoas. O efeito é o ato de ódio ou violência, que engloba, obrigatoriamente, tanto uma ofensa quanto uma discriminação.

Logo, o discurso de ódio é aquele que, por incitar uma violência, é igualmente capaz de deflagrar essa violência, na esteira daquilo que Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot *et. al.* (2013, p. 891-892) explica:

La diferencia entre las expresiones en las que se manifieste un rechazo hacia ciertas personas o grupos y los discursos del odio, consiste en que mientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones. Resulta posible que se presenten escenarios en los cuales determinadas expresiones que en otro contexto podrían conformar un discurso homofobo, pueden ser empleadas en estudios y análisis científicos, u obras literarias o de naturaleza artística⁹⁸.

Aproximando-se dessa ideia, a Suprema Corte do Canadá, no caso “Regina Vs. Kegstra” (1990), embora tenha confirmado a condenação de um professor que defendia doutrinas antissemitas, firmou o entendimento de que “mensagens dotadas de um conteúdo expressivo, desde que não comunicadas de forma fisicamente violentas, são protegidas pela liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo” (SARMENTO, 2006, p. 16).

Contudo, isso não significa que os discursos produtores de efeitos discriminatórios ou odiosos não devam ser tratados como ilícitos, desde que a restrição a esses discursos seja operada sobre o pano de fundo da máxima da proporcionalidade, notadamente em face da teoria externa e do suporte fático amplo dos direitos fundamentais.

Superado esse primeiro passo, há um outro efeito discursivo que está aquém do efeito discriminatório e, também, do efeito de ódio, o qual assume importância ímpar para o discurso humorístico. Trata-se do efeito ofensivo dos discursos, capaz de revelar que o humor, apesar de possuir um potencial ofensivo, pode não discriminar e tampouco provocar violência. Mas, então: *existe um direito de ofender?*

Nesse sentido, Ronald Dworkin (2019, p. 266), apesar de reconhecer que a pornografia ofende grotescamente e insulta as mulheres, admite expressamente que “la esencia de la libertad

⁹⁸ Tradução livre: “a diferença entre as expressões nas quais uma rejeição é expressa em relação a certas pessoas ou grupos e as ditaduras do ódio consiste em que, embora o primeiro possa ser contrário às crenças e posições da maioria, gerando até aborrecimento ou desacordo sobre seu conteúdo, seu objetivo se esgota na configuração simples de uma postura, enquanto os últimos visam um objetivo prático, que consiste em gerar um clima de hostilidade que, por sua vez, pode ser traduzido em ações de violência em todas as suas manifestações. É possível que sejam apresentados cenários em que certas expressões que, em outro contexto, possam formar um discurso homofóbico, possam ser utilizadas em estudos e análises científicas ou em obras literárias ou artísticas” (POISOT, 2013, p. 891-892).

negativa consiste en la libertad de ofender, y eso se aplica tanto a lo vergonzoso como a lo heroico”⁹⁹, de modo que, que vivendo em uma democracia, a ninguém pode ser garantido o direito de não ser insultado ou ofendido (DWORKIN, 2006).

Adotando o mesmo tom, Dimitri Dimoulis *et. al.* (2009, p. 11) esclarece que “não há lugar, na democracia, para o direito de não sermos ofendidos, sob pena de qualquer alegação de ofensa tornar-se obstáculo ao exercício de qualquer liberdade”. Logo, isso faria que com que os pensadores e artistas não fossem avaliados pelos seus pares, mas, sim por quem se sentisse ofendido (DIMOULIS; CHRISTOPOULUS, 2009).

A partir dessas lições, forçoso assumir que a liberdade de expressão, corolária do direito fundamental ao humor, admite, também, expressões que ofendem, inquietam, causam perplexidade, chocam, mostram-se ingratas ou perturbam o Estado ou qualquer grupo de pessoas (LUCCHETTI, 2011).

Portanto, “todas as formas de discurso estão protegidas pelo direito à liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo e da maior ou menor aceitação social e estatal com que possam contar” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 9).

Aliás, a razão dessa proteção, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009, p. 9), é a “obrigação primária de neutralidade do Estado diante dos conteúdos e [...] [a] necessidade de garantir que, em princípio, não existam pessoas, grupos, ideias ou meios de expressão excluídos a priori do debate público”. Logo:

De particular importância é a regra segundo a qual a liberdade de expressão deve ser garantida não só para a difusão de ideias ou informações favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para a difusão daquelas que ofendem, chocam, inquietam, mostram-se ingratas ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 10).

Com efeito, não seria possível reconhecer a existência de um direito de ofender se não fosse sob a ótica do princípio da proporcionalidade, uma vez que, através de sua aplicação,

⁹⁹ Tradução livre: “a essência da liberdade negativa consiste na liberdade de ofender, e isso se aplica tanto ao vergonhoso quanto ao heroico” (DWORKIN, 2019, p. 266).

podem existir situações em que, mesmo que uma pessoa ou grupo de pessoas seja ofendido, é possível a prevalência da liberdade de expressão em concreto.

O problema é que, entre os tribunais brasileiros, não se tem enxergado uma aplicação efetiva da máxima da proporcionalidade, mas, pelo contrário, uma espécie de “pseudoproporcionalidade”, que mais representa uma subsunção ou silogismo do que propriamente uma ponderação de valores (CHEQUER, 2017)¹⁰⁰.

A máxima da proporcionalidade é a chave-mestra para solucionar as colisões envolvendo o direito fundamental ao humor e outros direitos igualmente fundamentais, independentemente da teratologia impingida nos discursos envolvidos. Sob essa ótica, então, é perfeitamente possível falar em ofensa lícita, isto é, em um direito de ofender¹⁰¹, mesmo que essa ofensa possa estar envolva nos efeitos perversos da discriminação e do ódio.

Portanto, não podemos afirmar, com absoluta certeza, que todo discurso ofensivo, discriminatório ou de ódio deva configurar, por si mesmo, uma ilicitude, sem antes efetivar um exercício real de ponderação.

3.4 Consequências jurídicas da ilicitude do discurso humorístico frente os efeitos da ofensa, discriminação e ódio

Independentemente de ofensivo, discriminatório e odioso, quando o humor, após efetivado o exercício da proporcionalidade, puder ser rotulado como ilícito, deflagrar-se-ão as responsabilidades jurídicas previstas em nosso ordenamento jurídico, notadamente a cível e a penal.

¹⁰⁰ Segundo o autor, “o problema, todavia, não se concentra aqui. Na verdade, ele surge quando a liberdade de expressão é exercida a ponto de conflitar, posteriormente, com os direitos da personalidade. Neste último caso, a maioria esmagadora dos tribunais, apesar de falar em ponderação, dos fundamentos das decisões podemos concluir que os julgados têm adotado uma premissa completamente falsa – a premissa de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos da personalidade. Ora, isso coloca a liberdade de expressão, nesse conflito real e posterior com os direitos da personalidade, como letra morta” (CHEQUER, 2017, p. 204).

¹⁰¹ Admitir a existência de um direito de ofender, que, na verdade, é apenas uma consequência da liberdade de expressão e de criação artística, é a pedra angular para a aceitação de algumas lições doutrinárias – *além do Direito Positivo* – capazes de justificar que o humor, apesar de guardar em si um potencial ofensivo – *o que lhe é natural, aliás* –, não necessariamente deflagrará discriminação ou “hate speech”. Portanto, é insustentável que quando o humor configurar expressa e latente discriminação, ou ainda, “hate speech”, ainda assina deveria ser revestido de licitude “simplesmente porque é uma piada”. A linha tênue é justamente aquela que separa a ofensa da discriminação e do discurso de ódio, e é sobre ela que buscaremos traçar nossos argumentos de ponderação.

Com efeito, a máxima da proporcionalidade servirá tanto para resultar na ilicitude do discurso humorístico, quanto para a escolha dos meios restritivos em seu desfavor. Logo, falar-se-á em efeitos jurídicos oriundos da ilicitude de discursos humorísticos que ofendem, discriminam ou provocam ódio, de forma desproporcional.

Nesse sentido, os discursos humorísticos desproporcionalmente ofensivos, discriminatórios ou odiosos, podem ser reprimidos tanto através do instituto da responsabilização civil em decorrência de danos morais (arts. 186 e 927 do Código Civil), quanto através das infrações penais previstas no Código Penal e na legislação extravagante.

Ademais, na medida em que o discurso humorístico deixar a ofensividade e avançar para o campo da discriminação e, em último caso, do *hate speech*, à luz da máxima da proporcionalidade, tornar-se-á mais capaz de configurar a responsabilização penal, notadamente pelos crimes do art. 208 do Código Penal¹⁰², art. 20 da Lei nº 7.716/89¹⁰³ e arts. 286 e 287 do Código Penal¹⁰⁴.

Do mesmo modo, tratando-se de expressões materiais que ficam registradas ou são veiculadas por meios de comunicação ou mecanismos de busca na *internet*, pode ser igualmente cabível a determinação judicial da suspensão e, em alguns casos, da retirada dessas expressões de circulação. Aliás, essa prática jurisdicional é bem comum na jurisprudência brasileira¹⁰⁵, seja sob a forma de decisões liminares, seja através de decisões definitivas.

¹⁰² Art. 208, Código Penal: “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso. Pena: detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único: se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência”.

¹⁰³ Art. 20, Lei nº 7.716/89: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido”.

¹⁰⁴ Art. 286, Código Penal: “incitar, publicamente, a prática de crime. Pena: detenção, de três a seis meses, ou multa”. Art. 287, Código Penal: “fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Pena: detenção, de três a seis meses, ou multa”.

¹⁰⁵ Exemplos que não faltam: TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000, no qual o Desembargador Relator determinou a suspensão liminar da exibição do “Especial de Natal Porta dos Fundos: A

Sobre o tema, opiniões se dividem entre a possibilidade e a impossibilidade de restrição *a priori* de determinadas expressões pelo Poder Judiciário.

Aqueles que sustentam a possibilidade de restrições *a priori* assim o fazem com supedâneo no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), bem como no art. 12, *caput*, do Código Civil, que diz que ao Judiciário se pode “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (BRASIL, 2002), e nos efeitos da tutela de urgência do Código de Processo Civil (arts. 300 e seguintes).

A propósito, esse foi o posicionamento dos Ministros Cezar Peluso e Carmen Lúcia no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 4.451/DF, em detrimento do entendimento do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, para quem a liberdade de expressão, ao gozar de plenitude na Constituição Federal, não admitiria controle apriorístico, mas somente ulterior¹⁰⁶. Segundo a Ministra:

É que há casos, e a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já os examinou, em que eventual direito de reparação pela prática de conduta vedada durante o processo eleitoral seria irreparável se somente *a posteriori* se tivesse o acesso ao Poder Judiciário. Como reparar o candidato a determinado cargo político que se vê derrotado nas urnas em decorrência de notícia ou crítica inverídica ou cujo conteúdo seja caracterizado como conduta vedada pela legislação eleitoral? Fixa-se um montante indenizatório? Baseado em quê? No salário do cargo para o qual concorreu? Seria esse o único objetivo do candidato, ou seja, ganhar salário? E como associar a derrota do candidato à conduta vedada praticada por instituição midiática? Há situações em que a atuação posterior do Poder Judiciário será absolutamente ineficaz. E o que é mais grave, a meu ver, é que o direito constitucional fundamental à jurisdição teria sido

Primeira Tentação de Cristo”, embora tal decisão tenha sido posteriormente “cassada” pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação nº 38.782/RJ, cujo voto fora proferido pelo Min. Dias Toffoli; TJSP, Apelação nº 1041656-18.2017.8.26.0100, na qual o Desembargador Relator condenou, além de uma indenização por danos morais, a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. à obrigação de providenciar a retirada dos vídeos online de um quadro humorístico que fazia chacota com a imagem de uma pessoa qualquer; TJPE, Processo nº 0013777-90.2013.8.17.0990 (1ª instância), no qual o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Olinda determinou que a ré Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. retirasse do ar uma matéria veiculada em um programa que relacionava a autora da ação à doação de leite materno em grande quantidade, zombando dela nessas condições; entre outros inúmeros casos.

¹⁰⁶ Segundo o Ministro Relator (BRASIL, 2010): “feitas estas considerações de ordem sumária (dado que sumária é a cognição das coisas em sede de decisão cautelar), tenho que o inciso III do art. 45 da Lei 9.504/97 comporta uma interpretação conforme à Constituição. Diz ele: ‘É vedado às emissoras de rádio e televisão veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes’. Ora, apenas estar-se-á diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre a posteriori, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para qualquer tipo de censura prévia”.

limitado pela mão deste Supremo Tribunal, o que me parece desencontrado da previsão do art. 5º, inc. XXXV (BRASIL, 2010).

De outro lado, existem aqueles que entendem que, quando se fala em restringir à liberdade de expressão, a regra deve ser a afixação de responsabilidades posteriores, só se admitindo restrições *a priori* quando se tratar da proteção moral da infância e da adolescência. Aliás, é este o entendimento consagrado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente no caso “A Última Tentação de Cristo”:

[...] o art. 13.4 da Convenção [Americana] prevê uma exceção à censura prévia, uma vez que a permite no caso dos espetáculos públicos, porém unicamente com o objetivo de regular o acesso aos mesmos para a proteção moral da infância e da adolescência. Em todos os outros casos, qualquer medida preventiva implica em prejuízo para a liberdade de pensamento e expressão (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 51).

Segundo a jurisprudência interamericana, configuram exemplos de censura prévia, entre outros, “a apreensão de livros, materiais de impressão e cópias eletrônicas; a proibição de publicar ou divulgar um livro [...]; em relação a publicações na internet, a ordem de incluir ou retirar links” etc. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 51-52).

Em sentido análogo, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADO nº 26/DF pelo STF, trouxe a seguinte lição:

A livre expressão e divulgação de ideias não deve (nem pode) ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar de direito absoluto –, que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa ;jurisdicional “a posteriori” [...]; sem a possibilidade de qualquer interferência prévia do aparelho estatal, seja para favorecer, seja para coarctar o exercício da liberdade religiosa; [...], o pleno exercício da liberdade de transmissão de valores, sem possibilidade de prévia interferência estatal (CF, art. 220, § 1, c/c o art. 5º, IV e IX) (BRASIL, 2019).

De todo modo, não temos qualquer intenção de nos posicionar sobre o tema, senão apenas citar alguns desses entendimentos, notadamente porque a diferenciação entre censura e controle jurisdicional tangencia os estudos deste trabalho, na medida em que pode ou não possibilitar a veiculação do discurso humorístico ofensivo, discriminatório ou odioso.

Aliás, já tivemos a oportunidade de destacar a existência de duas formas de controle capazes de incidir diretamente sobre o direito à liberdade de expressão, a saber: o administrativo e o judicial (RIGAMONTE; SILVEIRA, 2018). Sobre o controle judicial, servem as exposições lançadas alhures.

Notadamente sobre o controle administrativo, trata-se daquele cujo suporte jurídico encontra guarida no art. 21, XVI, da Constituição Federal, segundo o qual é competência exclusiva da União “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão” (BRASIL, 1988).

Com efeito, a melhor interpretação daquele dispositivo constitucional é aquela vocacionada à admissão de sanções sempre posteriores aos programas que eventualmente não fossem capazes de observar os princípios constitucionais e as regras exigidas por normas gerais de classificação, isso porque seu efeito é meramente “indicativo” (RODRIGUES, 2009).

Isso, contudo, não impediria que o Poder Judiciário, pautado nos arts. 220, § 3º, e 221, IV, da Constituição Federal, sem falar no art. 13.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, determinasse a suspensão ou a retirada do ar de programa violador da moral da infância e da adolescência, em respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Guardadas essas observações em suas devidas proporções, a única forma de responsabilidade administrativa do canal de comunicação, ao nosso ver, seria aquela que o condicionasse a obrigações *a posteriori*, sem correr o risco de deflagrar censura¹⁰⁷.

Portanto, as manifestações humorísticas, ainda que ofensivas, discriminatórias ou odiosas, podem violar outros direitos fundamentais de forma desproporcional, sobretudo diante dos *standards* traçados no último capítulo abaixo. Por isso que, na maioria dos casos, veremos discussões sobre discurso de ódio, discriminação e ofensa à personalidade todas embutidas em um mesmo contexto, deflagradoras tanto da responsabilização civil quanto penal.

3.5 Conclusões capitulares

1. O humor tem enfrentado inúmeras críticas acadêmicas que insistem em sustentar, com base numa abordagem linguística, político-sociológica e crítica do Direito, que as manifestações mais ferinas dessa natureza consubstanciam em expressões de cunho preconceituoso, racista, misógino, homofóbico, transfóbico, dentre outras cunhagens sociais. Logo, caracterizado nessas circunstâncias, o humor deveria ser repudiado pelo Direito Positivo.

¹⁰⁷ Vide as Portarias nº 1.100/06 e 1.220/07, ambas do Ministério da Justiça (atualmente: Ministério da Justiça e Segurança Pública).

2. O curso histórico-filosófico do pensamento sobre o humor transparece que ele pode assumir feições negativas de superioridade do homem, evidenciando preconceitos individuais e coletivos em detrimento de ideais mais igualitários. Entretanto, também existem lições que exortam do humor boas qualidades, tais como seus efeitos no discurso, suas obtemperações para um estilo de vida questionador e reflexivo, a própria neutralidade com finalidade de relaxamento que ele pode assumir, bem como a feição de humanização do homem em detrimento do mecânico. Portanto, há, no humor, uma multifacetada gama de finalidades e opções, servindo para evidenciar que se trata de um fenômeno complexo, cujo tratamento também deve, necessariamente, ser complexo.

3. Inobstante a conclusão exposta acima, não devemos fechar os olhos para a possibilidade real e concreta que o humor tem de perverter valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e a integridade física e psíquica das pessoas.

4. Mesmo que com deferência à doutrina e jurisprudência dominante sobre o discurso de ódio, preferimos trata-lo sob a ótica de uma classificação segundo os efeitos dos discursos, a saber: ofensa, discriminação e ódio. Logo:

4.1. A ofensa é o efeito de um discurso consistente em ofender algum direito fundamental pertencente ao grupo dos direitos da personalidade (honra, imagem, vida privada e privacidade), ou ainda, à integridade de alguém ou um grupo de pessoas.

4.2. A discriminação é o efeito de um discurso consistente em discernir alguém ou um grupo de pessoas de outra pessoa ou grupo, em virtude de preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, orientação sexual etc., entendida como um ato de discriminação e, assim, englobando a ofensa.

4.3. O ódio é o efeito de um discurso consistente em violar a integridade de alguém ou um grupo de pessoas, entendido como um ato de ódio ou violência. Engloba a ofensa e a discriminação como precedentes.

5. Com forte na teoria externa e no suporte fático amplo dos direitos fundamentais, todo e qualquer direito fundamental, inclusive o humor ofensivo, discriminatório ou de ódio, pode, sob a máxima da proporcionalidade, ter prevalência no caso concreto. Logo, não podemos

afirmar que todo discurso humorístico ofensivo, discriminatório ou de ódio configure, de *per si*, uma ilicitude, sem, antes, exercitar a máxima da proporcionalidade.

6. Sobre o pano de fundo da máxima da proporcionalidade, é possível falar na existência de um direito de ofender, ou seja, em uma ofensa lícita, em alusão a uma consequência da liberdade de expressão. Logo, o humor, apesar de guardar um potencial ofensivo, discriminatório ou de ódio, não necessariamente deflagrará ilicitude.

7. Manifestações humorísticas ofensivas, discriminatórias ou odiosas são capazes de violar direitos fundamentais de forma crescente nesta ordem, exurgindo daí a responsabilidade do agente na esfera cível (dano moral) e/ou penal (crimes contra a honra, de atentado à símbolos ou crenças religiosas, racismo etc.).

4. O HUMOR EM ROTA DE COLISÃO E A BUSCA DE *STANDARDS* PARA SALVÁ-LO OU CONDENÁ-LO

Ao longo do primeiro Capítulo, concluímos que, através de um quadro de evolução histórico-política, os direitos fundamentais, ainda que não estejam previstos em uma Constituição de forma expressa, podem dela ser lidos porque implícitos em direitos igualmente fundamentais expressos (SARLET, 2018).

O humor, dado o estreito vínculo que guarda com a liberdade de expressão em sentido amplo, notadamente a liberdade de criação artística e a liberdade de opinião, pode perfeitamente ser considerado um direito fundamental nela implícito, assim consubstanciado no direito de rir ou fazer rir.

Ademais, passamos a enxergar que um dos efeitos da evolução neoconstitucional foi o necessário abandono de métodos clássicos de interpretação, outrora embasados na subsunção ou silogismo, em prol da adoção de novos métodos, mormente aqueles que vislumbram nas constituições um ideário de transformação e adaptação do direito positivo às relações sociais e às novas nuances dos direitos fundamentais.

Daí exsurge, embora não revestido de um método de interpretação propriamente dito, a máxima da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy e tratada no Brasil por teóricos como Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Dimitri Dimoulis, entre outros, que nos serve como técnica de solução de colisões entre direitos fundamentais vista sob a ótica de uma teoria da argumentação jurídica.

Com efeito, a máxima da proporcionalidade leva à cabo os três subprincípios envolvidos nesse exercício: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e, neste último teste, encontra-se o núcleo essencial de todo direito fundamental, necessariamente relativo, bem como as duas leis do sopesamento desenvolvidas por Robert Alexy: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593); e “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 617).

Além desses componentes ditos internos, vimos que há outros externos que precisam ser considerados, sob pena de efetiva perda racional: em primeiro lugar, a máxima da

proporcionalidade deve ser lida como técnica de aplicação e interpretação no direito positivo; em segundo lugar, deve ela ser analisada sob os cuidados de uma teoria da argumentação jurídica, especialmente amparada pela dogmática e pelo uso de precedentes (fixação de *standards*); em terceiro lugar, é perfeitamente possível buscar racionalidade e objetividade na aplicação-interpretação via máxima da proporcionalidade, desde que nos afastemos de conceitos rígidos de objetividade.

Especialmente em relação à fixação de *standards*, vimos que a ponderação é um exercício de argumentação racional que não precisa necessariamente ser realizada após o surgimento de um caso concreto contencioso, mas, também, antes dele. Cuida-se da chamada “ponderação preventiva ou abstrata” (BARCELLOS, 2005, p. 147).

Com efeito, o grande propósito aqui é imaginar algumas circunstâncias que, ao se reproduzirem em um caso real e contencioso, repetindo-se as hipóteses verificadas, poderão servir de baluartes argumentativos para que o juiz tenha, à sua disposição, modelos de solução pré-produzidos (BARCELLOS, 2005).

Logo, são os *standards* espécies de testes ou modelos jurídicos aqui capazes de delinear o humor e prepará-lo para eventuais colisões com outros direitos fundamentais, notadamente aqueles contrapostos sob a ótica do discurso de ódio, do discurso discriminatório e do discurso ofensivo.

Essa tarefa nos foi dada em virtude de três justificativas: a uma, porque temos visto exsurgir uma doutrina acadêmica que insistentemente busca conferir ao humor grotesco ares de discurso de ódio, independentemente de critérios jurídicos; a duas, porque é preciso distanciar o Direito Positivo daquilo que popularmente é chamado de “discurso do politicamente correto”, sob pena de uma verdadeira corrupção sistêmica; a três, porque o humor na história do pensamento pode assumir uma multiplicidade de funções, sendo um tanto quanto prematuro atribuir a ele consequências tão severas no ordenamento jurídico.

Sobre a primeira das justificativas, já tivemos a oportunidade de mencionar alguns trabalhos promovidos pela academia no sentido de identificar, no bojo do discurso humorístico, evidências do *hate speech*. Já sobre as outras duas justificativas, é preciso tecer algumas considerações.

