

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PEDRO AUGUSTO SCHELBAUER DE OLIVEIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO HUMORÍSTICO

CURITIBA

2015

PEDRO AUGUSTO SCHELBAUER DE OLIVEIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO HUMORÍSTICO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial para a obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Eneida Desiree Salgado.

CURITIBA

2015

So in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended.

Ronald Dworkin

RESUMO

A liberdade de expressão é essencial para qualquer Estado Democrático de Direito. Historicamente, foi causa de inúmeros avanços na sociedade e, quando restringido em demasia, causou retrocessos. Por outro lado, o humor é característica exclusiva do ser humano. Desde a Antiguidade – com as sátiras gregas, por exemplo –, o discurso humorístico tem tratado de diversos temas, como a política, a religião e os costumes. Para alguns, deve ter o papel exclusivo de educar, de emancipar; para outros, é considerado discurso humorístico todo aquele que faz rir. O problema está exatamente no momento em que o riso é provocado por um discurso que possui alguma espécie de preconceito, ou então alguma ofensa a um grupo de pessoas ou ainda a um sujeito específico. A partir de uma análise – baseada em pesquisa bibliográfica – histórica e através do estudo de direito comparado dessas duas vertentes – liberdade de expressão e discurso humorístico -, este trabalho tenta verificar quais limites estão sendo impostos ao discurso humorístico, principalmente nos tribunais brasileiros, e quais limites deveriam ser retirados para proteger ao máximo a liberdade de expressão sem sacrificar em demasia outros direitos fundamentais. Nessa esfera, por exemplo, é possível diferenciar o tratamento jurídico que deve ser dado ao discurso humorístico proferido na vida privada, entre parentes e amigos, e um discurso de longo alcance, proferido por um profissional de humor em uma emissora de televisão aberta. A análise de casos concretos feita no último capítulo é fundamental para que se verifique se o equilíbrio entre a tutela da liberdade de expressão e a de outros direitos fundamentais possivelmente atingidos pelo discurso humorístico está sendo encontrado. Infelizmente, o que se vê são decisões em caminhos opostos, ora aumentando em demasia a esfera de proteção da liberdade de expressão, ora restringindo-a de maneira absurda, atuando o Magistrado praticamente como um censor. A disparidade encontrada gera uma insegurança jurídica que este trabalho busca evidenciar, a fim de que tanto o poder judiciário quanto a própria academia passem a *levar mais a sério* o discurso humorístico.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão. Discurso humorístico.

ABSTRACT

Freedom of speech is essential for any Democratic State under the Rule-of-Law. Historically, it has been the cause of countless advances in society and, when excessively restricted, caused setbacks. On the other hand, the humor is a unique characteristic of human beings. Since ancient times - with the Greek satire, for example -, the humorous speech has discussed several subjects, such as politics, religion and moral. For some people, it must have the exclusive role to educate, to emancipate itself; for others, it is considered humorous speech every one that makes you laugh. The problem is exactly when laughter is caused by a speech that has some kind of prejudice or any offense against a group of people or even against a specific person. Starting from a historical analysis - based on bibliographic research - and through a comparative law study of those aspects - freedom of speech and humorous speech -, this study tries to check which limits are being imposed to humorous speech, mainly in Brazilian courts, and the limits that might be removed to protect freedom of speech without sacrificing other fundamental rights. In this sphere, for example, it is possible to distinguish the legal approach when the humorous speech is made in private life, among relatives and friends, and a wide-ranging speech made by a comedian in a free-access TV channel. Analysis of concrete, found in the fourth chapter, is essential to check if the balance between the protection of free speech and the other fundamental rights possibly affected by humorous speech is being achieved. Unfortunately, what we see are contradictory decisions, either protecting excessively freedom of expression, or restricting it unreasonably, when the judge acts like a censor. That disparity creates legal uncertainty, and this work tries to reveal it in order to force the judiciary and the academy to take more seriously the humorous speech.