Evidentemente, o Direito é um subsistema social fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, operando através do código binário “lícito/não-lícito”, ou seja, é como se o Direito declarasse: “se se trata de se valer do direito, ou seja, de dispor sobre o que é lícito e ilícito, então há de sê-lo segundo minhas condições” (LUHMANN, 1993, p. 97). Portanto, nenhum outro subsistema pode usurpar a codificação que é própria do direito, vice-e-versa, ou seja, “não existe nenhuma outra instância na sociedade que poderia dizer ‘isso é lícito e isso é ilícito’” (LUHMANN, 1993, p. 93).

Com efeito, os mecanismos que tornam possível a abertura cognitiva do Direito frente seu ambiente, que é constituído por outros subsistemas sociais (p. ex.: religião, educação, economia, política, ciência etc.), são chamados de programas condicionais, na medida em que capazes de orientar as decisões a serem tomadas no interior desse subsistema¹⁰⁸.

Esses programas condicionais, por sua vez, tangenciam os outros subsistemas formando uma espécie de acoplamento estrutural que suscita irritações, surpresas e perturbações no Direito Positivo, de modo que “o sistema em si mesmo registra a irritação – por exemplo, na forma de problema com quem está de posse do direito num litígio – somente na tela do vídeo de suas próprias estruturas” (LUHMANN, 1993, p. 593). Assim, por exemplo, o Direito e a Economia se irritam mutuamente através das noções de contrato e propriedade privada; do mesmo modo que o Direito e a Política o fazem através das constituições modernas.

É no acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, gerenciado pelo Estado, que o risco de um subsistema corromper o outro é maior e mais evidente:

Por meio de Constituições, chega-se, então, em razão da limitação das zonas de contato de ambas as partes, a um enorme incremento de irritabilidade recíproca – maiores possibilidades, por parte do sistema jurídico, de registrar decisões políticas em forma jurídica, mesmo havendo mais possibilidades de a política se valer do direito para implementar seus objetivos. O problema passa a ser então, de ambos os lados, a determinação das formas estruturais com as quais vai superar tão elevado aumento de variedade (LUHMANN, 1993, p. 632).

Palmilhando esse problema, o sociólogo reconhece que em determinados países as constituições funcionam, quase que exclusivamente, “como instrumentos da política simbólica,

¹⁰⁸ Niklas Luhmann (1993, p. 257) explica que “para fins de programação, o caráter unívoco do código, que se encontra apenas em seu estado binário, tem de se abrir. Os valores do código devem ser interpretados como possibilidades; ou, em outros termos, como um meio que pode aceitar formas diversas”.

pois ainda não se conseguiu fechar operativamente o sistema jurídico e torna-lo impermeável à influência da política e de outras forças sociais” (LUHMANN, 1993, p. 642).

Nesse sentido, João Trindade Cavalcante Filho, ao proceder numa análise do discurso de ódio sob a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, do Tribunal Constitucional Alemão e do Supremo Tribunal Federal, concluiu que, “às vezes, a argumentação jurídica era pura e simplesmente substituída por argumentos políticos” (2018, p. 19). Especialmente sobre o julgamento do HC nº 82.424/RS pelo STF (caso “Ellwanger”), o autor concluiu o seguinte:

A substituição do código jurídico pelo código político em Ellwanger, ou ao menos em alguns dos votos que foram decisivos para a controvérsia, produziu efeitos danosos não só para o paciente, mas também para todo o sistema jurídico. Realmente, quando se corrompe o código de um sistema social, afeta-se a sua característica de autopoiese, seu fechamento operacional, aquilo que é justamente o principal fator de estabilização das expectativas normativas (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 222).

Com efeito, soluções envolvendo a colisão entre direitos fundamentais não podem abarcar discussões ideológicas, a exemplo do famigerado discurso do politicamente correto, para nós entendido como “um movimento que busca moldar comportamentos, hábitos, gestos e linguagem para gerar a inclusão social desses grupos e, por tabela, combater comportamentos, hábitos, gestos e linguagem que indiquem uma recusa dessa inclusão” (PONDÉ, 2012, posição 154).

Segundo Sírio Possenti (2013, p. 71), “o fenômeno tem várias facetas: das que se tornaram mais ou menos sólidas, a mais antiga, talvez, seja a luta (ou a moda da luta) pela linguagem politicamente correta”, pois:

Não se pode mais falar de coisas e de pessoas usando os termos tradicionais. Em seu lugar, entram os substitutos “limpos”: em vez de *negro*, *afrodescendente*; em vez de *prostituta* (ou de uma palavra ainda mais crua), *prestadora de serviços sexuais*; *velhos* não são mais velhos, mas pertencentes ao grupo da *terceira idade*, quando não da *melhor idade*. Pessoas afetadas por certas doenças engrossaram a lista: não há mais *aidéticos*, somente *soropositivos*; também não há mais *surdos*, mas portadores de *deficiência auditiva*; não há mais *impotência*, mas *disfunção erétil*; nem *presos*, só *apenados*; e os meninos presos na Fundação Casa (antiga Febem) são *jovens em conflito com a lei* (POSSENTI, 2013, p. 71).

Sob essa perspectiva, o autor chama esse fenômeno de eufemização da linguagem, o que, muitas das vezes, não coaduna com o humor, cujo jargão é objeto: “o que produz riso é basicamente seu exagero, como em outros numerosos casos” (POSSENTI, 2013, p. 74). Com efeito, “não se trata de uma relação mais direta entre a palavra e a coisa, mas de assumir uma

‘violação’ da etiqueta, vista como encobridora, falseadora da realidade” (POSSENTI, 2013, p. 80).

Para Elias Tomé Saliba (2014, p. 178), o politicamente correto:

É uma criação ideológica característica de sociedades que perderam o norte dos padrões morais e acabaram por impor regras casuísticas tópicas, que só conseguem estabelecer limites arbitrários. Batizado com outros nomes ou disfarçado de alguma forma de censura, o “politicamente correto” sempre existiu em sociedades que viveram momentos distópicos, quando a ausência de cenários futuros deixou de ensejar padrões morais estáveis. O resultado é um moralismo nervoso que se manifesta aqui e ali, meio esquizofrênico, tópico, que não sabe bem a que veio e, na história, nunca resultou em boa coisa.

Sobretudo no Brasil, o discurso do politicamente correto tem ganhado notoriedade, isso porque, entendidos os limites do humor como à capacidade de as sociedades democráticas forjar seus próprios sistemas valorativos, impera, na atualidade, um desencantamento e apatia generalizados, uma indiferença na procura de um designio de vida (SALIBA, 2014). Mas, no dia em que a história do brasileiro mudar, “eliminando as raízes desta ética emotiva que o aprisionam ao passado, serão outros móveis do seu riso – e este significará não mais uma epifania, e sim, muito provavelmente, uma libertação” (SALIBA, 2002, p. 306).

Juridicamente, vemos o discurso do politicamente correto como uma tendência de tornar toda e qualquer ofensa, por inexistente ou menor que seja o grau de discriminação, ou menos ainda, de ódio, como fórmula encorajadora pela afixação de limites além do que proporcionalmente deve se impor à discursos menos ortodoxos, a exemplo da pornografia e, mais atualmente, do humor.

Com efeito, o politicamente correto representa uma ameaça ao Direito assim como promove “o aviltamento da cultura, da arte, do intelecto, enfim, do pensamento, em nome da política” (PONDÉ, 2012, posição 1276), o que força o operador jurídico a se enveredar em busca de aspectos mais sólidos e objetivos¹⁰⁹, mormente quando se trata de operacionalizar

¹⁰⁹ Sírio Possenti (2013, p. 175) ensina que, assim como a literatura, “o humor também trata qualquer assunto” e que, por isso mesmo, “nos últimos tempos, tanto o humor quanto a literatura tentam fugir do controle do politicamente correto, justificando-se por certa concepção ou defesa de funções e práticas específicas que caracterizariam os campos literário e humorístico. Ou seja: com isso, contribuem para delimitar – ou para tentar delimitar – o espaço da literatura ou do humor, em relação, por exemplo, ao direito, ou à sociologia, à história e à política”.

colisões entre normas principiológicas e de elevada carga valorativa, tais como os direitos fundamentais.

Portanto, pressupõe-se que toda vez que se primar, em uma colisão concreta entre o direito de rir ou de fazer rir e outros direitos relacionados aos limites do discurso de ódio, por noções ideológicas sem qualquer amparo jurídico, provável que teremos uma corrupção sistêmica.

É preciso, então, eliminar, ao menos que parcialmente, as influências ideológicas daquilo que famigeradamente conhecemos como o discurso do politicamente correto, pois nos “parece mais ou menos óbvio que uma coisa é uma piada racista ou machista e bem outra é uma lei machista ou racista” (POSSENTI, 2013, p. 175).

Em segundo, identificamos na história do humor uma espécie de multifuncionalidade do fenômeno, que ora pode assumir a feição de um discurso que se faz em detrimento daquilo sobre o que o agente se acha superior, ora pode ser apenas uma forma de descompromisso e neutralidade.

O humor pode, ainda, servir de instrumento para outros discursos ainda maiores, a exemplo do político, tornando o ouvinte receptível ao orador. Também, pode ser encarado sob a ótica da ironia, servindo de estilo de vida e reflexão sobre os valores individuais e autênticos do homem.

Outrossim, o humor pode se revestir do teste do ridículo, tal como Shaftesbury nos apresentou, servindo como instrumento para desmascarar as imposturas e mazelas sociais, assim também nos conferindo prazer e contentamento, ajudando-nos a corrigir falsos entusiasmos, grandezas e pequenos vícios (Hutcheson).

Por fim, observamos que em Bergson o cômico serve como uma autêntica lente para que possamos enxergar e identificar na mecanicidade humana o que nos torna como tal. Daí o gesto social como sanção a um comportamento essencialmente mecânico. Noutras palavras, é como se disséssemos que o humor nos humaniza, ainda que nem sempre seja benevolente.

Sírio Possenti (2013, p. 27-28) sintetiza:

Os “textos” humorísticos, embora evidentemente, não sejam sempre “referenciais”, guardam algum tipo de relação (a ser explicitada, já que humor não é Sociologia nem

História) com os diversos tipos de acontecimentos. As charges, por exemplo, são tipicamente relativas a fatos “do dia”. Apenas eventualmente, e raramente, têm como pano de fundo acontecimentos menos instantâneos, como uma campanha eleitoral. Textos (piadas ou charges) ditos de humor negro são produzidos em grande quantidade após acontecimentos breves, além de tipicamente classificáveis no rol das “desgraças” (morte de Ayrton Senna, ataque às Torres etc.). Outros tipos de textos humorísticos recobrem espaços de média duração (um governo, um regime, o tempo de destaque de uma personalidade – como um mandato governamental etc.). Outros, por fim, parecem imemoriais, quase naturais, isto é, aparentemente não são relacionados a acontecimentos, como piadas sobre corrupção política, sobre certas profissões, sobre aspectos da sexualidade, ou relativos a questões institucionais, como infidelidade conjugal.

São múltiplas, portanto, as finalidades atribuídas filosófica e historicamente ao humor, o que o torna um fenômeno demasiadamente complexo, ou melhor, demasiadamente humano para ser analisado simplesmente como uma ferramenta instrumentalizadora de ódio, repressão e discriminação.

No Brasil, a história do riso está imbricada entre oscilações entre um “bom humor” e um “mau humor” e, apesar deste segundo insistentemente fazer “rir à custa de algum ressentimento ou conflito social” (SALIBA, 2012, p. 113), ele historicamente sempre fora combatido, ao menos durante o período retratado por Elias Thomé Saliba (2012) – *durante a Belle Époque até meados do século XX* –, dentro do próprio gênero discursivo, isto é, como o próprio humor:

O humor ocupou um significativo espaço de representação na sociedade brasileira – ou ainda é – um espaço peculiar misturado à prática da vida, e que por isso regride sempre à ética individual, desmascarando as morais sociais dos interesses privados, explorando ou acentuando seus contrastes com o impessoal e o público (SALIBA, 2012, p. 303).

Entretanto, esse cenário tem sofrido profundas alterações na medida em que o humor ferino, carregado nos dias de hoje pelas redes sociais, por canais de vídeos na internet e, especialmente, por uma forma de humor que tem se tornado cada vez mais frequente – *o stand up comedy* –, tem protagonizado alguns conflitos judiciais¹¹⁰.

¹¹⁰ Sobre os casos mais emblemáticos divulgados pela mídia: TJRJ, Processo nº 0094175-08.2005.8.19.0001, 20ª Câmara Cível, Acórdão de 26/07/2006 (caso Programa Pânico na TV Vs. Carolina Dieckman). TJSP, Processo nº 0089908-35.2011.8.26.0050, 10ª Câmara de Direito Privado, Acórdão de 06/11/2012 (caso Rafinha Bastos Vs. Wanessa Camargo). TJSP, Processo nº 0100503-06.2012.8.26.0100, 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Sentença de 29/01/2014 (caso APAE Vs. Rafinha Bastos). Mais recentemente: TJRJ, Processo nº 0171549-17.2016.8.19.0001, 5ª Câmara Cível, Acórdão de 26/02/2018 (caso Editora O Dia Ltda. Vs. Jair Messias Bolsonaro). TRF-3, Processo nº 0008725-44.2017.4.03.6181, 5ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, Sentença de 10/04/2019 (caso Dep. Maria do Rosário Vs. Danilo Gentili), além de outros mais.

Por isso, além de termos que nos despir de preconceitos ideológicos, a exemplo do discurso do politicamente correto, é preciso identificar o que, *prima facie*, é protegido pelo direito de rir e de fazer rir, antes de pontuarmos algumas considerações argumentativas a respeito dos conflitos que essa liberdade pode eventualmente encontrar.

Neste ponto, debruçemo-nos sobre aquele exercício que anteriormente fixou o suporte fático amplo de proteção do direito à liberdade de expressão, traduzindo-o, agora, para a questão do direito de rir e de fazer rir.

Com efeito, vimos que o suporte fático de proteção da liberdade de expressão protege toda e qualquer manifestação do pensamento, assim entendida aquela proveniente da consciência humana enquanto ser racional, o que abrange atividades intelectuais de qualquer natureza, sobretudo a artística.

Essa proteção deve se dar contra todo e qualquer fato ou ato, proveniente tanto do Estado quanto de outras pessoas (terceiros)¹¹¹, capaz de representar um mínimo de restrição, ainda que relacionado a data, hora e local da expressão, e, ainda mais, em relação a juízo de valor sobre o conteúdo da manifestação

Consequentemente, uma vez constatada a violação do direito fundamental à liberdade de expressão, ao menos *a priori*¹¹², deve o fato ou ato violador ser extirpado da realidade fática ou jurídica¹¹³. Isso obviamente exige que, diante da aplicação do princípio da proporcionalidade, torne-se, sob uma análise argumentativa, insubsistente a restrição.

¹¹¹ Defendemos, aqui, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sob a teoria direta ou imediata, segundo a qual “a Constituição incide no Direito Privado como limite para o legislador, como parâmetro hermenêutico para a legislação ordinária e para os atos negociais privados, mas também como norma imediatamente aplicável, apta a disciplinar diretamente relações jurídicas, independentemente de mediação legislativa” (SARMENTO, 2004, p. 371). Isso também vale para o Direito Penal, que, “por encontrar-se hierarquicamente submetido à Constituição, tem de se adequar à axiologia constitucional [...]. Por isso mesmo, os direitos fundamentais devem ser concebidos como metro para aferição da constitucionalidade das leis penais, vetor interpretativo destas leis, e até mesmo, em alguns casos, como imposição ao legislador do dever de criminalizar certas condutas que atentarem contra bens jurídicos salvaguardados por tais direitos” (SARMENTO, 2004, p. 157).

¹¹² Isso porque, se depois de aplicado o princípio da proporcionalidade para a solução do litígio, a violação desaparecer, certamente não haverá contrariedade à Constituição Federal.

¹¹³ Repise-se ser possível haver violação de direito fundamental não necessariamente com a edição de atos normativos ou leis que restrinjam inconstitucionalmente um determinado direito, mas, também, pela violação da liberdade de expressão por atos ou omissões particulares. Trata-se, pois, da teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais.

Repetindo o mesmo exercício com o humor, podemos fixar o seguinte suporte fático ao direito de rir e fazer rir:

1. Protege-se toda e qualquer forma de manifestação humorística, porque proveniente da consciência humana racional. Isso abrange as duas dimensões do humor (individual e coletiva)¹¹⁴, todas os instrumentos de visibilidade do discurso humorístico (plataformas)¹¹⁵ e todos os gêneros de humor, sob quaisquer efeitos (ofensa, discriminação ou ódio)¹¹⁶. Logo, protege-se, sempre *a priori*, os discursos humorísticos ferinos, assim entendidos aqueles que, em uma escala de três pontos, podem se transmutar em ofensa, discriminação propriamente dita e, até mesmo, o *hate speech*¹¹⁷.

¹¹⁴ Por dimensões entendemos uma individual, representada sob a ótica do emissor ou agente discursivo, que pode tanto ser um profissional do humor quanto uma pessoa qualquer no uso de suas capacidades intelectuais de criação artística ou crítica; e outra social ou coletiva, representada pelos receptores da mensagem humorística, inclusive seu próprio alvo, se assim existir expressamente. Nesse sentido, Tom Alexandre Brandão (2018) situa o discurso humorístico tanto no produtor do humor, sob a proteção da liberdade de expressão e de criação artística; quanto no destinatário da mensagem humorística, sob a proteção do livre desenvolvimento da personalidade.

¹¹⁵ É evidente que os instrumentos que carregam as representações humorísticas podem assumir várias feições, assim como o humor televisivo, radiofônico, escrito, falado, jornalístico, internauta (redes sociais, sites de pesquisa, blogs, condensadores de vídeos etc.), de aplicativos de smartphones, entre inúmeras outras.

¹¹⁶ “O humor, como a literatura, é um campo em que se praticam gêneros numerosos, da comédia à charge, passando pelas ‘cônicas’ e narrativas, histórias em quadrinhos, tiras, pelas piadas e pela exploração humorística de numerosos outros tipos de textos (provérbios alterados, pseudoaforismos), ‘comédias em pé’, programas de rádio e de televisão... Além de os gêneros humorísticos serem muito numerosos, pode haver manifestações humorísticas no interior de todos os tipos de texto (dos tratados aos ensaios, da Bíblia aos romances)” (POSSENTI, 2013, p. 175).

¹¹⁷ Lembrando que adotamos aqui a teoria externa dos direitos fundamentais, tão sagrada na doutrina de Robert Alexy (2008) e, entre nós, por Virgílio Afonso da Silva (2017), que, ao adotar um suporte fático amplo, afirma ser protegido, *prima facie* (leia-se: antes de qualquer colisão *in concreto*), pelo direito à liberdade de expressão, toda e qualquer expressão, independentemente do conteúdo (se ofensivo ou não), da forma, do local, do dia e horário. Portanto, sem qualquer indício de exercício de ponderação, não há que se falar que determinado discurso não está protegido por determinada norma de direito fundamental, afastando-se a teoria interna dos limites imanentes, motivo bastante para exigir do operador jurídico que envide todos os esforços para suplantá-lo seu ônus argumentativo.

2. Essa proteção deve operar necessariamente contra todo e qualquer fato ou ato, proveniente tanto do Estado (Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário¹¹⁸), quanto de outras pessoas (terceiros)¹¹⁹, capaz de representar um mínimo de restrição à manifestação humorística.

3. A consequência jurídica é a violação do direito fundamental à liberdade de expressão, ao menos *a priori*¹²⁰, devendo o ato violador ser extirpado da realidade fática ou jurídica¹²¹.

Finalmente, mesmo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a máxima amplitude do suporte fático do direito à liberdade de expressão, seara na qual assentou que “todas as formas de discurso estão protegidas pelo direito à liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo e da maior ou menor aceitação social e estatal” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 10), sobretudo daquelas ideias que “ofendem, chocam, inquietam, mostram-se ingratas ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 10)¹²².

4.1 A força ilocucionária dos atos de fala em favor da presunção de jocividade do discurso humorístico: adotando uma segunda classificação para construir uma terceira

Notórias as contribuições de John Austin com o desenvolvimento da teoria dos atos de fala, que se insere naquela tradição britânica da filosofia analítica, inaugurada por Wittgenstein,

¹¹⁸ Notadamente em relação ao Poder Judiciário, temos entre nós que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é bem capaz de, através da doutrina dos deveres de proteção, pesar a obrigação de observar, no bojo de conflitos jurisdicionais, a efetividade e aplicação dos direitos fundamentais, “inclusive os juízes que, ao resolverem litígios entre particulares, teriam de dar a devida importância aos direitos fundamentais, sob pena de descumprimento dos deveres de proteção a que estão adstritos. Tal concepção foi, de certa forma, adotada na jurisdição internacional de direitos humanos, tanto no âmbito da Corte Europeia como da Corte Interamericana” (SARMENTO, 2004, p. 374). Exemplarmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros Vs. Chile), pontuou que “o Estado é responsável pelos atos do Poder Judiciário ainda nos casos em que atue além de sua autoridade, independentemente da postura de seus outros órgãos; embora, internamente, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam distintos e independentes, todos eles forma uma unidade indivisível e, por isso, o Estado deve assumir a responsabilidade internacional pelos atos dos órgãos do poder público que transgridam os compromissos internacionais” (2001, p. 23).

¹¹⁹ Idem nota de rodapé 92.

¹²⁰ Idem nota de rodapé 93.

¹²¹ Idem nota de rodapé 94.

¹²² Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, só não são aceitos e protegidos pela liberdade de expressão os seguintes discursos: a propaganda de guerra e a apologia ao ódio que constitua incitação à violência; a incitação direta e pública ao genocídio e a pornografia infantil (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). Aliás, os primeiros discursos não aceitos denotam aquela noção que traçamos alhures sobre o discurso de ódio, em diferenciação com o discurso discriminatório propriamente dito e o discurso ofensivo.

Russell e Moore, “mediante a análise da forma lógica das sentenças em que nossos conhecimento, crenças e opiniões sobre o real se expressam e nossa experiência se articula” (SOUZA FILHO, 1990, p. 08). Daí porque:

Uma das principais consequências desta nova concepção de linguagem consiste no fato de a análise da sentença dar lugar à análise do ato de fala, do uso da linguagem em determinado contexto, com uma determinada finalidade e de acordo com certas normas e convenções (SOUZA FILHO, 1990, p. 11).

Inicialmente, John Austin dividiu os enunciados linguísticos em duas espécies: os constatativos e os performativos. Os enunciados constatativos são aqueles que descrevem ou relatam um estado de coisa, ao passo que os performativos realizam (ou pretendem realizar) ações.

Segundo o autor, essa distinção merece guarida na proporção em que existem sentenças cujo objeto “não é descrever o ato que estaria praticando ao dizer o que disse, nem declarar o que está praticando: é fazê-lo. Nenhum dos proferimento citados é verdadeiro ou falso [...]” (AUSTIN, 1990, p. 24). Assim, estabelece que:

O termo “performativo” será usado em uma variedade de formas e construções cognatas, assim como se dá com o termo “imperativo”. Evidentemente que este nome é derivado do inglês *to perform*, verbo correlato do substantivo “ação”, e indica que, ao se emitir o proferimento, está-se realizando uma ação, não sendo, consequentemente, considerado um mero equivalente a dizer algo (AUSTIN, 1990, p. 25).

Ademais, John Austin (1990) assevera que um enunciado performativo pode ser ou resultar malogrado, caso a ação pretendida pelo interlocutor deixe de ser realizada, assumindo esse performativo a denominação de infeliz. Essa infelicidade, por sua vez, pode ser deflagrada por inúmeros desacertos, ao deixar de existir um procedimento convencionalmente aceito em relação a determinadas palavras, pessoas ou circunstâncias; inexistir adequação entre as pessoas e circunstâncias do caso; ou se o procedimento não for executado corretamente ou de forma completa por todos os participantes.

Noutras palavras, um enunciado performativo será infeliz sempre que o interlocutor não tiver autoridade para fazê-lo, caso em que será nulo ou sem efeito; estiver abusando ou faltando com sinceridade ou não guardar qualquer intenção de realizar a ação consubstanciada no enunciado.

Uma outra lição de Austin (1990) é a contraposição entre enunciados performativos implícitos e explícitos, sugerindo ele, com isso, que essa classificação binária deve, necessariamente, ser superada, uma vez que alguns performativos explícitos, tais como “vá”, “faça”, “batizo”, “declaro”, “condeno”, “aceito”, podem guardar um determinado nível de subjetivismo capaz de não diferenciar categoricamente enunciados constatativos de enunciados performativos:

Assim, “há um touro no campo”, pode ser ou não uma advertência de perigo, pois posso estar simplesmente descrevendo uma cena. Do mesmo modo, “estarei lá” pode ser ou não uma promessa. Em todos estes casos temos performativos primitivos em contraste com performativos explícitos; mas pode não haver absolutamente nada nas circunstâncias dadas que nos possibilite decidir se o proferimento é ou não performativo. De qualquer forma, em dada situação sempre é possível considera-lo uma coisa ou outra (AUSTIN, 1990, p. 43).

Então, a partir desse desenvolvimento teórico, John Austin (1990) chega na classificação tripartite dos atos de fala, assim os atos locucionários, os ilocucionários e os perlocucionários¹²³.

Sinteticamente, locucionário é o ato de dizer alguma coisa, isto é, proferir uma locução, que nada mais é do que uma unidade completa de discurso¹²⁴. Já o ato ilocucionário é o ato de realizar um outro ato ao dizer algo, ao passo que perlocucionário é o ato de produzir efeitos ou consequências no ouvinte interlocutor. O autor explica:

Há um outro sentido [...] em realizar um ato locucionário, e assim um ato ilocucionário, pode ser também realizar um ato de outro tipo. Dizer algo frequentemente, ou até normalmente, produzirá certos efeitos ou consequências sobre os sentimentos, pensamentos ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas. E isso pode ser feito com o propósito, intenção ou objetivo de produzir tais efeitos. Em tal caso podemos dizer, então, pensando nisso, que o falante realizou um ato que pode ser descrito fazendo-se referência, meramente oblíqua [...], ou mesmo sem fazer referência alguma [...], à realização do ato locucionário ou

¹²³ “Em primeiro lugar, distinguimos um conjunto de coisas que fazemos ao dizer algo, que sintetizamos dizendo que realizamos um *ato locucionário*, o que equivale, a grosso modo, a proferir determinada sentença com determinado sentido e referência, o que, por sua vez, equivale, a grosso modo, a ‘significado’ no sentido tradicional do termo. Em segundo lugar dissemos que também realizamos *atos ilocucionários* tais como informar, ordenar, prevenir, avisar, comprometer-se etc., isto é, proferimentos que têm uma certa força (convencional). Em terceiro lugar também podemos realizar *atos perlocucionários*, os quais produzimos *porque* dizemos algo, tais como convencer, persuadir, impedir ou, mesmo, surpreender ou confundir” (AUSTIN, 1990, p. 95).

¹²⁴ John Austin (1990, p 85) pontua o seguinte: “a esse ato de ‘dizer algo’ nesta acepção normal e completa chamo de realização de um ato locucionário, e ao estudo dos proferimentos desse tipo e alcance chamo de estudo de locuções, ou de unidades completas do discurso”.

ilocucionário. Chamaremos a realização de um ato deste tipo de realização de um ato perlocucionário ou perlocução (AUSTIN, 1990, p. 89-90)¹²⁵.

Deveras, forma-se um estágio de evolução: um ato locucionário pode ter força ilocucionária que, por sua vez, pode se transmutar em um ato perlocucionário. A diferença primordial é que o ato locucionário é a realização de um ato *de* dizer algo, ao passo que o ilocucionário é a realização de um ato *ao* dizer algo (AUSTIN, 1990)¹²⁶.

Com efeito, todo ato de fala é locucionário, porque sempre diz alguma coisa linguisticamente¹²⁷, podendo assumir, em alguns casos, força ilocucionária, por ter a intenção de que algo seja praticado, bem como perlocucionária, porque definitivamente foi capaz de gerar o efeito intencionado.

É nesse diapasão que merece relevo a questão do contexto em que determinadas palavras são proferidas, porque é desse contexto que se pode aferir as forças ilocucionárias presentes nelas:

É bem verdade que estamos agora superando esta confusão: há alguns anos começamos a perceber cada vez com mais clareza que a ocasião de um proferimento tem enorme importância, e que as palavras utilizadas têm de ser até certo ponto “explicadas” pelo “contexto” em que devem estar ou em que foram realmente faladas numa troca linguística (AUSTIN, 1990, p. 89).

Assim, é “o ato locucionário [...] que tem um *significado*, o ato ilocucionário que tem uma certa *força* ao dizer algo; e ato perlocucionário que consiste em se obter certos *efeitos* pelo fato de se dizer algo” (AUSTIN, 1990, p. 103). A força ilocucionária de determinado enunciado dependerá dos fins e propósitos do proferimento, tanto quanto de seu contexto (AUSTIN, 1990).

Ademais, considerando que, para John Austin (1990, p. 121), a “distinção performativo/constatativo está para a doutrina dos atos locucionários e ilocucionários dentro do ato de fala total como a teoria especial está para a teoria geral”, podemos afirmar que um ato

¹²⁵ Um exemplo trazido pelo autor é o seguinte: locução – “ele me disse ‘atire nela’, querendo dizer com ‘atire’ atirar e referindo-se a ela por ‘nela’”; ilocução – “ele me instigou (ou aconselhou, ordenou etc.) a atirar nela”; perlocução – “ele me persuadiu a atirar nela” (AUSTIN, 1990, p. 90).

¹²⁶ “Expliquei a realização de um ato nesse novo sentido como sendo a realização de um ato ‘ilocucionário’, isto é, a realização de um ato ao dizer algo, em oposição à realização de um ato de dizer algo” (AUSTIN, 1990, p. 89).

¹²⁷ Trata-se de um ato rético, em contraposição ao ato fonético (simplesmente emissão de ruídos) e ao ato fático (proferimento de certos vocábulos ou palavras), consistente “na realização do ato de utilizar tais vocábulos com um certo sentido e referência mais ou menos definidos” (AUSTIN, 1990, p. 85).

ilocucionário, assim como um performativo, tem sua força ilocucionária aumentada na proporção em que mais explícitos e felizes forem.

A partir disso, o autor classifica os proferimentos em função de sua força ilocucionária sob os aspectos da seguinte escala: vereditivos, exercitivos, comissivos, comportamentais e expositivos (AUSTIN, 1990), que são retomados com outras nomenclaturas por John Searle.

Portanto, os atos de fala locucionários precisam percorrer um longo caminho até que se chegue aos atos perlocucionários, e que, durante este exercício, os atos ilocucionários podem se apresentar sob diversas forças, umas mais e outras menos capazes de transmuta-los aos seus efeitos perlocucionários. Logo, sinteticamente temos:

1. O ato locucionário, consistente no ato de dizer alguma coisa, que não tem força ilocucionária, pois não existe a intenção de que outro ato seja realizado ao dizer algo, ao menos sob determinado contexto.

2. O ato ilocucionário, consistente no ato de realizar outro ato ao dizer alguma coisa. Tem força ilocucionária infeliz, porque não tem força perlocucionária, consistente esta em força ilocucionária feliz. Nele, existe a intenção de que outro ato seja realizado ao dizer algo, mesmo que este algo não se realize.

3. O ato perlocucionário, consistente no ato de produzir efeitos ou consequências ao realizar outro ato ao dizer alguma coisa. Tem força ilocucionária feliz, porque tem força perlocucionária. Logo, além da intenção de que outro ato seja realizado ao dizer algo, este algo, de fato, materializa-se.

Essas considerações servirão de base para concluirmos, logo abaixo, que uma piada contada por um humorista, a princípio, sequer ingressaria nessa taxonomia ilocucionária, uma vez que dotada de presunção de jocosidade, significando que ela não guarda em si a intenção de que um ato seja praticado.

Com efeito, dadas as particularidades do humor¹²⁸, justifica-se uma espécie de presunção de jocosidade quando ele se revestir de caráter criativo ou lúdico, isto é, longe de

¹²⁸ Oportunamente, já mencionamos três justificativas para um olhar distinto sobre o discurso humorístico: a primeira delas é a necessária consideração de um suporte fático amplo à liberdade de expressão, em contraposição às doutrinas que julgam as formas de humor mais fêrino e grotesco como discurso de ódio, sem um rigor técnico-

revelar uma opinião, ideia, pensamento ou crítica. Logo, deve-se partir do pressuposto de que uma piada contada é, antes de qualquer coisa, uma piada sem força ilocucionária:

Tudo isso para dizer que uma piada é, afinal, apenas uma piada. Simples manifestação cultural, um costume social, um atributo da inteligência humana. Não há, em regra, uma ofensa a quem quer que seja. A pior consequência de uma piada infeliz, que cruza os limites toleráveis da audiência, é o desprezo, o silêncio (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014, p. 9).

Seguindo esse raciocínio, João dos Passos Martins Neto (2008) entende não haver qualquer necessidade de submeter a expressão do pensamento ao mesmo rigor de controle das ações não-comunicativas:

A comunicação linguística é o campo de atividade humana mais propício para a experimentação de uma liberdade plena, ou de maior quantidade. Não é por uma ocorrência fortuita que a esmagadora maioria dos ilícitos civis e penais conhecidos é composta de ações não-comunicativas, como as agressões físicas, os assaltos a banco, as quebras contratuais, o pagamento de suborno, o excesso de velocidade, a embriaguez na direção e daí por diante (MARTINS NETO, 2008, p. 93-94).

O cerne da questão levantada pelo autor é diferenciar as ações comunicativas, que são aquelas embasadas na expressão livre do pensamento – *semelhantes aos atos locucionários* –, das ações não-comunicativas – *mais próximas dos atos ilocucionários ou perlocucionários* –, vale dizer, ações propriamente ditas. Isso se deve ao fato de que, em um curto prazo de tempo, “a expressão do pensamento tem, em geral, um potencial de risco menor em comparação com os atos não comunicativos” (MARTINS NETO, 2008, p. 94)¹²⁹.

Portanto, quando afirmamos que uma piada contada é, antes de tudo, apenas uma piada, e não um ato de discriminação ou de ódio, significa dizer que, por ser entendida como uma ação comunicativa, dotada, então, de força ilocucionária igual a zero, seu potencial discriminatório ou odioso é nulo. Logo:

[...] quanto menor o potencial lesivo, ou quanto mais remotas as consequências danosas, menor é a necessidade de intervenções estatais de índole policial,

argumentativo maior; a segunda é a necessidade de isolar o Direito Positivo como subsistema social autopoietico do famigerado “politicamente correto”, sob pena de corrupção sistêmica; o terceiro é a multiplicidade de funções que o humor historicamente assumiu no pensamento filosófico, e que podem estar presentes em qualquer discurso do gênero atualmente. Igualmente, para Dimitri Dimoulis (2008, p. 4), “aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista”.

¹²⁹ João dos Passos Martins Neto (2008, p. 94) ainda explica que, “quando há ação, o tempo de reação é curto; as chances de defesa são reduzidas; a brutalidade é muitas vezes física, material; os males tendem a ser intensos e, sobretudo, imediatos”. Daí, então, a necessidade de resposta policial, que requer prontidão e violência, às vezes. Noutras palavras, reside na essência desses atos não-comunicativos a atuação do Estado através do Direito, reprimindo as frustrações de expectativas contrafaticamente produzidas (LUHMANN, 1993).

persecutória e punitiva. A tolerância é possível e, em princípio, as ideias, se ruins segundo o entendimento comum, podem ser contra-atacadas com ideias acreditadas como boas. Existe tempo de reagir pelo debate, pela objeção e pela instrução, sem que se precise recorrer a implacáveis métodos de força (MARTINS NETO, 2008, p. 95).

Aliás, aqui abrimos um parêntese para explicar que o aludido autor leciona com supedâneo nos ensinamentos de John Searle (2008), que subdivide os atos ilocucionários de forma semelhante à de John Austin, notadamente em atos assertivos, diretivos, compromissivos e expressivos.

Em relação aos assertivos, a finalidade ilocucionária “é comprometer o ouvinte com a verdade da proposição [...], apresentar a proposição como um representante de um estado de coisas no mundo” (SEARLE, 2008, posição 2238), tais como afirmações, descrições, classificações e explicações. Assim:

Todas as assertivas têm a direção de ajuste palavra-mundo, e a condição de sinceridade das assertivas é sempre a crença. Toda assertiva é a expressão de uma crença. O teste mais simples para identificar as assertivas é perguntar se o proferimento pode ser literalmente verdadeiro ou falso (SEARLE, 2008, posição ...).

A segunda finalidade ilocucionária é a diretiva, consistente em “tentar fazer com que o ouvinte se comporte de tal maneira que seu comportamento corresponda ao conteúdo proposicional da diretiva” (SEARLE, 2008, posição 2238), a exemplo das ordens, comandos e pedidos.

Com efeito, “toda diretiva é a expressão de um desejo de que o ouvinte execute o ato desejado. Diretivas como ordens e pedidos não podem ser verdadeiras ou falsas, mas podem ser obedecidas, desobedecidas, acatadas, concedidas, negadas etc.” (SEARLE, 2008, posição 2252).

A terceira finalidade ilocucionária é a compromissiva, que representa um compromisso do falante de agir da maneira representada no conteúdo proposicional, tais como promessas, votos, juramentos, contratos e garantias. Portanto:

A direção de ajuste das compromissivas é sempre mundo-palavra e a condição de sinceridade expressa é sempre a intenção. Toda promessa ou ameaça, por exemplo, é a expressão da intenção de fazer alguma coisa. Promessas e votos, assim como ordens e comandos, não podem ser verdadeiros ou falsos, mas podem ser realizados, mantidos ou quebrados (SEARLE, 2008, posição 2252).

O quarto tipo de finalidade ilocucionária é a expressiva, cujo intento “é simplesmente expressar a condição de sinceridade do ato de fala” (SEARLE, 2008, posição 2252), a exemplo

das desculpas, agradecimentos, felicitações, boas-vindas e condolências. Nelas, “o conteúdo proposicional tem normalmente a direção de ajuste nula, porque a verdade do conteúdo proposicional é simplesmente tida como certa [...], pressupondo, assim, uma correspondência entre o conteúdo proposicional e a realidade” (SEARLE, 2008, posição 2252).

Enfim, existe ainda a finalidade ilocucionária das declarações, consistente em “provocar uma mudança no mundo, representando-o como tendo sido mudado” (SEARLE, 2008, posição 2265).

Munido dessas lições, João dos Passos Martins Neto (2008, p. 96) aplica que “algumas classes de atos comunicativos não podem, sequer em tese, violar direitos. É o caso das opiniões e das emoções”.

Apesar de situações lesivas serem possível de ocorrer, isso é pouco frequente, sendo que as principais são a ameaça (compromissiva), a calúnia (assertivas) e a incitação (exortações). Entretanto, ainda aqui “é imperioso não exagerar na extensão do conceito de tais figuras, sob pena de com elas identificar absurdamente qualquer mensagem” (MARTINS NETO, 2008, p. 97).

Logo, falar em presunção de jocosidade é atribuir a um discurso humorístico força ilocucionária igual a zero, a exemplo da finalidade expressiva de John Searle (2008, posição 2252), cuja direção de ajuste, consubstanciada na intenção de que algo seja praticado ao dizer algo, é nula. Contudo, veremos que não são em todos os discursos humorísticos que a direção de ajuste é nula, havendo situações em que, dado determinado contexto, o humor pode revelar uma opinião, ideia, pensamento ou crítica, dando vazão a uma intenção, ainda que não escancarada.

Daniel Sarmiento (2006, p. 52) traz uma explicação plausível para que uma presunção com a natureza daquela que sustentamos mereça guarida, especialmente com o escopo de relativizar os possíveis, mas não prováveis, efeitos de um discurso:

[...] é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito.

Sendo assim, “se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria

quase nada” (SARMENTO, 2006, p. 52-53). O resultado desse controle rigoroso seria “uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos” (SARMENTO, 2006, p. 53).

A solução, portanto, não é uma escolha de Sofia, embasada no tudo ou nada, mas o caminho do meio, pautado pelo princípio da proporcionalidade, capaz de buscar, em cada caso, a justa medida para a melhor acomodação dos interesses constitucionais contrapostos, reconhecendo o grande valor da liberdade de expressão, inclusive para a defesa de ideias tidas como absurdas ou imorais por um determinado seguimento da sociedade (SARMENTO, 2006).

Nesse sentido, uma análise da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, sobretudo ao traçar os padrões *clear and present danger*, *bad intention*, *fighting words* e *imminent lawless action*, revela, mesmo que de forma tímida, alguns reflexos próximos do que expusemos com a teoria dos atos de fala.

O teste do *clear and present danger* foi originariamente consagrado no caso “Schenck Vs. US”, de 1919, significando que “é legítimo o exercício da liberdade de expressão, ainda que possa causar danos a terceiros, desde que com isso não se cause um perigo claro e iminente” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 94).

Posteriormente, no caso “Whitney Vs. Califórnia”, de 1927, a Suprema Corte dos EUA, considerando que o precedente do *clear and present danger* era demasiadamente abstrato e permissivo de limitações mais incisivas sobre a liberdade de expressão, alterou seu entendimento e acrescentou, como condição de restrição, a existência de má-intenção, isto é, uma intenção ilegítima, com isso batizando o teste de *bad intention*.

Mas a tendência de refinamento não parou por aí. No caso “Chaplinski Vs. New Hampshire”, de 1942, a Suprema Corte dos EUA passou a adotar a doutrina das *fighting words*, segundo a qual, além do perigo claro e iminente e da má-intenção, era necessário que o agente proferisse autênticas palavras ou expressões de violência, estimulando diretamente um conflito.

Finalmente, foi no caso “Brandenburg Vs. Ohio”, de 1969, que a Suprema Corte veio a adotar a teoria menos restritiva à liberdade de expressão que se conhece até então, a da *imminent lawless action*. A partir desse julgado, fixou-se o entendimento de “que a restrição à liberdade de expressão somente se justifica quando desencadeie uma iminente ação ilegal. Fora

disso, trata-se do mero e regular exercício do direito garantido na Primeira Emenda” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 95)¹³⁰.

Decompondo a evolução jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA sobre as restrições à liberdade de expressão, percebemos que há semelhanças com a teoria dos atos de fala, na medida em que considera o potencial lesivo das expressões e seus contextos para averiguar o grau de perigo em relação a um determinado grupo de pessoas.

Evidentemente, os conceitos trabalhados pela Corte nos testes citados se assemelham aos da teoria dos atos de fala quando tangenciam o potencial lesivo das expressões, a intenção do agente discursivo, a incitação à prática de um ato com palavras e a força que as expressões têm de produzir ações ilícitas e iminentes.

Essas semelhanças nos ajudam a sedimentar a importância que a teoria dos atos de fala assume perante discursos humorísticos, daí justificando, uma vez mais, a presunção de jocosidade do humor.

4.1.1 Eixos de sustentação para um *standard* de presunção de jocosidade:

Não bastasse a teoria dos atos de fala, também subsidiada, *grosso modo*, pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, é possível enxergar outros três eixos que, voltados sob uma análise jurídica, emprestam guarida à presunção de jocosidade, notadamente presente naquele tipo de humor que abaixo classificaremos como “autopoiético”.

O primeiro nos força falar sobre a tentativa duvidosa de relacionar o discurso humorístico ferino com alguns possíveis efeitos prejudiciais à comunidade. O segundo se refere à natureza essencial hiperbolística dessa espécie de discurso, sobretudo porque resulta de uma resolução interna de conflitos e ansiedade. Finalmente, o terceiro é a neutralidade com que o Estado deve enxergar essas manifestações, sobretudo evitando analisar o mérito sobre o que é um “bom humor” e o que é um “mau humor”.

¹³⁰ A propósito, embora semelhante à doutrina do “clear and present danger”, o teste da “imminent lawless action” descarta a existência de potencial de perigo da expressão do pensamento, exigindo, casuisticamente, que haja um incitamento voltado para a prática de um ato ilegal e iminente (BRANDÃO; MARQUES; MUNIZ, 2013, p. 115).

Como é cediço, linhas acima mencionamos Ronald Sousa, segundo quem o riso não é apenas hipotético, “mas o resultado concreto de um verdadeiro encontro de opiniões sobre o tema que é tratado na piada” (BRANDÃO, 2018, p. 22).

Entretanto, do mesmo modo que existem trabalhos consistentes que desfavorecem o humor em detrimento dos efeitos capazes de causar, ou ainda, daquilo que possivelmente pode retratar, a verdade é que “não há com prosperar uma visão simplista e abstrata de que a simples apreciação (contar ou gostar de ouvir, ler, assistir) de uma forma de humor já seria suficiente para fazer o julgamento moral e ético de quem quer que seja” (BRANDÃO, 2018, p. 23)¹³¹.

Aliás, é válido lembrar que, em se tratando de restrições à direitos fundamentais, merece respeito a segunda lei da ponderação de Robert Alexy (2008, p. 617): “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”. Trata-se da chamada lei epistêmica do sopesamento, que impõe ao intérprete ou aplicador a certeza das premissas sobre as quais se está debruçando.

Então, se se argumenta que determinado discurso humorístico é ofensivo, discriminatório ou permeado de ódio, gerando um risco a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas, incumbe ao censor o ônus de comprovar essa premissa no caso concreto. É por isso que questões como o contexto e a intencionalidade do agente discursivo devem ser levadas em consideração.

Exemplo da aplicabilidade desse raciocínio se deu quando o Tribunal Constitucional Alemão julgou o caso “Benetton” (BVERFGE 102, 347), onde discutia a (i)licitude de uma propaganda publicitária da multinacional Benetton, eis que teria violado os “bons costumes” devido à exploração do sentimento de compaixão e medo dos consumidores, bem como a dignidade humana de portadores de HIV (MARTINS, 2005).

¹³¹ Mesmo assim, pondera o autor que “isso não quer dizer, entretanto, que humor não possa ser impregnado com uma moral deturpada, ser utilizado para encorajar e espalhar valores negativos como o racismo, o sexismo, a xenofobia e outras diferenças socialmente questionáveis, temas sensíveis em geral” (BRANDÃO, 2018, p. 23). Ademais, mesmo sob uma análise do discurso crítica, que “implica que se mostrem conexões e causas ocultas no discurso” (FAIRCLOUGH, 2001, p. 28), o problema é que “a suspeita não tem fim”, pois “todo empreendimento crítico deve conviver com o temor de ver-se acusado de ter sucumbido àquilo que pretendia demonstrar” (MAINGUENEAU, 2014, p. 57).

Naquela oportunidade, o tribunal julgou improcedente a ação sob o argumento de que uma interpretação em que “se questiona a relação subjetiva daquele que se expressa com o conteúdo da expressão, não é, porém, a única possível, não sendo sequer a mais provável” (MARTINS, 2005, p. 455), transmitindo, assim, o ônus argumentativo da lesão àquele que supostamente alegou.