Keywords: Freedom of speech. Humorous speech.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	10
2.1 A liberdade de expressão no direito comparado: Alemanha, França e Estados Unidos	10
2.2. O caso do humorista Dieudonné M'bala M'bala	23
2.3. A liberdade de expressão no direito brasileiro	27
3. DO DISCURSO HUMORÍSTICO	34
3.1. O direito de rir (de tudo) e de ridicularizar.....	35
3.2. O humor na vida privada e nas redes sociais	39
3.3. Os profissionais do humor: <i>stand up comedy</i> e programas de televisão ...	43
4. DAS POSSÍVEIS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DO DISCURSO HUMORÍSTICO	48
4.1. Restrições anteriores: a censura	48
4.2. Restrições posteriores: a reparação	53
4.3. Análise jurisprudencial	58
5. CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de expressão é essencial para qualquer Estado Democrático de Direito. Historicamente, foi causa de inúmeros avanços na sociedade e, quando restringido em demasia, causou retrocessos e interrompeu descobertas que só seriam retomadas muito tempo depois. A restrição inadequada à liberdade de expressão atrasa o progresso e representa golpe fatal à esfera de direitos fundamentais de qualquer cidadão.

Por outro lado, o humor é característica exclusiva do ser humano. Este, entre todos os animais, é conhecido como sendo o único que ri. Desde a Antiguidade – com as sátiras gregas, por exemplo –, o discurso humorístico tem tratado de diversos temas, como por exemplo, política, religião e costumes. Para alguns, deve ter o papel exclusivo de educar, de emancipar; para outros, com mais acerto, é considerado discurso humorístico todo aquele que faz rir. O problema está exatamente no momento em que o riso é provocado por um discurso que possui alguma espécie de preconceito, ou então alguma ofensa a um grupo de pessoas ou ainda a um sujeito específico.

Nesse momento, discute-se a amplitude da proteção do discurso humorístico pelo direito à liberdade de expressão, já que através desse discurso outros direitos fundamentais podem ser violados, tais como a honra ou a dignidade da pessoa humana. Portanto, essa é uma discussão necessária e atual, que ainda carece de esmero acadêmico no Brasil, especialmente na área do Direito.

Dessa feita, para que fosse possível discutir as questões mencionadas, o capítulo 2 trará um estudo de direito comparado acerca do tratamento conferido à liberdade de expressão. Assim, destarte, será abordada a experiência alemã, em seguida a estadunidense – que possivelmente foi a que mais inspirou o constituinte brasileiro de 1988 – para enfim se detalhar a experiência francesa. Tal estudo faz uma breve incursão histórica e uma análise de casos marcantes em cada um destes países.

Ainda no capítulo 2, será discutido com maiores detalhes o caso específico de um humorista francês, Dieudonné M'bala M'bala, que é acusado de antissemitismo e tem trafegado na tênue linha entre o discurso abarcado pela

liberdade de expressão e o discurso de ódio. Após, será enfim tratada detalhadamente a experiência brasileira quanto à liberdade de expressão.

O capítulo 3 tratará do discurso humorístico. Nesse sentido, após uma importante diferenciação de algo que simplesmente faça rir e um discurso – propriamente dito – humorístico, será discutida a presença de tal discurso – e o tratamento a ele dispensado – em diversos ambientes e por meio de diferentes veículos. Nesse sentido, ver-se-á que há diferença entre uma piada contada em uma roda de amigos por um integrante daquele grupo, uma piada contada pela mesma pessoa em uma rede social e, ainda, uma piada contada por um humorista profissional em programa de televisão aberta de grande audiência.

Por fim, o capítulo 4 discutirá as ferramentas de restrição ao direito de liberdade de expressão, em que medida cada uma delas é prevista pelo ordenamento pátrio – e com qual inspiração o legislador brasileiro fez tal escolha – e está sendo aplicada pelos tribunais à luz de casos concretos, em que o discurso humorístico pode ter ultrapassado o limite da proteção a ele conferida pelo direito à liberdade de expressão.

Como se verá, apesar de ter *status* de posição preferencial no ordenamento brasileiro, como apontam Luís Roberto BARROSO e Daniel SARMENTO, a liberdade de expressão já foi restringida de maneira excessiva, em mais de uma ocasião, pelos tribunais brasileiros, mesmo em casos que envolvem o discurso humorístico.

O tema da liberdade de expressão apresenta possibilidades de estudo praticamente inesgotáveis, pelo que se resolveu escolher o recorte temático e metodológico da sua relação com o discurso humorístico, que ainda foi pouco explorada pela doutrina – especialmente jurídica – brasileira. Assim, devidamente introduzido, passe-se ao estudo em si.

2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A proteção da liberdade de expressão é uma conquista, principalmente, das sociedades ocidentais modernas. Conforme se verá, a tutela jurídica de tal liberdade apareceu com maior destaque apenas no fim do século XVIII. Para que sejam observadas e colocadas em debate suas nuances e perspectivas, faz-se pertinente a realização de um estudo de direito comparado, utilizando como base três experiências consideradas dentre as mais importantes no que toca ao assunto aqui tratado.

As experiências de outros países possuem imensa relevância para compreender o tratamento que é dado no Brasil. Para isso, também é oportuno um breve relato histórico da própria experiência brasileira. A importância do estudo particular da liberdade de expressão é muito bem evidenciada pela precisa lição de Paulo BRANCO: “O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano”¹.

2.1 A liberdade de expressão no direito comparado: Alemanha, Estados Unidos e França

A utilidade de buscar no direito comparado as diferentes formas de tratamento conferidas ao direito fundamental da liberdade de expressão está não somente na busca das raízes da disciplina relativa ao tema em território brasileiro, como também na possibilidade de se vislumbrar formas que, se não estão contempladas no direito brasileiro, poderiam estar.

Evitando digressões exageradas que pouco contribuiriam para o presente estudo, faz-se um recorte histórico para que sejam esmiuçadas três experiências a partir do século XVIII, dando enfoque justamente à constitucionalização das

¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.. 264.

liberdades de comunicação. Nesse sentido, a comparação entre as experiências alemã, estadunidense e francesa se fazem pertinentes na busca de “raízes” e “possibilidades”, como dito alhures.

A experiência alemã possui como grande contribuição – no tema aqui estudado – o estabelecimento da dimensão objetiva da liberdade de expressão. Para chegar a ela, contudo, o caminho foi tortuoso.

Na parte final do século XVIII, enquanto os Estados Unidos tinham o “*Bill of Rights*” (1791)² e a França a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789)³ que, como se verá adiante, já previam expressamente – mesmo que a aplicação fosse tortuosa – a liberdade de expressão, em 1788, na Alemanha, Frederico Guilherme II emanava éditos de censura de imprensa e intolerância religiosa e política.

Em 1819, a censura de publicações periódicas e obras completas com menos de 20 folhas era determinada por lei federal, demonstrando que a liberdade tão exaltada na revolução francesa – muito embora questionável nos períodos que a sucederam em território francês – não havia tido recepção favorável em solo germânico⁴.

O quadro só é alterado na metade do século XIX, com a revolução de Março de 1848. “Logo no dia três desse mês é emanada uma *Bundesbeschluss* autorizando todos os estados da federação germânica a levantar a censura e estabelecer uma Alemanha unida liberal”⁵. Um ano depois, é aprovada a Constituição de *Paulskirche*, que exalta a liberdade de expressão e afasta a censura – e outras medidas restritivas a esta liberdade – em seu artigo 143⁶.

² Article the third. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html> Acessado em 05 de abril de 2015.

³ Art. 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acessado em 05 de abril de 2015.

⁴ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 74-75.

⁵ Idem, *Ibidem*, p. 76.

⁶ Artikel IV. §. 143. [1] Jeder Deutsche hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äußern. [2] Die Preßfreiheit darf unter keinen Umständen und in keiner Weise durch vorbeugende Maaßregeln, namentlich Censur, Concessionen, Sicherheitsbestellungen, Staatsauflagen, Beschränkungen der Druckereien oder des Buchhandels,

Apesar de alguns retrocessos⁷, pode-se dizer que a partir de então o panorama avançou no campo da liberdade de expressão. Passando pela Constituição de Weimar – marcada pelos notórios avanços relativos aos direitos fundamentais sociais –, chegou-se à Constituição de 1949⁸, *Grundgesetz*, cujo artigo 5º trata da “Liberdade de opinião, de arte e ciência”, nos seguintes termos:

Artigo 5

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.

(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

(3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Nota-se, a partir da simples leitura do dispositivo, a indeterminação do conceito de liberdade de expressão. Como normalmente ocorre em Estados democráticos ocidentais, passou a ter fundamental papel na interpretação e no balizamento da aplicação de tal liberdade o “Tribunal Constitucional Federal” alemão. Nessa toada, destacar-se-ão dois casos que contribuíram imensamente não apenas para a interpretação da liberdade de expressão na Alemanha, como também na doutrina mundial. O primeiro deles é o mais conhecido, o caso *Luth*⁹.

Trata-se de um caso ocorrido em 1951, em que o crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, Erich Luth, iniciou uma campanha, direcionada tanto aos distribuidores de filmes quanto ao público em geral, pelo boicote a um filme – *unsterbliche Geliebte* – lançado por Veit Harlan, que havia dirigido um filme de propaganda antissemita dez anos antes. Diante do fracasso de público, Harlan e seus parceiros de produção do filme ingressaram com uma ação cominatória baseada no Código Civil Alemão contra Erich Luth. A ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo,

Postverbote oder andere Hemmungen des freien Verkehrs beschränkt, suspendiert oder aufgehoben werden. [3] Ueber Preßvergehen, welche von Amts wegen verfolgt werden, wird durch Schwurgerichte geurtheilt. [4] Ein Preßgesetz wird vom Reiche erlassen werden. Disponível em: <<http://www.documentarchiv.de/nzjh/verfdr1848.htm>> Acessado em 05 de abril de 2015.