Passo adiante, trazemos à baila a lição de que “o humor [mórbido], ao tratar [...] impulsos proibidos de forma leve, permite-nos aliviar a tensão interna; em outras palavras, ele nos permite expressar-nos de maneiras anteriormente proibidas” (WEEMS, 2016, p. 17). Assim, o efeito risível, baseado na teoria do riso de Freud¹³², é provocado porque se consubstancia numa maneira de resolução de conflitos internos e ansiedade (WEEMS, 2016).

Scott Weems (2017, p. 17) explica, então, que “piadas que não conseguem deixar-nos pelo menos um pouco desconfortáveis não funcionam; é o conflito de querer rir, embora não tendo a certeza de que devemos, que faz as piadas serem satisfatórias”.

Com razão, expor piadas mórbidas, apesar da natureza cruel delas, não é capaz de, por si só, revelar a intenção do narrador de ser vil ou qualquer outra coisa¹³³:

Na verdade, para compreender a verdadeira mensagem das piadas mórbidas, temos que explorar os sentimentos incongruentes por trás delas. Quando a tragédia nos atinge, podemos ter muitas reações. Podemos sentir tristeza, pena, até mesmo desespero. Também podemos sentir frustração sobre a manipulação de nossas emoções por repórteres de notícias, especialmente na televisão. Em suma, nós experimentamos emoções conflitantes. Algumas pessoas argumentam que as piadas mórbidas demonstram sentimentos de superioridade, o que talvez também seja verdade, mas esta afirmação não explica por que criar alternativas para a sigla AIDS é engraçado para algumas pessoas, mas gritar “há, há, você está doente” em uma ala oncológica não é engraçado para ninguém. Nós rimos de piadas sobre grupos ou eventos somente quando essas piadas resultam de reações emocionais complexas, porque sem essas reações não teríamos nenhuma outra maneira de responder (WEEMS, 2017, p. 64).

¹³² Para Freud (2017, p. 171), o risível é fonte de prazer na medida em que é, ele próprio, “uma economia em gasto psíquico”, de modo que “o prazer no chiste tendencioso resulta da satisfação de uma tendência que de outro modo não seria satisfeita” (FREUD, 2017, p. 168), sendo “razoável admitir que tal ganho de prazer corresponde ao gasto psíquico que foi poupado” (FREUD, 2017, p. 170).

¹³³ Rod Martin (2007, *apud* BRANDÃO, 2018, p. 26-27), analisando o tema, “observa que as pesquisas indicam que a simples exposição ao humor depreciativo não é suficiente para alterar atitudes, estereótipos e preconceitos sobre os quais repousam essas piadas. São sentimentos estáveis que não se alteram ou são influenciados pelo humor”. De outro lado, Thomas Ford e Mark Ferguson (2004, *apud* BRANDÃO, 2018, p. 27) entendem, grosso modo, “o humor depreciativo apresenta uma consequência social negativa”, mormente porque, diante de um contexto humorístico, “esses controles sociais são amenizados, transmitindo uma mensagem tácita de aprovação ou tolerância do tratamento discriminatório contra aos membros do grupo-alvo”.

De todo modo, “a crueldade não torna as piadas mais engraçadas, ela só fornece um meio para introduzir um conflito emocional” (WEEMS, 2017, p. 66), ou seja, “pouca provocação – pouco conflito emocional sobre o fato de uma piada ser apropriada ou não – e a piada falha; muita provocação, e não há conflito porque a inadequação é clara desde o início” (WEEMS, 2017, p. 66).

Essa crueldade do humor mórbido é colocada em evidência na proporção em o risível decorre da surpresa, isto é, da passagem de um *script*¹³⁴ a outro, segundo a formulação clássica de Raskin (1984). Ainda que existam estudos científicos que corroboram a ideia de prejudicialidade social do humor mórbido, de outro lado, pode-se dizer que a morbidez dele é, deveras, uma roupagem para a criação de conflitos internos, donde há de exsurgir o riso como uma espécie de resposta, única e insignificativa.

É por essa razão que, juridicamente, “os direitos da personalidade devem ser encarados sem se desconhecer que o exagero é ínsito àquelas manifestações de humor; daí que, em si, o exagero não pode ser causa de dano à personalidade como o é em outros campos” (GODOY, 2008, p. 96).

Nesse diapasão, Tom Brandão (2018, p. 76), ao oferecer uma resposta à questão sobre se o humor poderia ser equiparado ao discurso de ódio, oferece as seguintes explicações:

O conteúdo abstrato não pode ser considerado um critério seguro para a análise de licitude de uma manifestação humorística¹³⁵. A incongruência e a polissemia são inerentes aos mecanismos do humor. Vários são os sentidos e os significados que podem ser extraídos de uma determinada comunicação humorística que se distingue, portanto, de uma opinião assertiva e extremada, como ocorre nos casos classificados como discurso de ódio. Não há como equiparar um humorista ao sujeito que destila o ódio pelo simples fato de construir piadas depreciativas ou com temas delicados; [...] é equivocado afirmar que o humorista ou o destinatário do humor necessariamente endossem ideias e concordem com as premissas sobre as quais se estrutura uma piada ou manifestação jocosa.

¹³⁴ Scott Weems (2017, p.47) define, ainda que de forma simplória, *script* como sendo “um pedaço de informação que descreve um objeto, uma ação ou uma crença”, daí porque são diferentes para todo mundo, não havendo regras sobre o que deva ou não estar contido no *script* de uma determinada pessoa. Por exemplo, para o autor, “o *script* para médico inclui o fato de que ele ou ela vê pacientes, prescreve remédios e, provavelmente, joga golfe”. Portanto, “os *scripts* devem ser aprendidos” (WEEMS, 2017, p. 47). É nesse sentido que Dominique Maingueneau (2014, p. 28-29) leciona que o “discurso constrói socialmente o sentido”, que é “continuamente construído e reconstruído no interior de práticas sociais determinadas; essa construção do sentido é, certamente, obra de indivíduos, mas de indivíduos inseridos em configurações sociais de diversos níveis”.

¹³⁵ Essa ideia, aliás, reveste-se do principal resultado desta pesquisa.

Essas razões justificam que, ao olharmos para discursos humorísticos, devemos pelo menos “trocar de lentes”, ou seja, esticar nossas percepções de tolerância ao máximo e aguçar nosso senso crítico a fim de contê-lo nas nuances que distinguem a complexidade desse gênero discursivo de tantos outros (hipérbole, exagero, surpresa, reação às colisões de pensamentos etc.), para somente então avaliar, de acordo com o contexto (e apenas ele), a intencionalidade do humorista.

Finalmente, é necessário retomar a ideia de que o humor é, também, corolário da liberdade de expressão artística, que tem um forte impacto sobre a questão da análise de mérito jurisdicional dessa espécie de discurso.

Oportunamente, enveredamos nossa pesquisa em prol da preferência de um conceito objetivo de arte, mas que não deixe de ser amplo, tampouco seja capaz de terminar em uma visão puramente subjetiva sobre aquilo que é arte. Por isso, não devemos nos preocupar com aquilo que ontologicamente “é arte”, “mas o que determinado ordenamento jurídico protege como tal (DIMOULIS; CHRISTOPOULOS; 2009, p. 4).

É preciso lembrar que a arte dispensa o bom grado das pessoas, evitando-se questionar a qualidade artística de obras de qualquer natureza, pleiteando uma mínima intervenção estatal sobre o tema. Para tanto, a questão que se coloca é se a manifestação, seja artística ou não, pode ser admitida como lícita, vale dizer, “se” e “em que medida” ela fere outros direitos fundamentais.

Nesse ponto, consideramos que “uma manifestação artística, adotada a conceituação geral que prevalece, contempla, em sua gênese, uma multiplicidade de significados, de modo que é impossível, até mesmo indesejável, optar por qualquer um deles para caracterizá-lo como ofensivo” (BRANDÃO, 2018, p. 63). Eis, então, o “princípio da neutralidade do conteúdo, que proíbe o Estado de regular o discurso com base naquilo que está sendo dito” (FISS, 2005, p. 51).

É inegável que a liberdade de expressão artística experimenta limites um tanto especiais em relação à liberdade de expressão amplamente considerada, notadamente porque não tem, ao menos como intenção principal, o objetivo de informar, “senão recriar em uma obra literária, gráfica, plástica ou fílmica, fatos ou situações reais ou imaginárias [tradução livre]” (GARCÍA, 2014, p. 1220).

Aliás, isso foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso “Mephisto” (BVERFGGE 30, 173), oportunidade em que assentou que “o âmbito da vida ‘arte’ deve ser definido por meio das características estruturais próprias a ela e moldadas por sua essência” (MARTINS, 2005, p. 497). Logo:

O essencial da atividade artística é a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências do artista são trazidas à exposição direta pelo médium de uma certa linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista (MARTINS, 2005, p. 49).

É por isso que, segundo aquela corte, tentativas de limitar a liberdade de criação artística, “mediante diminuição axiológica do conceito de arte, por interpretação ou analogia extensiva decorrentes de regras de limites de outros dispositivos constitucionais, não devem ter êxito em face do claro dispositivo do art. 5º, III, 1, GG” (MARTINS, 2005, p. 498).

Mesmo no supracitado caso “Benetton” (BVERFGGE 102, 347), o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que uma interpretação em que “se questiona a relação subjetiva daquele que se expressa com o conteúdo da expressão, não é, porém, a única possível, não sendo sequer a mais provável” (MARTINS, 2005, p. 455), conformando, uma vez mais, subjetivismos à padrões objetivos e, portanto, prováveis.

Diante desse quadro, o Judiciário deve se afastar de toda e qualquer valoração do conceito de arte, deixando de refinar culturalmente o objeto artístico dizendo o que é “arte” e o que não é, ou ainda, o que é uma “boa arte” e o que é uma “arte ruim”. Essa neutralidade exigida significa, em suma:

[...] vedar ao Estado que venha a regulamentar a manifestação de opiniões tendo em vista o seu conteúdo, ou, melhor dizendo, o Estado não deve tomar partido na discussão, pois cabe à sociedade e não a ele escolher qual dos diversos pontos de vista em debate irá adotar. A decisão fica a cargo da capacidade de discernimento de cada um (MEYER-PGLUF, 2009, p. 98)¹³⁶.

¹³⁶ Também Gargarella (2008, p. 141) ensina que “o liberalismo defende que o Estado deve ser ‘neutro’ diante das distintas concepções do bem que surgem em determinada comunidade, e deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado ‘espontâneo’ dos livres acordos realizados pelos particulares”.

A partir dessas lições, podemos utilizar alguns parâmetros jurisprudenciais da Suprema Corte dos EUA para delimitar a noção de neutralidade: *o que ela representa e o que ela não representa em tema artístico?*

No caso “Brandenburg Vs. Ohio” (395 US 444, 1969), a Suprema Corte norte-americana¹³⁷ firmou o entendimento de inadmissibilidade de juízos baseados no conteúdo do discurso em si, só se permitindo limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, seja qual for o conteúdo das palavras legais. Cuida-se do teste da “iminente ação ilegal” ou *imminent lawless action* (CAVALCANTE FILHO, 2018).

Também no caso “Texas Vs. Johnson” (491 US 397, 1989), o princípio da neutralidade foi levado à exaustão pela Suprema Corte, que reafirmou que “o governo não pode proibir uma expressão simplesmente porque discorda da mensagem” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 109).

O mesmo se repetiu no caso “R.A.V Vs. Saint Paul” (505 US 377, 1992), onde a corte assentou uma vez mais que “o governo não pode regular comportamentos com base na hostilidade – ou favoritismo – em relação à mensagem subjacente [ao discurso]” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 113).

No entanto, deve ficar claro que, ao sustentarmos a aplicação do princípio da neutralidade, nós não estamos defendendo uma liberdade quase-absoluta, da forma como tem encarado a Suprema Corte dos EUA¹³⁸, o que, com razão, seria inadmissível perante a atual sistemática constitucional brasileira.

¹³⁷ Aqui é preciso estabelecer que a Suprema Corte dos EUA utiliza o princípio da neutralidade de forma bem mais abrangente do que o faz o Tribunal Constitucional Alemão, isso porque, enquanto este restringe a neutralidade especialmente em relação às manifestações artísticas, tal como o fez no caso Mephisto e no caso Benetton, a Suprema Corte dos EUA tem nele um lugar comum em sua jurisprudência, mesmo em se tratando de situações extremas, como manifestações da ordem contra uma determinada raça (caso Bauharnais Vs. Illinois – 343, US 250, 1952), manifestações da Ku Klux Klan (caso Brandenburg Vs. Ohio – 395, US 444, 1969), queima de cruces como intimidação (caso R.A.V Vs. Saint Paul – 505, US 377, 1992), entre outros. É por isso que Winfried Brugger (2007, p. 130) explica que, “diversamente dos alemães, os americanos não confiam no governo para selecionar as ‘boas’ opiniões das ‘más’ – uma consequência dessa postura é que a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista, mesmo se direcionada ao ‘discurso do mal’, é vista com suspeita e pode até ser caracterizada como ‘pecado capital’”.

¹³⁸ Carlos Frederico Barbosa Bentivegna (2020, p. 207), metaforicamente, compara os Estados Unidos da América como uma verdadeira “Meca da Liberdade de Expressão”, uma vez que a liberdade de expressão lá assume uma posição de preferência em detrimento de outros direitos fundamentais.

A neutralidade a que fazemos menção não quer dizer que o Estado não tenha que assumir uma missão democrática frente à liberdade de expressão (FISS, 2005), repudiando as opiniões, críticas e ideias caras à dignidade da pessoa humana.

Na verdade, a neutralidade deve ser dosada de acordo com a natureza da expressão, sendo que, neste ponto, é imperioso considerar que a criação artística, dada sua multiplicidade e abertura subjetiva, tem presumivelmente menor potencial ofensivo do que outras manifestações, inclusive potencial discriminatório ou de ódio.

Com efeito, “parece mais ou menos óbvio que uma coisa é uma piada racista ou machista e bem outra é uma lei machista ou racista” (POSSENTI, 2013, p. 175), ou seja, essas expressões estão situadas em diferentes níveis abstratos de perigo.

É forçoso reconhecer que se trata de uma tarefa demasiadamente complexa o julgamento sobre a ilicitude de uma manifestação de natureza artística, tal como a humorística, sem, contudo, ingressar no mérito ou qualidade da obra, o que, de outro lado, não acontece quando se fala de expressões de outras naturezas (jornalística, informativa, crítica, literária, científica etc.).

De mais a mais, não se pode dar o mesmo tratamento jurídico de quem escreve um livro negando a existência histórica do Holocausto para aquele que conta uma piada estereotipada sobre judeus, ainda que condensada com elementos da doutrina nazista. O mesmo se diga em relação a piadas de religião, pessoas negras, mulheres, homossexuais etc.

No Brasil, um caso bem recente trouxe à tona inúmeros debates sobre os limites da criação artística. O caso diz respeito à veiculação, no *software* da provedora global de filmes NETFLIX, do filme “Especial de Natal do Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, em época próxima ao Natal de 2019.

Com a exibição daquele filme, inúmeras instituições com capacidade postulatória ingressaram em juízo postulando a retirada da película do ar – e, *liminarmente, a suspensão de sua exibição* –, sustentando, em síntese, que o seu teor afrontaria os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição), da liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) e o do respeito aos princípios éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da Constituição), além de outros dispositivos infraconstitucionais.

Embora não tenhamos a intenção, tampouco espaço suficiente para tanto, de dissecar o tema e as decisões jurisdicionais que têm ocupado os holofotes da mídia ultimamente, é sedutor pinçar uma passagem da sentença proferida pela 16ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, no julgamento da Ação Civil Pública consubstanciada no processo de nº 0332259-06.2019.8.19.0001, onde a ideia de neutralidade artística do Estado é posta em evidência:

Ao assistir ao filme podemos achar que o mesmo não tem graça, que se vale de humor de mau gosto, utilizando-se de expressões grosseiras relacionadas a símbolos religiosos. O propósito de muitas cenas e termos chulos podem ser questionados e considerados desnecessários, mesmo dentro do contexto artístico criado com a paródia satírica religiosa. Contudo, há que se ressaltar que o juiz não é crítico de arte e, conforme já restou assente em nossa jurisprudência, não cabe ao Judiciário julgar a qualidade do humor, da sátira, posto que matéria estranha às suas atribuições (TJRJ, 2019).

Noutro caso envolvendo uma piada em desfavor de deficientes – *aqui nos reportamos à Ação Civil Pública nº 0100503-06.2012.8.26.0100* –, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo¹³⁹, pontuou o seguinte:

Atribuir ao Poder Judiciário a função de julgar uma piada é um verdadeiro nonsense: interpretar, com critérios tradicionais hermenêuticos do nosso ordenamento, uma manifestação humorística, equivale a propor uma ação de divórcio de Bentinho e Capitu, a instaurar um inquérito policial para investigar a morte de Odete Roitman ou, ainda, determinar a prisão dos atores que atuaram como mafiosos no filme “O Poderoso Chefão” por formação de quadrilha (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Mesmo o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 736.015, por intermédio da Ministra Nancy Andriahi, asseverou que:

[...] a questão paralela posta pelas recorrentes, a respeito do “nível” do humor praticado pelo periódico – apontado como “chulo” – não é tema a ser debatido pelo Judiciário, uma vez que não cabe a este órgão estender-se em análises críticas sobre o talento dos humoristas envolvidos; a prestação jurisdicional deve se limitar a dizer se houve ou não ofensa a direitos morais das pessoas envolvidas pela publicação [...]; dizer se o humor é “inteligente” ou “popular” [...] é, de per si, [uma classificação] odiosa, porquanto discrimina a atividade humorística não com base nela mesma, mas em função do público que a consome, levando a crer que todos os produtos culturais destinados à parcela menos culta da população são, necessariamente, pejorativos, vulgares, abjetos, se analisados por pessoas de formação intelectual “superior” – e, só por isso, já dariam ensejo à compensação moral quando envolvesse uma dessas pessoas [...]. A tarefa de examinar aquilo que se poderia chamar de “inteligência” do humor praticado cabe, apenas, aos setores especializados da imprensa, que concedem prêmios aos artistas de acordo com o desempenho por eles demonstrado em suas obras (BRASIL, 2005).

¹³⁹ A quem, aliás, devemos muitas de nossas contribuições, notadamente porque se trata de Tom Alexandre Brandão (2008), escritor da obra “Rir e Fazer Rir: uma abordagem jurídica dos limites do humor”.

Evidentemente, não cabe ao Poder Judiciário, sobretudo em casos envolvendo manifestações artísticas, avaliar a “boa” ou “má” qualidade do produto, haja vista que, ao proceder nesse sentido, dificilmente o magistrado deixaria de lado suas percepções ideológicas e culturais sobre o tema, arriscando-se a corromper o código binário do Direito em relação aos demais subsistemas, notadamente à Arte (*in casu*: o Humor).

Aqui, fazemos de nossas conclusões as mesmas tecidas por Tom Alexandre Brandão (2018, p. 113), no sentido de que:

[...] (i) o humorista não necessariamente acredita nas premissas de sua piada; (ii) a audiência, ainda que se divirta com elas, não as endossa; e (iii) a simples existência deste tipo de humor, que é disseminado em todas as sociedades do mundo, não pode ser considerada um mal em si mesmo.

Fosse assim, haveria uma “absurda e inócua restrição à atividade humorística, proibindo-se piadas com loiras (sexismo), portugueses (xenofobia), negros (racismo), judeus (intolerância religiosa), idosos, deficientes e, quiçá, papagaios” (BRANDÃO, 2018, p. 111).

Portanto, superado esse primeiro *standard* de presunção de jocosidade das manifestações humorísticas, é preciso dizer que sua aplicabilidade fica reservada ao humor dito ou classificado como autopoietico, tal como exposto logo abaixo.

4.2 A construção de uma terceira classificação: o humor não-autopoietico e o humor autopoietico

Tivemos a oportunidade de classificar os discursos humorísticos segundo seus efeitos em ofensa, discriminação e ódio. Na mesma medida e com supedâneo na teoria dos atos de fala, trouxemos a classificação dos atos de fala em locucionário, ilocucionário e perlocucionário. Reunindo essas duas classificações, acreditamos ser possível formular uma terceira, agora entre humor não-autopoietico e humor autopoietico.

Para superar esse desafio, precisamos entender que, em relação aos limites da manifestação humorística, a doutrina tradicional os tem relacionado exatamente aos mesmos limites tecidos à liberdade de expressão, conquanto diga respeito à exteriorização de uma opinião, ideia, pensamento ou crítica.

Com efeito, a doutrina clássica tem encarado o humor como ferramenta, instrumento ou veículo para a difusão de uma opinião, ideia, pensamento ou crítica, especialmente quando lançada em desfavor de alguma pessoa, ensinando que “não se deve confundir o animus jocandi,

que tem por fim exclusivamente gracejar, com a frase insidiosamente ofensiva, destinada a cobrir com a máscara do gracejo a mais decidida intenção injuriosa” (MIRANDA, 1959, p. 407).

Nesse sentido, Enéas Costa Garcia (2002, p. 210) sustenta que:

Cabe ressaltar que o humor corresponde à manifestação da liberdade de crítica, de modo que sujeito aos mesmos limites desta. Segue daí uma conclusão: não há para o humor nenhum favor pessoal, nenhuma imunidade que não possa ser estendida às publicações comuns. A crítica pode ter por veículo um texto formal ou uma manifestação humorística. Apesar da forma ser diferente, a essência é a mesma, de modo que os limites são os mesmos. Tudo aquilo que não pode ser dito num texto formal também não poderá sê-lo sob a forma de publicação satírica [...]. A falsidade dolosa da imputação caracteriza conduta ilícita. As insinuações e exageros, não amparados por um fato verdadeiro, trazem em si a presunção de ilegitimidade. O emprego de termos ofensivos despidos de um interesse público torna a conduta ilícita.

Mais representativa ainda dessa vertente clássica é a lição de Manuel da Costa Andrade (1996, p. 244), que diferencia, nos textos humorísticos, a existência de uma mensagem e de uma roupagem, de modo que “a sua apreciação jurídica exige que se comece por despír a ‘roupagem satírica tecida com a palavra ou a imagem’ [...] para pôr a descoberto o seu verdadeiro conteúdo”. Logo:

[...] caberá questionar separadamente se esta mensagem e a sua roupagem contêm uma manifestação de desrespeito da pessoa caricaturada. Para o efeito, há de ter-se presente que os critérios de apreciação da roupagem serão diferentes, e por via de regra, menos exigentes que os da valoração do Aussagekern [tradução livre: mensagem]. Isso porque a distanciação¹⁴⁰ é conatural àquela (ANDRADE, 1996, p. 244).

Por essas razões, o autor sugere que, em casos extremados onde a roupagem configure, por si mesma, um atentado irreduzível e intolerável à dignidade humana, o ordenamento jurídico poderá contracenar em favor da insubsistência dessa ilicitude (ANDRADE, 1996), uma vez que “à roupagem cabe [...] uma função prevalentemente apelativa: emprestar visibilidade e força à mensagem a transmitir. Acresce que é sobretudo na roupagem que se atualiza a liberdade de criação artística da sátira e da caricatura” (ANDRADE, 1996, p. 244).

Longe de menoscabar essas construções clássicas da doutrina, a bem da verdade é que também é preciso olhar para o humor como um fenômeno multidisciplinar, oriundo de uma construção histórico-filosófica multifacetada, o que faz com que o fenômeno não seja reduzido tão somente à reprodução de uma crítica propriamente dita, consubstanciada em uma mensagem revestida de uma roupagem artística.

¹⁴⁰ A distanciação é natural à manifestação humorística na medida em que “a caricatura e a sátira alimentam-se invariavelmente do exagero e da hipérbole, da acentuação desproporcionada e deformada de aspectos do real, de marcas da imagem e de traços do caráter (ANDRADE, 1996, p. 243).

Diante dessas conclusões, precisamos reler o humor como direito fundamental sob o manto da seguinte classificação: humor não-autopoiético e humor autopoiético.

Aquele primeiro é o discurso humorístico que revela uma opinião, ideia, pensamento ou crítica, sendo, pois capaz de deflagrar um ato cujo efeito seja a discriminação ou o ódio. O humor não-autopoiético tem potencial ofensivo e, também, potencial discriminatório e odioso, na medida em que pode ofender, discriminar e deflagrar ódio.

Noutras palavras, o humor não-autopoiético pode se consubstanciar em um ato locucionário, ilocucionário e perlocucionário, na proporção em que deixar o campo da ofensa e partir para o campo da discriminação e, em último caso, do ódio.

Já o humor autopoiético é o discurso humorístico que não revela uma opinião, ideia, pensamento ou crítica propriamente dita, sendo, pois, incapaz de deflagrar um ato cujo efeito seja a discriminação ou o ódio. Logo, tem potencial ofensivo, mas não tem potencial discriminatório e odioso, consubstanciando em um ato locucionário, haja vista se limitar apenas em dizer algo, sem a intenção de realizar outro ato ao dizer alguma coisa.

Essa releitura do humor o desloca sob duas dimensões, portanto: o humor como roupagem crítica, na medida em que se reconhece o direito de crítica como manifestação da liberdade de expressão, onde o fenômeno assume a feição de instrumento ou veículo para que determinada ideia, pessoa ou grupo de pessoas seja criticado; e o humor como discurso autopoiético¹⁴¹, isto é, criado por si e para si próprio, cuja função não seja outra senão a própria exploração artística da manifestação.

Em Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2015, p. 95), aliás, é possível reconhecer uma tentativa nesse sentido, ou seja, de expor essa vertente mais criativa e lúdica do humor, na medida em que leciona que o humor “mais se subsume à liberdade de criação, muito embora também à liberdade de manifestação do pensamento e, em particular, à liberdade de crítica”.

¹⁴¹ Autopoiese se consubstancia naquilo que, por sua vez, é poiético, ou seja, “produtivo ou criativo, enquanto diferente de prático”, daí porque Aristóteles dizia que “a arte é produtiva, enquanto que a ação não” (ABBAGNANO, 2007, p. 772). O termo foi cunhado originariamente por Humberto Maturana e Francisco Varela e, grosso modo, revela a capacidade que os seres vivos têm de reproduzirem a si mesmo através de suas moléculas: “la teoría de la autopoiesis radica en que ella muestra que el ser vivo es un ente sistêmico aun cuando su reatización sea de carácter molecular. Esta teoría muestra que ninguna molécula o clase de molécula determina por si sola ningún aspecto o rasgo del operar del ser vivo como tal, pues todas las características del ser vivo se dan en la dinámica de su autopoie” (MATURANA; VARELA, 1994, p. 23). Posteriormente, o termo foi adotado por Niklas Luhmann para se referir ao sistema de retroalimentação dos subsistemas sociais, notadamente o Direito. Aqui, utilizamos o termo metaforicamente para designar a capacidade de existência do humor como um fim em si mesmo, e não meio de crítica ou ofensa propriamente dito.

Noutra oportunidade, também tivemos espaço para fazer a mencionada distinção, assim tratando o humor pelo humor como aquele “dito sem qualquer intenção de criticar ou emitir opiniões ou ideias” (RIGAMONTE; SILVEIRA, 2018, p. 97)¹⁴², especialmente diante de sua multifacetada gama de finalidades.

Também em Freud (2017, p. 129) é possível encontrar algumas lições que embasam essa ideia, sobretudo quando o autor estabelece que “às vezes o chiste tem um fim próprio e não serve a nenhuma outra intenção, outras vezes ele se coloca a serviço dessa outra intenção; ele se torna tendencioso”.

Todavia, nenhuma dessas formas de humor foge aos limites naturais da liberdade de expressão, mormente quando confrontadas com outros direitos igualmente fundamentais. Ainda assim, é inegável que pelo menos o humor autopoietico deva ser enxergado sob uma ótica mais cautelosa.

Por isso mesmo que sustentamos, na qualidade de um primeiro *standard*, que há uma espécie de presunção de jocosidade do humor autopoietico, mesmo que ofensivo, porém com força ilocucionária nula. Logo, deve-se atribuir àquele que contracena com o discurso humorístico o ônus de dissecar o discurso e apontar eventuais violações a outros direitos fundamentais, contanto que sobre o manto da máxima da proporcionalidade.

Isso porque, ao contrário do humor autopoietico, no humor não-autopoietico, vertido como opinativo ou crítico, pode existir um alvo, ficando, assim, mais próximo dos limites à liberdade de expressão no que diz respeito ao direito de opinião. De outro lado, no humor autopoietico, por se tratar de fenômeno eminentemente lúdico e criativo, o dolo de criticar, de ofender, de discriminar ou de difundir ódio, é, necessariamente, menor, ou até mesmo, inexistente.

Portanto, a fórmula que propomos agora, já como um segundo *standard* que decorre logicamente do primeiro acima exposto, é que, quanto mais crítico ou opinativo for um discurso humorístico, mais próximo ele estará de configurar o humor não-autopoietico, aqui vertido sem qualquer presunção de jocosidade. Logo, mais facilmente configurará um ilícito cível e/ou penal, conforme o caso.

¹⁴² Freud (2017, p. 139) se aproxima desse raciocínio ao expressar que “quando o chiste não é seu próprio fim, isto é, não é inofensivo, ele se coloca a serviço de duas tendências apenas, as quais podem ser unificadas sob um mesmo ponto de vista; ou ele é um chiste hostil (que serve à agressão, sátira, defesa), ou um chiste obsceno (servindo ao desnudamento)”.

Conscientes dos dois *standards* firmados até agora, entendemos ser preciso definir alguns padrões de objetividade em relação à intenção e ao grau de risco que as manifestações humorísticas são capazes de assumir em determinados contextos.

4.2.1 Humor autopoietico e humor não-autopoietico de acordo com o contexto discursivo

Apesar da presunção que ora sustentamos em favor do humor autopoietico, dada sua força ilocucionária nula, resta saber como identificar as hipóteses onde se poderá enxergar esse tipo de humor, isso conforme a intenção do interlocutor inserida no contexto do discurso. A intenção e o contexto servirão de combustíveis para diferenciar se determinada piada, por exemplo, foi ventilada com potencial ofensivo, apenas, ou com potencial discriminatório ou de ódio.

Em relação à intenção (dolo), pouco interessa a subjetividade que o conceito induz. De outro lado, mais interessa a captura de elementos objetivos capazes de conduzir o aplicador ou intérprete a identificar a intenção do emissor diante de determinado contexto e se esse discurso é dotado de potencial ofensivo, discriminatório ou de ódio.

Com efeito, o contexto¹⁴³ é indispensável, no sentido de que a intenção do agente, e, por conseguinte, o tipo de humor (autopoietico ou não-autopoietico), tornar-se-ão mais evidentes na medida em que avaliado for esse contexto discursivo.

Diante da necessidade de apurar elementos objetivos do discurso humorístico, é possível extrair de alguns julgados que estiveram presentes no Poder Judiciário brasileiro alguns exemplos casuísticos servíveis de *standards*, porém sem a intenção de revelar o nível de adoção da máxima da proporcionalidade nesses julgados.

Palmilhando a jurisprudência, acreditamos ter encontrado ao menos quatro *standards* nesse sentido, quais sejam: (i) a existência de um alvo determinado e identificado no contexto do discurso humorístico; (ii) a ambientação do discurso humorístico; (iii) a profissionalização

¹⁴³ Dominique Maingueneau (2014, p. 26) reforça a noção de discurso sobre algumas perspectivas que o justificam para além da simples linguística, assim afirmando que o discurso é interativo, porque sempre envolve dois ou mais parceiros, e contextualizado. Neste ponto, o autor sustenta que o contexto é uma moldura, um cenário, que intervém no próprio discurso: “fora de contexto, não se pode atribuir um sentido a um enunciado” (MAINGUENEAU, 2014, p. 26).

do interlocutor como autossatisfação pessoal; (iv) e o poder de resposta de um determinado grupo social, consideradas as razões histórico-sociais de seu desenvolvimento.

Em primeiro lugar, quando o discurso humorístico for capaz de identificar ou individualizar uma pessoa diante de determinado contexto, tanto mais flagrante será o potencial discriminatório e de ódio dele, razão suficiente para classifica-lo como humor não-autopoiético. Lembrando que, mesmo nesses casos, haverá também potencial ofensivo, eis que a ofensa, como vimos, está inserida na discriminação e no ódio.

Com efeito, se o discurso se embasar em qualidades vinculadas à dignidade da pessoa alvejada (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, opção ou gênero sexual), poderá, além de violar sua honra, imagem, vida privada ou privacidade, descambar para a discriminação. Aqui, entretanto, acreditamos que dificilmente configuraria discurso de ódio no sentido de provocar uma ação violenta contra essa pessoa, ou ainda, contra o grupo a que ela representa.

Portanto, contar piadas sobre pessoas negras, estereótipos, nacionalidade, religião, mulheres, homossexuais, transexuais, deficientes etc., sem necessariamente vincular a expressão a uma pessoa determinada e identificável, não confere força ilocucionária suficiente para discriminar e, tampouco, provocar ódio em detrimento dela ou do grupo representado por ela.

Dentro desse contexto e de forma mais aprofundada, a questão do potencial discriminatório e ofensivo pode ficar obstada quando houver uma voluntária participação da pessoa “alvo” na piada, mais no sentido de “rir com o alvo” do que propriamente “rir do alvo”.

Uma evidência disso reside no já extinto programa humorístico que protagonizou as telas brasileiras dos anos 70 e 80, chamado “Os Trapalhões”, onde um dos participantes, Antônio Carlos Bernardes Gomes, de alcunha “Mussum” e negro, era ele mesmo associado ao estereótipo de “cachaceiro” e “macaco”, de forma voluntária.

Sendo assim, do contexto desse programa humorístico, é possível inferir que o próprio humorista e seu grupo tiravam sarro dessas condições, participando voluntária e ativamente disso. Nesses casos, portanto, entendemos que o potencial discriminatório e de ódio é inexistente, tratando-se, pois, de um humor autopoiético. Obviamente que, fossem essas piadas repetidas em algum outro programa atual, certamente deflagrariam tumulto e repercussão jurídica.

Nessa esteira, envolvendo piadas de estereótipos de nacionalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede do Habeas Corpus nº 0087074-44.2013.8.26.000, decidiu por trancar um inquérito policial onde figuravam como réus dois apresentadores de televisão do Programa “CQC”, por terem tirado sarro de portugueses explorando a superioridade racial dos brasileiros.

Narra o caso que, durante a “EUROCOPA 2012”, na cidade de Varsóvia, um dos pacientes, após o término de uma partida onde jogavam portugueses e pretendendo descobrir o grau de inteligência deles, indagou-os sobre algumas questões absurdas, tais como: sobre o nome da tia do primeiro homem que pisou na Lua; sobre o nome de batismo do jogador “Capitão” da Seleção Portuguesa, entre outras absurdas. Na mesma ocasião, ele abordou uma mulher portuguesa e a indagou se teria bigode “lá embaixo”, ao que ela respondeu: “não, é como a brasileira”, em tom jocoso.

Em via de serem processados nos termos da Lei nº 7.716/89, o Desembargador Relator naqueles autos decidiu que, muito embora o humor em pauta pudesse ser considerado como ácido e ferino (ou seja: com potencial ofensivo), ele não ultrapassou os limites da liberdade de expressão, sendo insuficiente para configurar qualquer dispositivo da mencionada lei.

Outro caso representativo foi o julgamento da Ação Civil Pública nº 0100503-06.2012.8.26.0100, em sede de 1ª instância pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, movida pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) em desfavor do comediante Rafael Bastos Hocsman, conhecido popularmente como “Rafinha Bastos”.

Narra-se que o artista, no DVD de *stand-up comedy* chamado “A Arte do Insulto”, proferiu as seguintes piadas em relação à deficientes físicos: “*um tempo atrás eu usei um preservativo com efeito retardante, efeito retardante, retardou, retardou, retardou; tive que internar meu pinto na APAE, tá completamente retardado hoje em dia; eu tiro ele pra fora e ele (grunhidos ininteligíveis)*” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014) (grifo original).

Na mesma ocasião, o humorista também disse: “*as pessoas na cadeira de rodas; ah, fila preferencial! Haha, advinha amigo, você é o único que tá sentado. Espera quieto! Cala*

essa boca!” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014) (grifo original).

O resultado em 1ª instância foi a improcedência da ação, isso porque o Juiz de Direito prolator da decisão entendeu que “qualquer pessoa tem capacidade de discernir, com um pouco de boa vontade e um mínimo de inteligência, o que é uma manifestação humorística, distinguindo-a de uma simples opinião” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Assim, sem se pronunciar sobre a infelicidade da brincadeira, ou se ela era engraçada ou não, o magistrado concluiu que “uma piada é, afinal, apenas uma piada” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014), e que, apesar da importância de se cogitar uma análise sociológica sobre o tema, “afirmar que uma piada é um ato ilícito” não o convencia (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Um terceiro caso emblemático¹⁴⁴, embora não tenha deflagrado ação judicial, aconteceu em 2012, quando um humorista, ao realizar um show de *stand-up comedy*, fez uma piada dizendo que discordava da tese de que a doença da AIDS vinha do macaco, uma vez que ele, o próprio humorista, mantinha relações com “macacos”, mas nem por isso teria ficado doente. Neste momento, ao dizer isso, virou-se para um dos músicos da banda que tocava no local e indagou: “né?”. Nada soaria como estranho, se não fosse o músico uma pessoa negra.

Obviamente que situações como a narrada, que partem de uma piada genérica, ainda que exploradoras de estereótipos, raça, opção sexual, religião etc., mas se afunilam em busca de identificar um alvo em específico, são capazes não só de ofender, mas também de discriminar, afastando o humor do tipo autopoiético e o aproximando do não-autopoiético.

Seria diferente, por exemplo, se aquele com quem se brinca participasse da piada de forma voluntária, a exemplo do que aconteceu no processo de nº 0104664-15.2012.8.26.0050, envolvendo um caso semelhante entre o humorista Danilo Gentili Júnior e um internauta do Twitter.

¹⁴⁴ Esse exemplo também foi trazido por Tom Alexandre Brandão (2018, p. 114) em sua obra já aqui citada, exatamente para explicar a importância do contexto na definição da intenção do agente humorístico. Outras duas situações contextualizadas e que também são tratadas pelo autor é a exploração do riso através do *bullying* e do assédio moral (BRANDÃO, 2018, p. 115).

Portanto, o *standard* da identificação de um alvo determinado serve de amparo para identificar com qual tipo de humor se está lidando: autopoietico ou não-autopoietico. Logo, efetivado esse exercício e identificado o tipo humorístico, vimos que deverá operar a máxima da proporcionalidade com o escopo de sopesar a restrição do direito fundamental.

Em segundo lugar, existem gêneros humorísticos cuja difusão é mais restrita de acordo com os meios de comunicação onde são divulgados, tais como shows de *stand-up comedy* em casas fechadas, filmes, memes ou vídeos divulgados em plataformas de *streaming* privadas ou em canais específicos, tais como sites, blogs, canais do YouTube, páginas em redes sociais etc.

Com efeito, acreditamos que, quanto mais o acesso aos discursos humorísticos divulgados nestes canais exigir uma manifestação de vontade do expectador supostamente ofendido, tanto menor deverá ser a eventual restrição imposta. Por isso mesmo que este *standard* já não serve tanto para identificar o tipo de humor, mas, sim para incidir no próprio exercício da máxima da proporcionalidade.

O caso recente envolvendo a provedora global de filmes NETFLIX e o filme “Especial de Natal do Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, representa bem essa questão, uma vez que, no bojo da decisão liminar da Medida Cautelar na Reclamação nº 38.782/RJ, o Ministro Dias Toffoli, em concordância com o Juiz de Direito de 1ª instância que denegou a liminar¹⁴⁵ e em alusão a outro julgado do STF (ADI nº 4.439/DF), assentou esse *standard* como o “teste da voluntariedade da exposição ao conteúdo”.

Referido teste foi abordado quando do julgamento da ADI nº 4.439/DF, que propunha a declaração de inconstitucionalidade do art. 33, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 698/09 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/10, a partir da ideia de que, apesar do ensino religioso facultativo, ele deveria ser de natureza não

¹⁴⁵ Consta da decisão interlocutória a seguinte *ratio decidendi*: “também considero como elemento essencial na presente decisão que o filme controverso está sendo disponibilizado para exibição na plataforma de streaming da ré Netflix, para os seus assinantes. Ou seja, não se trata de exibição em local público e de imagens que alcancem àqueles que não desejam ver o seu conteúdo. Não há exposição a seu conteúdo a não ser por opção daqueles que desejam vê-lo. Resta assim assegurada a plena liberdade de escolha de cada um de assistir ou não ao filme e mesmo de permanecer ou não como assinante” (TJRJ, 2019).

confessional, interconfessional ou ecumênico, mantendo-se a neutralidade e laicidade do Estado.

Em síntese, a ação foi julgada improcedente, mantendo-se a legislação alvejada em sua íntegra, sendo que um dos fundamentos foi justamente a voluntariedade da exposição ao conteúdo, tal como exposto pelo Ministro Relator da ADI, Alexandre de Moraes:

É nesse contexto que deve ser compreendida a previsão do ensino religioso: trata-se de aproveitar a estrutura física das escolas públicas – tal como amplamente existente no espaço público de hospitais e presídios, que já são utilizados em parcerias - para assegurar a livre disseminação de crenças e ideais de natureza religiosa àqueles que professam da mesma fé e voluntariamente aderirem à disciplina, mantida a neutralidade do Estado nessa matéria (STF, 2017).

Aprofundando um pouco no teste da voluntariedade, enxergamos nele dois fundamentos teóricos de suma importância para estabelecer-lo: o primeiro é a autonomia individual do poder de escolher a natureza daquilo que se quer consumir, reduto da própria dignidade da pessoa humana; o segundo é neutralidade do Estado em relação às qualidades dessas escolhas individuais.

Aliás, sobre a neutralidade do Estado, Owen Fiss (2005, p. 53) sintetiza que seu conteúdo “proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas dentre pontos de vista contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate”.

Já em relação à autonomia individual, ela certamente advém de um dos pressupostos da concepção minimalista da dignidade humana, qual seja: “a autonomia de cada indivíduo” (BARROSO, 2013, p. 72), consubstanciada no “fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa” (BARROSO, 2013, p. 81).

Nessa esteira, Ronald Dworkin (2019) sustenta que a liberdade de expressão guarda duas razões de importância: a instrumental, porque permite a construção de consequências positivas para as pessoas; e a constitutiva, na medida em que o Estado deve tratar todos como membros adultos, isto é, agentes capazes de fazer escolhas moralmente responsáveis. A propósito, este segundo pressuposto deve ser encarado como uma presunção, o que evidencia a que o Estado só deverá estar presente em situações excepcionalíssimas.

Por isso mesmo que Luís Roberto Barroso (2013) define a autonomia individual sob os seguintes pressupostos: a razão, vista como capacidade mental para tomar decisões

informadas; a independência, enxergada como a ausência de coerção, manipulação ou privações; e a escolha, vista como a existência real e concreta de alternativas. Logo, é especialmente neste último pressuposto que se encontra o reduto do teste da voluntariedade.

Aqui também nos cabe recordar da dimensão coletiva da liberdade de expressão, tão cara na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consubstanciada no “direito [de a] sociedade procurar e receber qualquer informação, a conhecer os pensamentos, ideias e informações alheiras, e estar bem informada” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 5):

[...] não seria lícito invocar o direito da sociedade a estar informada com veracidade para fundamentar um regime de censura prévia supostamente destinado a eliminar as informações que seriam falsas a critério do censor. E também seria inadmissível, sobre a base do direito a difundir informações e ideias, que se constituísse monopólios públicos ou privados sobre os meios de comunicação para tentar moldar a opinião pública segundo um só ponto de vista (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 6).

Portanto, regada pela autonomia individual, corolária da dignidade da pessoa humana, e pela neutralidade do Estado, a voluntariedade é um dos elementos que deve ser levado em consideração para solução de colisões entre o direito fundamental ao humor e outros direitos igualmente fundamentais.

Destarte, se o conteúdo humorístico, mesmo que ofensivo, discriminatório ou odioso, for divulgado em plataformas cujo acesso for restrito a um determinado público que queira, voluntariamente, ver, ouvir, ler ou apreciar o conjunto da obra, o nível de restrição advindo da máxima da proporcionalidade deve ser evidentemente menor.

Contudo, isso não significa “carta branca” para, em ambientes fechados, disseminar e propagar, expressa e diretamente, ódio de qualquer espécie, apesar de ser forçoso reconhecer que, em ambientes apropriados, o conteúdo humorístico pode se expandir de forma mais ampla do que em plataformas de acesso irrestrito. Aliás, dois exemplos práticos evidenciam essa abordagem.

Existe um humorista no Brasil cujo nome artístico é “Léo Lins”, conhecidíssimo pelo público que aprecia suas piadas como o “guru do humor negro”, porque costumeiramente ele conta piadas desse tipo. Pois bem, aqueles que frequentam os seus shows de *stand-up comedy* conhecem, ou ao menos deveriam conhecer, seu estilo próprio de fazer troça.

Assim, escolher frequentar um show privado como o do “Léo Lins” significa, sem sombra de dúvidas, voluntariar-se¹⁴⁶ em ouvir piadas chulas, grotescas, escatológicas, para não dizer machistas, misóginas, racistas etc., com potencial ofensivo, discriminatório ou de ódio.

O mesmo acontece com determinadas páginas ou blogs em redes sociais, a exemplo da figura do famigerado “Joaquin Teixeira”¹⁴⁷, que tem protagonizado as redes sociais com um discurso tendencioso e ofensivo a determinadas pessoas, crenças, ideias e opiniões. De modo análogo, um outro sem número de páginas, blogs e perfis em redes sociais compartilha das mesmas características de veiculação de humor, as quais normalmente são fechadas ao público em geral e contêm uma espécie de “aviso” sobre o conteúdo de cada qual.

Entretanto, uma vez mais frisamos não se tratar de uma “carta branca” para esses tipos de veículos de humor, mesmo porque, fosse assim, a *Deep Web* e a *Dark Web* seriam um paraíso da legalidade, pois o acesso a elas é essencialmente restrito e anônimo. A questão, então, é apenas ventilar essa característica como um dos tópicos argumentativos a ser levado em consideração na máxima da proporcionalidade.

O que se sustenta é que haja uma ponderação a exemplo daquela procedida pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, na decisão liminar concedida da Ação Civil Pública de nº 0332259-06.2019.8.19.0001, ao considerar que, por não haver “exposição a seu conteúdo a não ser por opção daqueles que desejam vê-lo”, restaria “assegurada a plena liberdade de escolha de cada um de assistir ou não ao filme e mesmo de permanecer ou não como assinante” (TJRJ, 2019).

Como terceiro *standard*, é forçoso reconhecer que existem pessoas que fazem de sua vida profissional uma verdadeira “obra de arte” vocacionada ao humor.

¹⁴⁶ Tom Alexandre Brandão (2018, p. 114) compartilha desse mesmo pensamento ao explicar que “um humorista, numa apresentação de stand-up comedy, pode tratar livremente quaisquer temas (homossexualismo, negros, judeus, loiras, deficientes físicos etc.), pois é plenamente conhecido pela plateia que esse tipo de espetáculo explora basicamente o humor depreciativo, o qual atinge, não raramente, o próprio humorista e sua audiência. Não há que se cogitar em ilicitude nessa atividade, pois, afinal seria uma análise de gosto ou da qualidade do humor, sobre o filtro do politicamente correto”.

¹⁴⁷ Em pesquisas profundas pela rede internacional de computadores, não fomos capazes de identificar, tampouco de comprovar a existência de uma pessoa que seja o “Joaquin Teixeira”. A verdade é que parece se tratar de um nome criado e associado a uma foto de um senhor, veiculado a postagens classificadas normalmente como ofensivas a tudo o que o “politicamente correto” costuma sustentar.

Com efeito, o profissionalismo com que esse tipo de pessoa encara o discurso humorístico deve igualmente ser levado em consideração, pois, neste ponto, a liberdade de criação artística encontra um dos cerne da dignidade da pessoa humana, qual seja: a realização pessoal e profissional, consubstanciadas na liberdade de profissão e na livre iniciativa dos profissionais do humor.

Destarte, deve-se afastar o dogma de que apenas minorias comunitárias podem se embebedar do conteúdo axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana, pois isso, como já bem vimos, não pode ser verdade.

A dignidade da pessoa humana não é otimizada apenas por restrições legítimas impostas em favor de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário), como também pelo valor intrínseco de todos os seres humanos e pela autonomia de cada indivíduo, transfigurando-se no corolário da autorrealização pessoal.

Há doses do princípio da dignidade da pessoa humana em todas as espécies de direitos fundamentais. Não fosse assim, ela não seria consagrada como o pilar de sustentação de onde se emanam os direitos pertencentes ao homem como tal, ou seja, “como justificação moral [e] como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2013, p. 64)

Cediço que a dignidade da pessoa humana consiste em dizer que “todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios”, de modo que “os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto” (BARROSO, 2013, p. 72). Logo, quanto menor for o menoscabo do projeto de vida de outra pessoa ou grupo de pessoas, tanto maior deverá prevalecer a autossatisfação individual.

Daí a importância sobre a questão da presunção *a priori* de licitude de manifestações humorísticas sobre o pilar da autossatisfação pessoal, corolário direito da dignidade da pessoa humana, na proporção em que, inexistindo provocações intencionais de acordo com um determinado contexto, não se pode tomar, naquele super-princípio balizador, embasamento para restrições amplas, sem, contudo, superar a máxima da proporcionalidade, que, pelo visto, impõe ônus argumentativo àquele que a erige.

Portanto, enxergamos neste terceiro *standard* tanto um amparo para identificar o humor autopoiético em determinadas situações, quanto para operacionalizar na máxima da

proporcionalidade, avaliando o grau de restrição de uma manifestação que, *grosso modo*, advém de alguém que faz dela sua vida profissional.

Em quarto lugar, entendemos que, quanto maior for o grupo de pessoas que compartilham de uma mesma crença, opinião, ideia ou ideologia, que tenha sido atingido por uma determinada manifestação humorística, menor deverá ser a resposta do Estado, visto que a liberdade de expressão não pode configurar um efeito silenciador de minorias marginalizadas, mas, sim, servir de instrumento a elas.

Eis um *standard* servível também no bojo da própria máxima da proporcionalidade, de modo que o argumento de marginalização de minorias não deve vir isolado de uma apreciação do histórico de opressões sobre elas, o que é igualmente uma tarefa complicada.

Nesse diapasão, João dos Passos Martins Neto (2008, p. 93) estabelece que “o antídoto de uma ideia não é o silêncio forçado, mas a própria liberdade”, aproximando o presente *standard* da doutrina norte-americana do *marketplace of ideas*, consagrado pelo Juiz Oliver Wendell Holmes no caso “Abrahms Vs. US” (250, US 616, 1919), segundo o qual “o bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de ideias” (FISS, 2005, p. 22).

Com efeito, o Estado só deve operacionalizar o direito à liberdade de expressão, estabelecendo restrições, quando perceber que determinados discursos têm, comprovadamente, maior potencial de deflagrar um verdadeiro efeito silenciador em detrimento de uma minoria histórica e socialmente marginalizada.

Por conseguinte, essa operacionalização deve ter lugar através de mecanismos menos invasivos à liberdade de expressão, sendo preferível, nestes casos, mais ampliar o poder de reação e a voz desses grupos do que efetivamente diminuir a capacidade de expressão dos demais. Logo, remédios como indenizações por danos morais e tipificação ou penalização de condutas ofensivas devem ser deslocados para os últimos degraus da escalada de repressão estatal.

Noutras palavras, há outros meios de restrição à liberdade de expressão que não necessariamente envolvem indenizações civis e tipificação de condutas, tais como o direito de retificação ou de resposta, além do repúdio da população em geral, alimentado pelo avanço da *internet* e das redes sociais, que podem igualmente servir de autêntico “boicote” em relação a manifestações não ortodoxas de expressão. Aliás, o mesmo vale para mecanismos de

“autorregulação”, sobretudo no bojo de empresas privadas que exploram meios de comunicação sociais.

Na verdade, tudo o que efetivamente for capaz de promover uma força centrífuga do Direito Positivo, primando pelo debate livre de ideias, pode servir perfeitamente como instrumento extrajurídico de restrição à liberdade de expressão, sem, contudo, transfigurar os limites dos limites dos direitos fundamentais.

Uma indagação prostrada na petição inicial de ajuizamento da Ação Civil Pública de nº 0332259-06.2019.8.26.0001, nos força fazer essa reflexão, essencialmente porque colocou que, se fossem feitas piadas:

[...] em que os negros fossem representados subindo em árvores, comendo bananas, e outras alusões infames e depreciativas a primatas, sua peça cinematográfica seria proibida, viriam a ser condenados a pagar uma justamente pesada indenização, e seriam presos, com fundamento no art. 20, §2º da Lei 7.716/89; ou se às vésperas do Yom Kipur ou do dia internacional da lembrança do holocausto, fizessem troça do genocídio dos judeus, pintando-os como avaros e perversos, merecedores do extermínio. Em todos esses casos, seria segura e fulminante a reação da Justiça. Por que, então, o ultraje aos católicos, mais amplamente aos cristãos, seria liberado? (TJRJ, 2019, p. 20)

Evidentemente, a resposta a essa indagação poderia ser dada trazendo em evidência o histórico nacional de sofrimento dos negros, sobretudo em um país como o nosso, que passou por árduos anos de escravatura; em relação aos judeus, o Holocausto, que hoje tem sido reconhecido mais sobre o vértice de “fato” do que “hipótese científica” ou de qualquer outra natureza¹⁴⁸, dentre outros povos sofríveis historicamente.

Esse quadro, entretanto, é diferente ao tratar de religiões como a cristã-católica, ou ainda, o islã, que, muito embora já tenham passado por históricos de horrores, não se comparam com as questões raciais e judaicas da época nazista.

¹⁴⁸ Na Alemanha, é emblemático o caso “Auchwitz Lie” (BVERFGE 90, 241), onde o Tribunal Constitucional consagrou que “quem procura negar esses eventos [Holocausto] nega a cada um deles [os judeus] individualmente esse valor pessoal [memória do sofrimento] ao qual eles têm direito. Para as vítimas, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo de seres humanos ao qual eles pertencem” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 135). Entre nós, o caso “Ellwanger” (HC nº 82.424/RS), julgado pelo STF, onde, em apertada síntese, por maioria de votos, combateu-se o revisionismo histórico do tema Holocausto, colocando em evidência o conceito deontológico de racismo, donde prevaleceu a noção do “racismo social”, precedente este invocado com ênfase no julgamento recente da ADO nº 26/DF.

Ainda assim, forçoso reconhecer que esse *standard* deve ser analisado com cautela, uma vez que o enfoque a ser dado em relação a um determinado quadro histórico de sofrimento de um grupo, raça, crença ou religião, pode assumir feições variadas, inclusive umas destoantes das outras, levando a outros problemas diversos, tal como, por exemplo, querer avaliar ou medir qual povo sofreu mais historicamente, como se houvesse um metro dedicado somente a essa tarefa.

De todo modo, não somos capazes de oferecer uma receita pronta e acabada para a solução de todos os casos envolvendo colisões entre os direitos fundamentais em apreço, mormente porque qualquer tentativa assim correria o risco de se perder em casuísticas inimagináveis, dada a ambição de estabelecer uma panaceia às dificuldades do aplicador ou intérprete.

Aliás, como é cediço, reduzir a questão do humor a uma definição única é uma tarefa trivial, pois a complexidade do fenômeno demanda estudos cada vez maiores e casuísticos, e não meras conjecturas.

Parafraseando o Juiz Potter Stewart da Suprema Corte dos EUA¹⁴⁹, que certa vez afirmou “eu não consigo definir o obsceno e talvez nunca consiga; mas sei o que é quando vejo”, acreditamos que o contexto humorístico nos permitirá, casuisticamente, afirmar que, apesar de não conseguirmos definir o humor ilícito, saberemos o que é quando o virmos.

4.3 Liberdade de expressão, humor e tipicidade no direito penal do equilíbrio

Como última tarefa, o discurso humorístico, agora reforçado pelas lições alhures, deve ser lido pela dogmática penal de forma distante daquela que tradicionalmente tem encarado as infrações penais contra à honra, integridade física ou psíquica, igualdade e dignidade humana.

O primeiro passo é relembrar que a máxima da proporcionalidade não perde em objetividade se estiver atenta às justificativas externas de Robert Alexy (2001), tais como o uso de precedentes e, sobretudo aqui, a dogmática, porquanto sustentada no aspecto teórico da

¹⁴⁹ O magistrado, ao se debruçar sobre o problema da pornografia e obscenidade, firmou que “eu não consigo definir o obsceno e talvez nunca consiga; mas eu sei o que é quando vejo” no caso *Jacobellis Vs. Ohio* (378 US, 184, 1964).

fórmula Virgílio Afonso da Silva (2011). Então, o aplicador ou intérprete deve necessariamente respeitar a dogmática.

O segundo passo é lembrar que, mesmo como técnica de interpretação, o princípio da proporcionalidade serve como sopesamento para aferir, sob uma teoria da argumentação, o sentido e o alcance das regras, as quais, quando capazes de envolver, ainda que indiretamente, a aplicação ou interpretação de direitos fundamentais, devem coadunar com a ordem constitucional.

Assim, os direitos fundamentais precisam “ser concebidos como metro para aferição da constitucionalidade das leis penais, vetor interpretativo destas leis, e até mesmo, [...], como imposição ao legislador de criminalizar certas condutas que atentem contra bens jurídicos salvaguardados por tais direitos” (SARMENTO, 2004, p. 457), de modo que “o procedimento argumentativo de captação do sentido do conteúdo das normas torna-se realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores” (FERRAZ JR., 2014, posição 793).

Nessa esteira, o Tribunal Constitucional Alemão julgou um caso sobre a questão da necessária valorização de direitos fundamentais na interpretação e aplicação de normas de natureza penal. Trata-se do caso “Soldados São Assassinos” (BVERFGE 92, 266), no qual, ao analisar se houve deferência à liberdade de expressão na tipificação concreta da conduta de um estudante que havia divulgado textos com frases do tipo “soldados são potenciais assassinos”, a corte estabeleceu que:

No estágio da interpretação normativa, o art. 5, I, 1, GG, exige uma ponderação, a ser feita no contexto dos elementos típicos das leis em questão, entre, de um lado, o significado da liberdade de expressão e, de outro, do bem jurídico, em cujo interesse a liberdade foi limitada. Uma interpretação do § 185 StGB que dilate o conceito de injúria a tal ponto [de ele] extrapolar as exigências da proteção à honra ou às instituições [...], ou que não deixe mais espaço para a observância da liberdade de expressão [...], é incompatível com a referida ponderação (MARTINS, 2005, p. 422).

Dessa feita, ficou assentado, no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que os direitos fundamentais devem, casuisticamente, servir como parâmetro de aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais, na mesma linha do que sustentamos neste ponto.

O terceiro fator é contextualizar com três casos julgados pelo STF, a fim de ressaltar como, *grosso modo*, os direitos fundamentais foram tratados.

O primeiro diz respeito ao HC nº 83.996/RJ (conhecido como caso “Gerald Thomas”), no qual a corte reconheceu que a conduta praticada pelo paciente, que consistiu na amostra de suas nádegas ao seu público teatral durante uma exibição, era atípica porque não configurava qualquer infração penal, notadamente aquela prevista no art. 233 do Código Penal (ato obsceno). Logo, reconheceu-se que “a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 21).

No HC nº 82.424/RS (caso “Ellwanger”) e na ADO nº 26/DF (caso da criminalização da homotransfobia), operou-se uma verdadeira abertura semântica do conceito legal de racismo, que, a partir de então, passou a ser compreendido em sua dimensão individual:

[...] projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Longe de se ignorar a crítica que combateu o resultado do julgamento da ADO nº 26/DF, em especial por considerar que a interpretação conforme dos dispositivos da Lei nº 7.716/89 e do Código Penal, transfigurou-se, deveras, em analogia *in malam partem* ou interpretação extensiva, ambas inadmissíveis pela dogmática penal, a verdade é que houve, também, uma horizontalização dos direitos fundamentais nas relações privadas, que é basicamente o que os tribunais de justiça pátrios têm feito quando julgam colisões entre liberdade de expressão e direitos da personalidade (SARMENTO, 2004).

Diante dessa abertura e porque tipificadas como crime de racismo a homofobia e a transfobia, é que se torna indispensável a criação de parâmetros destinados para obstar que outras expressões possam deflagrar responsabilidade penal.

Aliás, o STF, também preocupado com os efeitos interpretativos dessa extensão penal, firmou “a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019), conferindo aos fiéis e ministros (sacerdotes,

pastores, rabinos etc.) “o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019), inclusive “podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

É elogiável a exclusão interpretativa do proselitismo religioso dos tipos penais da Lei nº 7.716/89, sobretudo porque nos permite extrair duas conclusões: a de que o STF, ainda que indiretamente, reconheceu a existência do risco de que manifestações das mais variadas naturezas sejam subvertidas às avessas em discurso de ódio ou discriminação; e a de que a corte aceitou que, por mais desconfortante (e ofensivo) que seja, o proselitismo religioso pode ser professado livremente.

Trocando em miúdos, o STF referendou os discursos prosélicos com potencial ofensivo. Acreditamos estarem protegidos por este entendimento, por exemplo, os discursos que identifiquem os homossexuais ou transexuais como “aberrações”, como pessoas que podem “queimar no fogo do inferno”, ou ainda, pessoas “perdidas no mundo ou tomadas pelo Diabo”, ou qualquer outra expressão semelhante.

Igualmente, acreditamos que a premissa inversa também seja admitida, segundo o entendimento do STF, sendo perfeitamente possível que pessoas agnósticas ou ateias ofendam crenças religiosas, atribuindo aos seus fiéis, por exemplo, adjetivos pejorativos e classificações estereotipadas.

Se o art. 220, *caput*, da Constituição Federal, coloca em pé de igualdade “a manifestação do pensamento, a criação a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo” (BRASIL, 1988), assim como faz com no art. 5º, incisos VI e IX, é forçoso concluir que todas as formas de manifestação do pensamento, consubstanciadas em criar, informar, desenvolver consciência, ter crença, acreditar, aprender, fazer ciência, ou melhor dizendo, comunicar-se, situam-se no mesmo plano de proteção.

Significa, então, que razões não existem para tratar na mesma medida as outras formas de expressão do intelecto, mormente o humor, seja ele crítico, seja ele autopoiético. Assim, aproveitando essa abertura axiológico-interpretativa que o STF fez questão de considerar,

somos capazes de relativizar o conceito de tipicidade fechada ou cerrada¹⁵⁰, amplamente adotado pela dogmática penal brasileira. Aliás, sonzinhos não estamos nesse percurso.

Rogério Greco (2017) adota essa posição em sua obra ao contrapor as correntes do Direito Penal Mínimo e do Movimento de Lei e Ordem (Direito Penal Máximo), buscando fixar um meio-termo, que por ele foi batizado de “Direito Penal do Equilíbrio”, cuja preocupação pode ser resumida na citação abaixo:

[...] resolver os conflitos sociais com seriedade, buscando somente proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Preserva, portanto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que somente intervém no direito de liberdade de seus cidadãos nos casos estritamente necessários, pois que sem essa intervenção ocorreria o caos social (GRECO, 2017, p. 179).

A partir dessa noção, o autor advoga pela aplicação cada vez mais dos princípios “da intervenção mínima, lesividade e adequação social, individualização da pena, proporcionalidade” (GRECO, 2017, p. 178), seja diante da criação da figura típica, seja diante da aplicação ao caso concreto, como no caso dos princípios da insignificância e da culpabilidade.

Dentre esses princípios, o da adequação social, por exemplo, assumiria importância especial em contendas envolvendo a tipificação de determinadas condutas consubstanciadas na emissão de discursos humorísticos, mesmo que seja preciso nos desgarrar da máxima da proporcionalidade e enveredarmos noutros caminhos. Isso porque:

A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial da ação típica (TOLEDO, 1994, p. 131-132)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Daniel Guimarães Medrado de Castro (2017, p. 29), dissertando criticamente sobre o tema, ensina que “a tipicidade cerrada é configurada pela descrição exaustiva da realidade e a indicação de todos os elementos concretos e valorativos que um fato precisa ter para se concatenar àquela hipótese típica. Ocorre a definição do mundo real, exigindo a convergência de todos os elementos para a sua caracterização. Não há fluidez ou espaços interpretativos que ajustem o tipo a uma realidade análoga, devendo haver correspondência direta do modelo tipificado com a concretude fática”. Assim, “os juízos valorativos, que justificam a distinção com o conceito, devem estar presentes no próprio enunciado típico, de modo que o cientista já possua previamente o conjunto de valores a serem aplicados no caso concreto [...]. O fechamento tipológico se justificaria pela necessidade de alcançar maiores níveis de segurança, dando ao jurisdicionado a previsibilidade nas relações jurídicas e, principalmente, nas decisões tomadas pelo judiciário” (CASTRO, 2017, p. 29).

¹⁵¹ Juarez Cirino dos Santos (2000, p. 37-38) leciona não haver dúvida “de que a adequação social é um princípio geral que orienta a criação e a interpretação da lei penal, mas sua atribuição à antijuridicidade pressupõe a ultrapassada concepção do tipo livre-de-valor, e sua compreensão como exculpante pressupõe uma inaceitável identificação entre a adequação social de determinadas ações e a natureza proibida do injusto”.

Ora, manifestações de humor, a depender do contexto em que se inserem, são passíveis de serem realizadas no bojo da normalidade social, encarando o fenômeno sob os auspícios da liberdade de expressão, em especial: liberdade de crítica ou de criação artística.

Um outro princípio igualmente relevante na dogmática penal é o da intervenção mínima, sobretudo quando envolvido em situações nas quais o potencial lesivo da conduta é menor, haja vista que, “quanto mais remotas as consequências danosas, menor é a necessidade de intervenções estatais de índole policial, persecutória e punitiva” (MARTINS NETO, 2008, p. 95).

Seguindo as nuances desse princípio, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem adotado o chamado teste tripartite para tratar sobre as restrições à liberdade de expressão, cujas premissas são as seguintes:

[...] (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material; (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana; e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para ao sucesso dos imperiosos fins buscados, estritamente proporcional à finalidade buscada, e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 23).

Com efeito, o teste tripartite, principalmente em sua terceira premissa, demonstra claramente que a Corte Interamericana endossa o princípio da proporcionalidade em seus três estágios: adequação, necessidade de proporcionalidade em sentido estrito. O interessante é que ela faz isso aliando ele a outras exigências adicionais:

[...] a tipificação de um delito deve ser formulada “de forma expressa, precisa, taxativa e prévia”, uma vez que o “direito penal é o meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades a respeito de uma conduta ilícita, considerando que o marco legal deve proporcionar segurança jurídica ao cidadão (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 24).

Aliás, é com supedâneo nesse exercício que a Corte Interamericana trata as infrações penais tipificadas com base um prejuízo para a ordem pública, exigindo delas que o argumento de proteção desse bem jurídico seja capaz de obedecer “às causas reais e objetivamente verificáveis, que postulem a ameaça certa e crível de uma perturbação potencialmente grave das condições básicas para o funcionamento das instituições democráticas” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 27).

Isso porque é insuficiente “invocar meras conjecturas sobre eventuais prejuízos para a ordem, tampouco circunstâncias hipotéticas resultantes de interpretações das autoridades em relação a fatos que não apresentem claramente um risco razoável de distúrbios graves” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 27).

Não é por outra razão que invocar argumentos genéricos para deslocar o humor ferino, grotesco e ofensivo, para uma seara de completa ilicitude, sobretudo através da tipificação de crimes com tipos mais abertos, não é o melhor caminho¹⁵², esbarrando-se, aliás, na inconveniência em relação ao Pacto de São José da Costa Rica.

É preciso buscar o afastamento de noções dogmáticas siamesas da ideia da tipicidade fechada ou cerrada, uma vez que “a linguagem não se encerra em um conceito definitivo e fechado das palavras” (CASTRO, 2017, p. 95), porque “a ostensividade na formação do conhecimento está relacionada a uma forma de ensino sobre o uso da palavra e não sobre o seu conceito definitivo” (CASTRO, 2017, p. 95).

Wittgenstein (2002) ensina que nomear um determinado objeto é o mesmo que nele pregar uma etiqueta, preparando-a sob a forma de uma palavra para um uso específico. Logo:

Quer-se dizer que aprender uma linguagem consiste em dar nomes a objetos, como seres humanos, formas, cores, dores, estados de espírito, números etc. Como foi dito – dar nome é algo semelhante a pregar uma etiqueta numa coisa. Pode chamar-lhe uma preparação para o uso de uma palavra. Mas é uma preparação para quê? (WITTGENSTEIN, 2002, p. 192).

Decorre disso, então, que a significação não pode ser obtida através da definição ostensiva dada ao objeto, mas, sim, pelo ensino ostensivo dele (WITTGENSTEIN, 2000), de modo que “o conteúdo significativo constante do símbolo somente [possa] ser alcançado por meio da pragmática, isto é, pelo uso” (CASTRO, 2017, p. 97).

Assim sendo, a noção de tipo cerrado cai por terra, não sendo possível estabelecer, *a priori*, um sentido significativo de uma determinada expressão linguística, sem, também,

¹⁵² Aqui não podemos deixar de mencionar, uma vez mais, a lei de Robert Alexy no sentido de que, quanto maior a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza sobre as premissas que a autorizam. Portanto, dizer que o humor ferino, mesmo que ofensivo, é ilícito, porque condiciona em sua estrutura artística questões envolvendo estereótipos, pessoas de cor preta, religiões, mulheres, homossexuais, transexuais, deficientes etc., sem afunilar caso-a-caso, buscando a intencionalidade do agente de acordo com o contexto do discurso, é o mesmo que punir por meras conjecturas ou hipóteses, passando ao largo de causas reais e objetivamente verificáveis.

verificar o *locus* de significação dela, isto é, sua aplicação usual, empírica, casuística (CASTRO, 2017).

Essas conclusões nos levam a voltarmos à questão tratada pelo Construtivismo Lógico-Semântico, no sentido de que:

[...] a tipicidade não pode ser cerrada, com a possibilidade de uma única interpretação, porque cada interpretação será única em si, correlacionada com a visão que o intérprete tem do mundo que lhe é existencial. Não há uma resposta correta a priori, pelo menos não uma única resposta (CASTRO, 2017, p. 162).

Para exemplificar como a tipicidade cerrada, sobretudo adotada sob termos vagos na legislação penal, citamos a “*ratio decidendi*” da Corte Interamericana de Direitos Humanos firmada no julgamento do caso “Palamara Iribarne Vs. Chile”, de 2005, segundo o qual a tipificação do crime de desacato contraria o art. 13 da Convenção Americana¹⁵³:

[...] as leis de desacato são uma restrição ilegítima da liberdade de expressão, porque: (a) não respondem a um objetivo legítimo sob a Convenção Americana; e (b) não são necessárias em uma sociedade democrática [...]. Considerando que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, é então precisamente o direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no tocante à função pública (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 48).

Por isso, devemos enxergar na tipicidade cerrada uma verdadeira objeção à concretização dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao Direito Penal, ao Direito Civil e ao Direito Tributário, sempre primando por uma abertura flexível dos termos prescritivos, sem, contudo, deixar de lado a segurança jurídica que a atividade do hermenauta exige.

Nessa linha de raciocínio, o humor, fenômeno de insistente complexidade, não pode ficar enclausurado numa doutrina como a da tipicidade cerrada, capaz de condicioná-lo a expressões restritivas demasiadamente vagas e imprecisas, sobretudo diante de princípios como o da adequação social e o da intervenção mínima.

¹⁵³ “Nos países onde existem, elas se fundamentam invocando diversas razões, sobressaindo-se, entre elas, a proteção do adequado funcionamento da administração pública ou da ordem pública. É dito que as leis de desacato cumprem uma dupla função. Em primeiro lugar, ao proteger os funcionários públicos contra a expressão ofensiva e/ou crítica, eles se tornam livres para desempenhar suas funções e, portanto, permite-se que o governo opere com harmonia. Segundo, as leis de desacato protegem a ordem pública porque a crítica aos funcionários públicos pode ter um efeito desestabilizador para o governo nacional, uma vez que – segundo se argumenta – ela se reflete não somente sobre o indivíduo objeto da crítica, mas também sobre o cargo que ele ocupa e a administração à qual ele presta serviços” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 47).

Com efeito, essa necessidade de releitura da tipicidade no Direito Penal, embora não tenha sido nossa principal preocupação, reveste-se da qualidade de chave-mestra para a irradiação do direito fundamental de humor sobre as normas infraconstitucionais, notadamente aquelas que mais tangenciam a liberdade de expressão em sentido amplo.

Sem esse exercício de abertura aplicativa e interpretativa dos tipos penais, e não somente eles, como também dos dispositivos cíveis que tratam sobre os direitos da personalidade e a responsabilidade civil, técnicas como a da ponderação de Robert Alexy não teriam qualquer chance de operar entre nós.

Noutras palavras, o humor sequer reuniria elementos suficientes para ser encarado em pé de igualdade com os direitos da personalidade, ou ainda, com os bens jurídicos penalmente tutelados, carecendo de aplicabilidade todos os esforços consagrados para elegê-lo como direito fundamental implícito e, especialmente, para tratá-lo sob o enfoque crítico ou artístico em suas nuances discursivas.

4.4 Conclusões capitulares

1. Amparados na máxima da proporcionalidade como técnica de aplicação e interpretação do Direito, notadamente em casos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, é forçoso reconhecer, sob pena de esvaziar-la de objetividade, a necessidade de formular *standards* doutrinários, isto é, testes ou modelos jurídicos baseados numa espécie de ponderação em abstrato. Esses *standards* precisam ser capazes de delinear o humor e condicioná-lo aos conflitos eventualmente prostrados em face de outros direitos fundamentais, especialmente aqueles situados sob a ótica do discurso de ódio: *hate speech*, discurso discriminatório propriamente dito e discurso ofensivo.

2. O humor é especial frente às demais manifestações do intelecto humano, não se resumindo em mera expressão do pensamento, tampouco apenas em criação artística, precisando assim ser considerado em virtude da doutrina crítica que insiste em conferir ao humor grotesco caracteres de discurso de ódio, ainda que com supedâneo em respeitadas lições linguísticas, sócio-políticas e críticas. Com efeito, a dialética histórico-filosófica e os inúmeros estudos científicos e pesquisas que se debruçaram, e ainda o fazem, sobre o humor, fazem dele um fenômeno complexo a ponto de não poder ser reduzido facilmente à expressão daquilo que se pensa ou sobre o que se compartilha.

3. Tributário dessa complexidade que circunda o fenômeno, o Direito Positivo, na qualidade de subsistema social com um código binário próprio (lícito/ilícito), precisa encontrar meios para evitar a disrupção de sua autopoiese, e, assim, não sucumbir à aloiese ou corrupção sistêmica. Considerando que o humor tangencia outras zonas ou subsistemas, notadamente a Arte, a Moral e a Política, exsurge a questão do “politicamente correto” como ameaça à integridade sistêmica do Direito Positivo. Por isso, é forçoso afastar tudo o que estiver vinculado ao politicamente correto do interior do subsistema jurídico, seja da parte periférica dele (sua membrana plasmática: o Poder Legislativo), seja de sua fonte decisional vocacionada a manter estáveis contrafaticamente expectativas normativas (seu núcleo: o Poder Judiciário).

4. Firmada essas premissas, protege-se toda e qualquer forma de manifestação humorística, em suas dimensões (individual e coletiva) e plataformas, ainda que consubstanciada em humor ferino (ofensa, discriminação propriamente dita e *hate speech*). Essa proteção opera contra todo e qualquer fato ou ato, proveniente do Estado ou de terceiros, cuja consequência jurídica seria a violação do direito de rir ou de fazer rir, corolário da liberdade de expressão e de criação artística.

5. A natureza do humor pode pender para dois vértices distintos um do outro: ora como instrumento de crítica, em desfavor de uma pessoa determinada, grupo de pessoas ou ideologias; ora como autopoiético, vale dizer, o humor criado por si e para si próprio, “o humor pelo humor”, cuja essência é lúdica e criativa. Portanto, um primeiro *standard* é a presunção de jocosidade do humor quando considerado autopoiético.

6. Partindo-se da presunção de que uma piada é, antes de qualquer coisa, uma piada, lida sob a ótica da teoria dos atos de fala de John Austin e John Searle, concluímos que a força ilocucionária do discurso humorístico autopoiético, justamente por se tratar de ato comunicativo, é nula ou igual ou tendente a zero. Por isso, o segundo *standard*: quanto mais crítico for, mais próximo estará de configurar humor não-autopoiético, sem qualquer presunção de jocosidade.

7. Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA, ao traçar os padrões *clear and present danger*, *bad intention*, *fighting words* e *imminent lawless action*, demonstra ser possível transplantar, ao menos para a seara onde se colide com o direito de rir ou fazer rir, alguns parâmetros que torna mais objetiva a aferição do potencial lesivo que as manifestações humorísticas podem assumir, sempre a depender do contexto em que ocorrem.

8. Outros fatores de reforço à presunção de licitude de discursos humorísticos ferinos são: (i) a aceitabilidade de que o humor é essencialmente hiperbólico; (ii) a exigência de elementos mais seguros a fim de relacionar o humor ferino com possíveis efeitos prejudiciais à comunidade, ou ainda, com a má-intenção do humorista; (iii) a neutralidade com que o Estado deve enxergar manifestações artísticas, operando a passos largos da tarefa de definir o que seria “bom humor” ou “mau humor”.

9. Sem fugir daquilo que nomeamos de “calcanhar de Aquiles” do humor, assim porque tida como autêntica força gravitacional capaz de derrubar quaisquer amarras ou máscaras que estejam por de trás do fenômeno, a intencionalidade e o contexto podem ser objetivamente aferidos e, com isso, dar vida a alguns *standards*: (a) a existência de um alvo determinado; (b) a ambientação na qual se insere o discurso humorístico; (c) a profissionalização do interlocutor; (d) e o poder de resposta de um determinado grupo social.

10. Sobre a existência de um alvo determinado: a princípio, contar piadas sobre pessoas negras, estereótipos (p. ex.: nacionalidade ou religião), mulheres, homossexuais, transexuais, deficientes etc., sem necessariamente vincular a expressão a uma pessoa específica, não confere força ilocucionária suficiente para discriminar ou difundir ódio em detrimento desse grupo, embora possa verdadeiramente ofender.

11. Sobre a ambientação na qual se insere o discurso humorístico: se o conteúdo, ainda que ofensivo seja e ainda que possa trazer dúvida quanto à questão discriminatória ou odiosa, for divulgado em plataformas cujo acesso é restrito a um determinado público, isto é, àqueles que querem efetivamente ouvir e apreciar o conjunto de piadas, o potencial lesivo dessas manifestações será possivelmente menor.

12. Sobre a profissionalização do interlocutor: reconhecendo que a dignidade da pessoa humana consiste em dizer que “todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios” (BARROSO, 2013, p. 72), quanto menor for o menoscabo do projeto de vida de outra pessoa ou grupo de pessoas, ou menor dizendo, quanto menor for o potencial lesivo a esse projeto de vida, tanto maior deverá prevalecer a autossatisfação individual.

13. Sobre o poder de resposta de um determinado grupo social com amparo em seu desenvolvimento histórico (critério residual aos demais): quanto maior for o grupo de pessoas

que compartilham de uma mesma crença, opinião, ideia ou ideologia, que tenha sido atingido por uma determinada manifestação humorística, menor deverá ser a resposta do Estado, visto o poder de enfretamento dessa manifestação e considerando a premente força centrífuga do Direito Positivo, cuja opção deve ser primar pelo debate livre de ideias.

14. É preciso identificar qual humor está sendo abordado em um determinado caso concreto: se não-autopoiético ou se autopoiético. Feita essa análise, será menos complexo dizer se o discurso é ofensivo, discriminatório ou de ódio. Acontece que essa tarefa só é possível a partir da análise do contexto e da intencionalidade do agente discursivo, daí a importância de alguns parâmetros como a existência de um alvo determinado; a ambientação do discurso humorístico; a profissionalização do interlocutor; e o poder de resposta de um determinado grupo social, consideradas as razões históricas de seu desenvolvimento.

15. Em matéria penal, o dogma da tipicidade cerrada causa objeção à concretização dos direitos fundamentais, sendo que a relativização dessa tipicidade serve, de um modo ou de outro, para possibilidade a irradiação desses direitos em face das normas infraconstitucionais. Assim, o humor, como fenômeno de elevada complexidade, não pode se submeter à tipos penais rigorosamente fechados, tampouco ser banalizado como ilícito sempre que ofensivo a alguém, a um grupo de pessoas ou ideologia.

CONCLUSÃO

Conhecedores de que o catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal tem abertura suficiente para nele compreender direitos expressos e, em alguns casos, até mesmo implícitos, construímos, com supedâneo no movimento neoconstitucionalista que palmilha as três dimensões de direitos fundamentais, a ideia de que outros direitos implícitos naqueles expressamente reconhecidos é perfeitamente aceita.

Esse fenômeno neoconstitucionalista, que forçou uma releitura das atuais constituições, trouxe como efeito o constante abandono dos métodos clássicos de interpretação, subsidiados pelo silogismo ou subsunção, em favor da adoção de métodos menos condicionados ao texto e mais relacionados aos horizontes do intérprete, notadamente aqueles que vislumbram nas constituições um ideário de transformação e adaptação do direito positivo às relações sociais e às novas nuances dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, embora não revestida como um método de interpretação propriamente dito, a máxima da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy e adotada no Brasil por uma gama extensa de teóricos, tais como Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento e Dimitri Dimoulis, exsurge como técnica de solução de colisões entre direitos fundamentais, essencialmente vista sob a ótica da argumentação jurídica.

Com efeito, a máxima da proporcionalidade se apresenta como uma forma desenvolvida do método voluntarista da Teoria Pura do Direito, mormente porque prescinde de uma decisão única e correta, tal como sustentado em Ronald Dworkin através da figura do “Juiz Hércules”, direcionando-se para a existência de uma moldura no interior da qual mais de uma decisão é possível ser tomada, contanto que dotada de racionalidade e objetividade.

Nesse diapasão, assentou-se a existência de regras e princípios, reconhecidos como normas diferenciadas entre si sob uma perspectiva quantitativa, apesar de assemelhadas pelo mesmo caráter deontológico do “dever-ser”. Assim, a colisão ou conflito entre essas normas pode ser solucionada ora pela subsunção (regras Vs. regras – *conflitos*), ora pelo sopesamento (princípios Vs. princípios – *colisões*).

Então, os direitos fundamentais, em razão da densidade normativa de seus enunciados, assumem a posição de autênticos princípios na ordem constitucional, razão pela qual a colisão

entre eles deve ser resolvida através da técnica da ponderação, e não da mera subsunção ou silogismo.

Da colisão entre direitos fundamentais é possível extrair as verdadeiras normas de direitos fundamentais em concreto, que não se confundem com os dispositivos textuais carregadores deles, dependendo de um processo de compreensão hermenêutica que termina nas chamadas normas atribuídas, construídas para serem aplicadas a um determinado caso concreto (*hard case*).

Essas normas de direitos fundamentais, uma vez construídas diante de um caso concreto, elucidam um suporte fático, consubstanciado no resultado da soma do âmbito de proteção e da intervenção que pairam sobre o direito fundamental em questão. Por isso, é necessário, sempre antes de exercitar a ponderação, extrair o suporte fático mais amplo possível dos direitos fundamentais em questão, a fim de se ter uma visão holística do problema e saber com mais propriedade o que cada um dos direitos perderá em termos de restrição.

Em busca de racionalidade, considerada como o “calcanhar de Aquiles” para a doutrina crítica da proporcionalidade, é preciso levar em consideração dois pressupostos teóricos: aceitar um suporte fático amplo e uma teoria externa sobre as restrições dos direitos fundamentais, admitindo-se que essas restrições possam ser tanto efetivadas pelo Legislativo quanto pelo Judiciário. É preciso aceitar a formulação de um direito fundamental, *a priori*, ilimitado.

Diante dessas premissas teóricas, o direito fundamental que colocamos sob nossos holofotes passou a ser a liberdade de expressão amplamente considerada, a começar pelo próprio direito de pensar e a terminar com a sua expressão sob as mais diversas formas e naturezas.

Classificada como de primeira dimensão, a liberdade de expressão assume a feição inicial de um direito de defesa, daí porque a necessidade de enxergá-la no bojo de um Estado com autoridade política e poder para, em certos casos, restringir esse direito em face de outros igualmente fundamentais. É aqui, pois, que se coloca a probabilidade da existência de colisões.

Entretanto, não nos bastou definir a liberdade de expressão em sua forma conotativa e denotativa, sobretudo porque, para dela extrair outros direitos fundamentais, foi imprescindível

apontar sua importância e abrangência como direito fundamental em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a liberdade de expressão guarda particular importância em um Estado Democrático de Direito porque consubstanciada, *grosso modo*, em quatro pilares: serve como mecanismo para a descoberta da verdade; condiciona-se à autossatisfação pessoal, aqui aproximando-se da nossa “pedra filosofal” que irradia força sobre os direitos humanos, qual seja: a dignidade da pessoa humana; opera como elemento otimizador da democracia; e serve ao controle do povo sobre o Governo e seus integrantes.

Esses pilares de sustentação da liberdade de expressão se refletem com clareza em nosso texto constitucional, especialmente nos arts. 1º, *caput*, 5º, IV, V, IX e XIV, e 220. Logo, protegida temos toda e qualquer manifestação do pensamento, contra todo e qualquer ato, proveniente tanto do Estado quanto de particulares, capaz de representar um mínimo de restrição que seja, ainda que relacionada a data, hora e local da expressão. Por conseguinte, violado o direito fundamental à liberdade de expressão, ao menos *a priori*, o ato violador deve ser extirpado da realidade fático-jurídica.

A partir disso, a liberdade de expressão passa a ser enxergada como um guarda-chuva densificador de outros direitos dela derivados ou nela implícitos, assim a liberdade de crítica e a liberdade de criação artística. Aliás, foi com base nesses dois direitos plasmados na liberdade de expressão que iniciamos a construção do humor como um direito fundamental: o direito de rir e de fazer rir, assim porque implícito no direito fundamental à liberdade de expressão.

Contudo, admitindo um suporte fático amplo à liberdade de expressão, isso decerto a coloca em rota de colisão com outros direitos fundamentais, tais como os direitos da personalidade (honra, imagem, privacidade e vida privada) e, em alguns casos específicos, a integridade física e psíquica de uma pessoa ou grupo de pessoas, aqui considerando o famigerado discurso de ódio. Portanto, o humor como direito fundamental implícito à liberdade de expressão também está sujeito a esse tipo de colisão.

Feitas essas considerações, reconhecemos a necessidade de fazer um recorte a fim de expor a máxima da proporcionalidade ao cabo dos três subprincípios que permitem seu exercício: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Sobre este último, inclusive, paira a noção do núcleo essencial de todo direito fundamental, que não pode

ser tido como absoluto, porque só se constrói a partir de conflitos casuísticos, sendo, pois, forçoso reconhecer sua relatividade.

Noutros termos, uma restrição não viola o conteúdo essencial de um direito fundamental na mesma medida em que superada a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2017).

Outrossim, permeamos as duas leis do sopesamento desenvolvidas por Robert Alexy: quanto maior for o grau de restrição de um direito fundamental, tanto maior deverá ser a satisfação do outro; e, quanto maior a restrição em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza sobre as premissas nas quais essa intervenção se baseia.

Todos os elementos narrados acima sobre a máxima da proporcionalidade podem ser qualificados como internos a ela, o que, por sua vez, não dispensa a consideração de outros elementos externos, sob pena de efetiva perda racional e argumentativa.

Posto isso, devemos ler a máxima da proporcionalidade como técnica de aplicação e interpretação, analisando-a sob os cuidados de uma teoria da argumentação jurídica, especialmente amparada pela dogmática e pelo uso de precedentes, a partir do que passa a ser perfeitamente possível buscar racionalidade e objetividade.

Ademais, isso só é possível se nos despirmos de conceitos rígidos de objetividade, mesmo porque o Direito não pode ser reduzido a meras fórmulas matemáticas com resultados prontos e acabados.

A par dessas lições, chegamos ao fenômeno do humor, cuja preocupação foi o enfrentamento das críticas acadêmicas plasmadas numa abordagem linguística, político-sociológica e crítica do Direito, que sustentam nele a existência de discursos preconceituosos, racistas, misóginos, homofóbicos, transfóbicos, intolerantes, dentre outros adjetivos que, de um modo ou de outro, exigiriam uma resposta de repúdio não só da Moral, mas também do Direito Positivo.

Essa tarefa de enfrentamento nos exigiu traçar o curso histórico-filosófico do humor, onde aprendemos que, de fato, ele é capaz de assumir feições negativas que expõem a superioridade do homem, evidenciando preconceitos individuais e coletivos em detrimento de ideais mais igualitários.

Entretanto, nesse mesmo caminho esbarramos em lições que exortam no humor boas qualidades, sobretudo seus efeitos agradáveis no discurso, suas obtemperações para um estilo de vida questionador e reflexivo, sua neutralidade com o escopo de relaxamento, bem como a sua feição de humanizar o homem em detrimento do mecânico.

A bem da verdade é que, por mais breve que tenha sido a análise do curso histórico-filosófico do humor, concluímos nele a existência de uma multifacetada gama de finalidades e opções, o que nos permite concluir que se trata de um fenômeno complexo, devendo-se evitar amesquinhá-lo com adjetivos e rotulações das mais diversas espécies, sem, antes, efetivar um exercício de ponderação.

Inobstante essa ponderação, não devemos fechar os olhos para a real e concreta possibilidade que o humor, sobretudo o ferino, tem de perverter valores constitucionais, atingindo a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e a integridade física e psíquica das pessoas.

Com isso, definimos três tipos de classificações:

1. Primeira classificação:

1.1. Ofensa: é o efeito de um discurso consistente em ofender algum direito fundamental, especialmente os direitos da personalidade (honra, imagem, vida privada ou privacidade), a integridade física e psíquica e a vida do ser humano.

1.2. Discriminação: é o efeito de um discurso consistente em discernir alguém ou um grupo de pessoas em virtude de preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, orientação sexual etc., aqui entendida como ato de discriminação. Obviamente, engloba a ofensa a um direito fundamental como precedente obrigatório.

1.3. Ódio: é o efeito de um discurso consistente em violar diretamente a integridade ou a vida de alguém ou um grupo de pessoas, aqui entendido como ato de ódio. Outrossim, engloba a ofensa e a discriminação como precedentes obrigatórios.

Em primeiro lugar, devemos recordar da teoria externa, segundo a qual todo e qualquer direito fundamental é, *a priori*, ilimitado, de modo que a única restrição cabível é aquela oriunda da colisão deste direito com outro direito fundamental. Logo, não podemos afirmar, com

absoluta certeza, que todo discurso ofensivo, discriminatório ou de ódio já configure, por si mesmo e antes de um exercício de ponderação, uma ilicitude no ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, nem mesmo podemos afirmar que um discurso é discriminatório ou de ódio simplesmente porque é ofensivo, cabendo aqui a segunda lei de colisão de Robert Alexy (2008), no sentido de que, quanto maior for o grau de restrição de um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas sobre as quais ela se embasa.

2. Segunda classificação, que não foi propriamente construída, mas, sim, adotada da teoria dos atos de fala:

2.1. Ato locucionário: é o ato de dizer alguma coisa. Não tem força ilocucionária, pois não existe a intenção de que outro ato seja realizado ao dizer algo. Por isso, pode-se dizer que sua força ilocucionária é nula ou igual a zero.

2.2. Ato ilocucionário: é o ato de realizar outro ato ao dizer alguma coisa. Tem força ilocucionária infeliz por não ter força perlocucionária, pois existe a intenção de que outro ato seja realizado ao dizer algo, mesmo que este não se realize.

2.3. Ato perlocucionário: é o ato de produzir efeitos ou consequências ao realizar outro ato ao dizer alguma coisa, no mundo concreto. Tem força ilocucionária feliz por ter força perlocucionária, pois, além da intenção de que outro ato seja realizado ao dizer algo, este, de fato, materializa-se.

Reunindo as duas classificações acima, chegamos à terceira e última classificação, agora entre humor autopoietico e humor não-autopoietico, cuja importância é a questão da presunção de jocidade:

3.1. Humor autopoietico: é o discurso humorístico que não revela uma opinião, ideia, pensamento ou crítica, sendo, portanto, incapaz de deflagrar um ato cujo efeito seja a discriminação ou o ódio. O humor autopoietico tem potencial ofensivo, porque pode ofender, mas não tem potencial discriminatório e odioso, porque não pode causar ato de discriminação ou de ódio. Logo, o humor autopoietico se consubstancia em um ato locucionário, limitando-se apenas em dizer algo, sem realizar outro ato ao dizer alguma coisa. Sua força ilocucionária é nula ou igual a zero, portanto.

3.2. Humor não-autopoiético: é o discurso humorístico que revela uma opinião, ideia, pensamento ou crítica, sendo, portanto, capaz de deflagrar um ato cujo efeito seja a discriminação ou o ódio. O humor não-autopoiético tem potencial ofensivo e, também, potencial discriminatório e odioso. Logo, o humor não-autopoiético pode consubstanciar um ato locucionário, ilocucionário ou perlocucionário.

Portanto, as seguintes hipóteses classificatórias podem surgir:

1. Humor autopoiético, ofensivo (por ser criativo), mas com força locucionária (ausência de força ilocucionária) em relação aos atos de discriminação e de ódio, com a presunção de jocosidade (licitude), porque mais próximo dos limites da liberdade de criação artística.

2. Humor não-autopoiético, ofensivo (por ser opinativo ou crítico), com força locucionária (ausência de força ilocucionária) em relação aos atos de discriminação e de ódio, porém sem a presunção de jocosidade (licitude), porque mais próximo dos limites da liberdade de opinião ou crítica.

3. Humor não-autopoiético, discriminatório e com força ilocucionária feliz, em relação aos atos de discriminação, mas infeliz, em relação aos atos de ódio. Apesar disso, a restrição deve observar, principalmente, a segunda lei de colisão de Robert Alexy (2008).

4. Humor não-autopoiético, de ódio e com força ilocucionária feliz, em relação aos atos de ódio e de discriminação. Igualmente, a restrição deve observar, principalmente, a segunda lei de colisão de Robert Alexy (2008).

De um modo ou de outro, todas as classificações mescladas acima, especialmente por possuírem um potencial ofensivo, são capazes de configurar uma ilicitude, o que, contudo, não carece da técnica da ponderação.

Vertidas essas classificações, a primeira questão que se coloca é definir se se trata de humor autopoiético ou não-autopoiético. A segunda questão é identificar se o potencial ofensivo, discriminatório ou odioso justifica, sob o manto da máxima da proporcionalidade, uma restrição ao direito fundamental ao humor.

A primeira dificuldade reside em identificar se o humor é autopoietico ou não-autopoietico, e, se não-autopoietico, se ele é ofensivo, discriminatório ou de ódio. Por isso, buscamos dois *standards* para auxiliar nessa definição e, posteriormente, também no exercício da ponderação.

O primeiro *standard* a que chegamos resulta em uma espécie de presunção de jocosidade do humor quando considerado autopoietico, ofensivo e com força locucionária (ausência de força ilocucionária), isto é, uma presunção de licitude.

Significa que, pelo primeiro *standard*, deve-se atribuir àquele que confronta o discurso humorístico o ônus de apontar eventuais ofensas concretas a outros direitos fundamentais, que sejam capazes de justificar a restrição do direito ao humor sobre o pano de fundo da máxima da proporcionalidade. Contudo, o mesmo não ocorre com o humor não-autopoietico, não-dotado dessa presunção de jocosidade ou licitude.

Isso se deve à complexidade do fenômeno analisado sob uma análise histórico-filosófica, acrescida pelas três classificações retro mencionadas. Logo, longe do politicamente correto, a presunção de que uma piada é, antes de qualquer coisa, apenas uma piada, significa que, apesar do potencial ofensivo dela, ela não tem um potencial discriminatório e tampouco odioso. Se o tiver, deixará o campo do humor autopoietico e passará ao do humor não-autopoietico, o que não significa também que, no bojo daquele, a piada não possa configurar uma ilicitude.

Com efeito, se o discurso humorístico consubstanciar humor não-autopoietico, essa presunção de jocosidade deverá ser afastada, inobstante ao fato de que, ainda assim, a máxima da ponderação deverá ser exercitada, porém de forma nivelada entre os direitos fundamentais.

Portanto, tratando-se de humor autopoietico, dada sua natureza de ato locucionário e seu potencial ofensivo em detrimento de algum direito fundamental, deve-se presumir a licitude da manifestação. De outro lado, tratando-se de humor não-autopoietico, dada sua natureza variável entre ato locucionário, ilocucionário ou perlocucionário, e seu potencial ofensivo, discriminatório e odioso, poder-se-á ter tanto uma licitude quanto uma ilicitude, muito embora esta última seja mais provável no caso da discriminação e do ódio.

Não por outra razão que aderimos à doutrina que sustenta a existência de um “direito de ofender”, o que não deve ser enxergado com perplexidade, haja vista que o autêntico

significado desse direito se relaciona com a aceitação de que o humor, autopoietico ou não-autopoietico, apesar de guardar um potencial ofensivo, não necessariamente se reveste de uma ilicitude.

Em síntese, quando o humor for autopoietico, teremos nele uma figura revestida da presunção de licitude, com forte na liberdade artística. A linha tênue que justifica a restrição do discurso humorístico por parte do Estado é exatamente aquela que separa a ofensa da discriminação e do discurso de ódio. Logo, nestes últimos dois casos, em que pese a aplicação da máxima da proporcionalidade, forçoso reconhecer que dificilmente se poderia justificar um discurso humorístico com potencial discriminatório ou odioso.

Com efeito, o humor pode se apresentar tanto sob o manto da liberdade de opinião, caso em que poderá ser ofensivo, discriminatório ou odioso (humor não-autopoietico), quanto sob a forma da liberdade de criação artística, caso em que não passará de ofensivo (humor autopoietico).

Para decidir se se está lidando com o humor autopoietico ou não-autopoietico, é preciso analisar o contexto em que se insere o discurso humorístico, a fim de que, uma vez identificada a sua natureza, utilizar-se da técnica da ponderação e verificar se a restrição à manifestação discursiva se justifica, de acordo com os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O segundo *standard* é uma decorrência lógica do primeiro, no sentido de que, quanto mais crítico for um discurso humorístico, mais próximo ele estará de configurar o humor não-autopoietico, sem qualquer presunção de jocosidade. Logo, mais facilmente configurará uma ilicitude.

Entretanto, os dois primeiros *standards* ficariam sem muita aplicabilidade prática se outros não fossem desenvolvidos, especialmente para revelar com qual tipo de humor se trata no caso concreto (autopoietico ou não-autopoietico). Munidos dessa problemática, buscamos outros quatro *standards* a partir da ideia da intencionalidade do agente aplicada no contexto discursivo, colhidos da análise de alguns casos jurisprudenciais.

Antes, porém, foi preciso realizar um outro recorte para introduzir três observações: a ideia de que o humor é essencialmente hiperbólico; a exigência de elementos mais seguros a fim de relacionar o humor ferino com os seus possíveis efeitos; e a neutralidade com que o

Estado deve enxergar as manifestações artísticas, distanciando-se da tarefa de definir o que seria um “bom humor” ou um “mau humor”.

Solidificados nesses vértices, os quatro *standards* que desenvolvemos foram: a existência de um alvo determinado; a ambientação na qual se insere o discurso humorístico; a profissionalização do interlocutor; e o poder de resposta do grupo social servido de alvo.

A existência de um alvo determinado é um *standard* capaz de revelar se o humor é autopoietico ou não-autopoietico, na medida em que, quando se identifica um alvo em específico no contexto de uma piada, acreditamos que a verdadeira opinião, pensamento ou ideia do emissor fica mais evidente, resultando, neste caso, em um humor não-autopoietico. Consequentemente, sem a presunção de jocosidade, podendo ofender e, também, discriminar ou disseminar ódio, o humor não-autopoietico se situa mais próximo de configurar uma ilicitude, assim como qualquer outra manifestação do pensamento.

De outro lado, contar piadas sobre pessoas negras, estereótipos, religiões, mulheres, homossexuais, transexuais e deficientes, sem necessariamente vincular a expressão a uma pessoa específica, revela a existência de um humor autopoietico, com presunção de jocosidade, distanciando-se, assim, da ilicitude.

A ambientação na qual o discurso humorístico se insere, embora nada tenha a ver com a identificação do tipo de humor, serve como metro para avaliar o potencial ofensivo em si, no bojo da própria máxima da proporcionalidade. Deveras, esse *standard* se situa em um momento de pós-identificação do tipo de humor, e não propriamente como condicionante dele.

Sendo assim, acreditamos que, se um discurso humorístico for divulgado em plataformas cujo acesso é restrito a um determinado público, apesar de ofensivo, é inegável que menor será essa ofensividade. E isso mesmo que inserida a ofensividade no bojo de uma discriminação ou *hate speech*.

A profissionalização do interlocutor, pautada sobre a dignidade da pessoa humana tendente em enxergar no homem um fim em si mesmo, e não mero instrumento de projetos alheios, é relevante tanto para a própria determinação do tipo de humor envolvido, quanto para o exercício da máxima da proporcionalidade.

Muito embora esse *standard* não signifique uma carta branca para que profissionais contem qualquer tipo de piada, deve-se reconhecer uma presunção de humor autopoietico em seus discursos e, também, de jocosidade para amparar um eventual exercício de ponderação.

Essas duas presunções merecem destaque porque, quanto menor for o menoscabo do projeto de vida de uma outra pessoa ou grupo de pessoas, tanto maior deverá ser a autossatisfação pessoal do profissional, uma vez que o humor é encarado por profissionais do ramo como um meio de subsistência.

Além do mais, shows de humor comumente conhecidos como *stand-up comedy* normalmente não estão condicionados a uma crítica sobre determinada pessoa ou grupo de pessoas, ou ainda, mesmo que estejam, essa crítica, muitas vezes, não passa de um instrumento condicionante do riso, e não o contrário, tal quando o humor serve de roupagem à crítica. Portanto, é preciso enxergar que os profissionais do humor mais pretendem fazer sucesso com suas piadas do que propriamente violar direitos fundamentais alheios.

Aqui, é válido lembrar a segunda lei do sopesamento de Robert Alexy, no sentido de que, quanto maior a restrição a um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que a embasarem. Logo, cabe ao ofendido o ônus de provar que uma piada, por mais ferina que seja, tenha força suficiente para obstar seus projetos pessoais de vida em detrimento da profissão do interlocutor.

Finalmente, o poder de resposta de um determinado grupo social, com amparo em seu desenvolvimento histórico, assume um *standard* aplicável em um momento pós-definição do humor autopoietico ou não-autopoietico.

Nesse sentido, quanto maior for um grupo de pessoas que compartilham de uma mesma crença, opinião ou ideologia, que tenha sido atingido por uma determinada manifestação humorística, menor deverá ser a resposta do Estado, visto que o poder de enfrentamento dessa repreensão pode ser suficiente para colocar o discurso humorístico em cheque, a não ser que este tenha efeitos discriminatórios ou de ódio, caso em que essa resposta do Estado será proporcionalmente mais necessária e adequada.

Em síntese, temos os seguintes *standards*:

1. *Standards* gerais:

1.1. O humor autopoietico deve ser visto sob uma presunção de jocosidade, o que significa pressupor que uma piada é, antes de um ilícito, apenas uma piada.

1.2. Quanto mais crítico for um discurso humorístico, mais próximo ele estará de configurar o humor não-autopoietico, sem qualquer presunção de jocosidade, portanto. Logo, mais facilmente poderá deflagrar um ilícito, seja em virtude de um potencial ofensivo, seja em virtude de um potencial discriminatório ou odioso.

2. *Standards* subsidiários:

2.1. Para a identificação do humor autopoietico ou não-autopoietico: a identificação de um alvo determinado e o profissionalismo do humorista.

2.2. Para a aplicação da máxima da proporcionalidade: a ambientação do discurso humorístico, o profissionalismo do humorista e o poder de resposta do grupo social alvo do discurso.

Finalmente, ainda tivemos espaço para tratar sobre o dogma da tipicidade cerrada e seu impacto à concretização dos direitos fundamentais, notadamente aqueles implícitos no direito à liberdade de expressão.

Em apertada síntese, há uma necessidade crescente de se adotar uma abertura mais flexível das normas prescritivas capazes de colocar em cheque a aplicação-interpretação dos direitos fundamentais, mormente quando se trata de tipificar, tanto através da tarefa do Legislador quanto do Judiciário, condutas de menor lesividade.

Com efeito, o humor, fenômeno de elevada complexidade, não pode se conformar a tipos penais rigorosamente fechados. Pelo contrário, é preciso interpretar esses dispositivos com abertura suficiente para que a irradiação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal tenha a guarida que merece.

Isso porque é cada vez mais crescente a escalada judicial de ações no Poder Judiciário ajuizadas em detrimento de humoristas e canais de comunicação, cujo principal, senão o único argumento de ilicitude, é a mera ofensa. Aliás, pior ainda acontece quando há uma tentativa de enquadrar discursos humorísticos ofensivos como discursos discriminatórios e de ódio.

Jamais negamos a potencial ilicitude dos efeitos da ofensa, discriminação e ódio, especialmente em relação a estes dois. Contudo, façamos duas considerações finais: em primeiro lugar, nem todo discurso humorístico é capaz de causar discriminação ou ódio, ficando, em muitos casos, aquém deles; em segundo lugar, enxergando a discriminação ou o ódio sob a teoria externa e para que não se percam níveis de objetividade e racionalidade, é preciso exercitar a máxima da proporcionalidade, mesmo que seja pouco provável a licitude de um discurso humorístico deflagrador de discriminação ou de ódio.

A bem da verdade, somos levados a acreditar que a máxima da proporcionalidade nunca nos levará para caminhos obscuros, isso porque ela tem sido frequentemente (re)desenhada com esteio em uma ordem constitucional permeada de valores sustentados pela dignidade da pessoa humana.

Trocando em miúdos, a técnica da proporcionalidade representa apenas um meio para a tomada de decisões dotadas de certo nível de racionalidade, sobre o pano de fundo da dignidade humana.

Mesmo assim, reconhecemos a dificuldade em afirmar que uma piada evidentemente discriminatória ou disseminadora de ódio não configura, a princípio, um ilícito. Todavia, é preciso enxergar que esse absurdo é apenas o ponto de partida da máxima da ponderação, e não a sua linha de chegada, sobretudo porque os outros direitos fundamentais contrapostos em colisão também deverão iniciar essa corrida dotados de conteúdo máximo.

Enfim, a chave-mestra deste trabalho é a necessidade de um movimento de fuga de conceitos prontos e acabados decorrentes de uma teoria dos limites imanentes, adotando-se a teoria externa e, com ela, a máxima da proporcionalidade, a fim de resolver as colisões entre direitos fundamentais.

De rigor, os direitos fundamentais, por sua vez, possuem metaforicamente um conteúdo líquido, de baixa densidade, o que possibilita a eles a faculdade de assumir formas diferentes no espaço e no tempo, a depender do recipiente onde forem introduzidos, isto é, a depender das circunstâncias do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ACIOLI, Bruno Caiado de. O princípio do sigilo de fonte e as suas limitações. *Revista jurídica Consulex*, a. X, n. 217, p. 28-29, jan. 2006.
- ALBERTI, Verena. *O riso e o risível na história do pensamento*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto constitucional da atividade de televisão*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson S. Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 3 mar. 2020.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ARAÚJO, David; SERRANO, Vidal. *Curso de direito constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARISTÓTELES. *Poética*. 3. Ed. Tradução: Eudoro de Sousa. São Paulo: Ars Poética, 1993.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. Ed. Tradução: Manoel Alexandre Jr., Paulo F. Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005.
- AUSTIN, John. *Quando dizer é fazer: palavras e ações*. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1990.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BALKIN, Jack M. *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the expression for the information society*. In: BLASI, Vicent. *Ideas of the first amendment*. Sr. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. 2. ed. Inglaterra: Oxford, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Vol. 3. 2. Ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 96, v. 349, jan./mar. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição de Brasil*. Tomo I. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. *Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito*. Barueri: Manole, 2020.

BERGSON, Henri. *O riso: ensaio sobre a significação do cômico*. 2. Ed. Tradução: Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 23, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1989;

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S/A, 1989.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Tom Alexandre. *Rir e fazer rir: uma abordagem dos limites do humor*. Indaiatuba: Foco, 2018.

BRANDÃO, Maureen da Silva; MARQUES, Amanda Ravena Martis; MUNIZ, Arnaldo Brasil. A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424). In: PARDO, David Wilson de Abreu (Org.). *Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. *Recurso Especial 736.015*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão 10 de outubro de 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200500481507&aplicacao=processos.ea. Acessado em: 03 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.328.914/DF*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão 11 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1.328.914&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> Acessado em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Relator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Acórdão: 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>. Acessado em: 05 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Decisão Liminar, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acessado em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acessado em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.996-7 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão, 17 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/620_Gerald%20Thomas.PDF. Acessado em: 06 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 511.961*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão, 13 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acessado em: 10 ago. de 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, 2007. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418>. Acesso em: 02 jan. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 5. Ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de Castro. *Tipicidade e conceito jurídico abstrato: um olhar jurídico-filosófico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CASTRO, Flávia Lages. *História do direito geral e Brasil*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: investigações de antropologia política*. Tradução: Bernardo Frey. Porto: Afrontamento, 1979.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. Washington: OEA, 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acessado em: 23 set. 2019.

CORNU, Daniel. *Ética da informação*. Tradução: Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1998.

CORREIA, Luís Brito. *Direito da comunicação social*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Alberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições SESC, 2018.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Maria, 1961.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2009. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/handle/123456789/4074>. Acesso em: 24 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *El derecho de las libertades: la lectura moral de la constitucion norteamericana*. Lima: Palestra Editores, 2019.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Luiz Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EMERSON, Thomas I. Toward a general theory of the first amendment. In: GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederik. *The first amendment: a reader*. 2. Ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Tradução: Izabel Magalhães. Brasília: Editora UNB, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Maria Manuela Paes dos Santos. *Liberdade de expressão*. Dissertação final do Curso de Ciências da Informação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 1983.

FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

FREUD, Sigmund. *O chiste e sua relação com o inconsciente*. Tradução: Fernando Costa Mattos e Paulo César de Souza. São Paulo: CIA das Letras, 2017.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Libertades de expresión e información y derecho de petición em el ordenamento colombiano. In: CRUZ, Gerardo Eto (Coord.). *Treinta anos de jurisdicción constitucional en el Perú*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMBRICH, Ernst Hans. *A história da arte*. Tradução: Álvaro Cabral. 16. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 10. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução: Janaína Marcoantônio. São Paulo: L & PM, 2018.

HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: s. e., 1995.

HEZROM, Edomm; MOREIRA, Isabela. *Pós-verdade e fake news: os desafios do jornalismo na era do engano*. Goiânia: editor independente, 2018.

HOBBS, Thomas. *A natureza humana*. Tradução: João Aloísio Lopes. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1983.

HOBBS, Thomas. *O leviatã*. Tradução: Rosina D' Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução: Bárbara Kristensen. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. Ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidade del Estado Constitucional Democrático*. Trad.: Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução: Terezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LIRA, Laíse Holanda de; COSTA, Indyra Cibelle Oliveira; DUAS, Louise Penelope Freitas; OLIVEIRA, Geilson Fernandes de. Canal Nando Moura e o humor como suporte para o discurso e ódio contra as feministas. In: *XXI Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste*, São Luís, 2019. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nordeste2019/resumos/R67-0784-2.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

LUCCHETTI, Alberto J. La libertad de expresión. In: ALBANESE, Susana (Coord.), *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Controle de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LUNO, Antônio Enrique. La positividad de los derechos humanos en el marco constitucional. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.). *Uma Homenagem aos 20 anos de Constituição brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 129-156.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*. Tradução: Sírio Possenti. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Maria Bigelli Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres humanos: autopoiesis, la organización de lo vivo*. 5. Ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014.

MELINO, Heloísa; FREITAS, Lúcia. Humor em stand up: limites entre liberdade de expressão, discurso de ódio e violência simbólica. In: *Teoria Crítica do Direito: XXIII CONPEDI, Florianópolis, 2014*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5ff37811dd20fbf3>. Acesso em: 24 dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Hedra, 2014.

MINOIS, George. *História do riso e do escárnio*. Tradução: Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRANDA, Darcy de Arruda. *Dos abusos da liberdade de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Barbosa. *Ação civil pública e programação da TV*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 201, jul./set. 1995.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Tradução: Paulo César de Souza. Brasil: LeBooks, 2019.

NOVAES, Pedro Luís Piedade. *Tutela do direito de sigilo da fonte jornalística: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre direitos humanos*. São José da Costa Rica, 1969.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OSTROWER, Fayga. *Criatividade e processos de criação*. 25. Ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PLATÃO. *A república*. Tradução: Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

PLATÃO. *Filebo*. Tradução: Fernando Muniz. Rio de Janeiro: Loyola, 2012.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; OCHOA, José Luís Caballero; STEINER, Christian. *Derechos humanos en la constitución: comentários de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Tomo I. México: 2013.

PONDÉ, Luiz Felipe. *Guia politicamente incorreto da filosofia*. São Paulo: Leya, 2012.

POSSENTI, Sírio. *Humor, língua e discurso*. São Paulo: Contexto, 2013

POTIGUAR, Alex. *Liberdade de expressão e o discurso de ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Brasília: CONSULEX, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RASKIN, Victor. *Semantic mechanisms of humor*. Dordrecht: D. Reidel, 1984.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIGAMONTE, Paulo Arthur Germano; SILVEIRA, Daniel Barile. *Liberdade de expressão e humor: o exercício livre da comédia e a escalada judicial de processos na visão do STF*. Curitiba: Juruá, 2018.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques: le régime des principales libertés*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Working Paper Series 41/11, 2001. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1147&context=faculty-articles>. Acesso em: 02 jan. 2020.

SALIBA, Elias Thomé. Humor dos limites e limites do humor. In: COSTA, Maria Cristina Castilho (Org.). *A censura em debate*. São Paulo: ECA/USP, 2014, pp. 178-186.

SALIBA, Elias Thomé. *Raízes do riso: a representação humorística na história brasileira: da belle époque aos primeiros tempos do rádio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SANTAELLA, Lúcia. *A pós-verdade é verdadeira ou falsa?* Barueri: Estação das letras e cores, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1991.

SCHAFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 52, n. 207, p. 143-1458, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/515193>. Acesso em: 02 jan. 2020.

SEARLE, John. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução: Rocco F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade de expressão artística*. In: Anais XVIII CONPEDI, São Paulo, nov. 2009. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2281.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Breves comentários à Constituição Federal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2011-Interpretacao_objetividade.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUSA, Ronald de. When is wrong to laugh? In: MORREALL, John. *The philosophy of laughter and humor*. Albany: State University of New York Press, 1987.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. Apresentação. In: AUSTIN, John. *Quando dizer é fazer: palavras e ações*. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1990.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, José H. R. *A censura à imprensa e o controle jurisdicional de legalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 705, jul. 1994.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PERNAMBUCO. Ação Civil Processo nº 0013777-90.2013.8.17.0990. Decisão, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/teamajormar/deciso-judicial-danilo-gentili>. Acessado em: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Ação Civil Pública Processo nº 0332259-06.2019.8.26.0001. Decisão, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2019.001.279188-9>. Acessado em: 02 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento Processo nº 0083896-72.2019.8.19.0000. Decisão, 07 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-tj-rj-censura-especial.pdf>. Acessado em: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Processo nº 0171549-17.2016.8.19.0001. Decisão, 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/bolsonaro-tirou-foto-sosia-hitler.pdf>. Acessado em: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Ação Civil Processo nº 2005.001.117530-6. Decisão, 26 de julho de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jul-28/atriz_carolina_dieckmann_ganha_acao_redetv?pagina=3. Acessado em: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Recurso em Sentido Estrito Processo nº 0089908-35.2011.8.26.0050. Decisão, 17 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/21974631/caso-rafinha-2-acordao-rafinha-bastos-x-wanessa-camargo-ofensa-nascituro>. Acessado em: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ação Penal Processo nº 0008725-44.2017.4.03.6181. Decisão, 10 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190411-01.pdf>. Acessado: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Processo nº 1041656-18.2017.8.26.0100. Decisão, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/condenacao-panico-band.pdf>. Acessado em: 06 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública Processo nº 0100503-06.2012.8.26.0100. Decisão, 30 de janeiro de 2014. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX9YAON0000&processo.foro=100&processo.numero=0100503-06.2012.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_eaf01233de2445f99565615acb609b1b. Acessado em: 02 jan. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derecho fundamentales. In: Revista Espanhola de Direito Constitucional n. 25, 1989, p. 430-452.

WEEMS, Scott. *Há! A ciência do humor: quando rimos e por quê*. Tradução: McSill Story Studio. São Paulo: DVS Editora, 2016.

WEFFORT, Francisco C (Org). *Os clássicos da política*. Vol. 1. 3. Ed. São Paulo: Ática, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. Tradução: M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZULIANI, Ênio S. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.