⁷ Um exemplo de retrocesso é a Constituição de 1871 – dita “bismarckiana” – que sequer continha um rol de direitos fundamentais

⁸ Na realidade, a tradução mais corrente para o termo é a de “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha”, mas a mesma possui as características típicas das constituições ocidentais.

⁹ BVERFG 7,198 (LUTH-URTEIL).

decisão contra a qual Luth interpôs uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal (TCF).

Ao julgar o que parecia ser um caso simples de direito civil, o TCF julgou procedente a reclamação proferindo uma decisão densa e complexa. Baseando-se principalmente no artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹⁰, a liberdade de expressão foi qualificada como “a mais imediata manifestação da personalidade humana em sociedade”, “um dos mais nobres dentre todos os direitos humanos” e “a base de todas as outras liberdades”¹¹.

Assim, ao exaltá-la de tal forma, a Corte demonstrou que tem a liberdade de expressão “como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, cujas garantia e promoção muitas vezes requerem ações estatais positivas”¹². Nessa toada, como observa SARMENTO, “os direitos fundamentais não só limitam, mas também devem impulsionar e orientar a ação de todos os poderes do Estado”¹³.

O segundo caso traz circunstâncias fáticas semelhantes ao primeiro, e com um olhar desavisado sobre a decisão dir-se-ia se tratar de orientações contraditórias entre si. Entretanto, ao se analisarem os fundamentos da decisão se percebe que a orientação é a mesma, reforçando a contribuição já mencionada fornecida pela experiência alemã.

Trata-se do caso *Blinkfuer*¹⁴, nome de um pequeno semanário cujo editor chefe ajuizou ação indenizatória por perdas e danos contra os poderosos jornais *Springer* e *Die Welt*, que, como *Luth*, promoveram um boicote – no caso, ao pequeno semanário – por meio de um aviso aos jornalistas de que interromperiam a distribuição de seus jornais àqueles que continuassem vendendo o *Blinkfuer*, especialmente porque o mesmo tinha orientação ideológica comunista. A ação foi julgada improcedente pelo Tribunal Federal de Berlim, decisão contra a qual foi interposta reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁰ Art. 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acessado em 05 de abril de 2015.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 12.

¹² Idem, *Ibidem*.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 13.

¹⁴ BVERFGE 25,256 (BLINKFUER).

O caso envolvia um conflito entre a liberdade de expressão dos grandes jornais, de promoverem o boicote, e do pequeno semanário comunista, de continuar difundindo suas ideias. Considerando as ideias já manifestadas no caso Luth, a Corte reformou a decisão, afirmando que os recorridos valiam-se não de argumentos ou de ideias para tentar fazer valer sua vontade, mas sim de seu notadamente superior poderio econômico. Importa citar um trecho do *decisum*:

A liberdade para o debate intelectual é um pressuposto indispensável para o funcionamento de uma democracia porque é ela que garante a discussão pública de questões de interesse público e dimensão política. Quando o exercício de pressão econômica gera graves desvantagens para aqueles afetados por ela, e ele destina-se a impedir a disseminação de opiniões e notícias, que é constitucionalmente garantida, ele viola a igualdade de oportunidades no processo de formação da opinião pública. Este exercício também contraria o sentido e a natureza do direito fundamental à liberdade de expressão, que é concebido como uma garantia da disputa intelectual na formação da opinião pública.¹⁵

Assim, é possível verificar que nesse caso a Alemanha conferiu à liberdade de expressão uma dimensão positiva, em que não basta apenas a inexistência de censura, mas importa também a ação do Estado no sentido de garantir voz àqueles que não costumam tê-la – em particular por falta de poder econômico. Cabe questionar, entretanto, se a decisão seria a mesma se o conteúdo censurado pelo poder econômico, ao invés de “comunista”, contivesse conteúdo antissemita. Possivelmente – e infelizmente –, a dimensão positiva da liberdade de expressão seria deixada de lado e os tribunais se manteriam inertes ao sufocamento de uma manifestação que desperta um trauma tão profundo à experiência alemã, mas que não deveria servir de critério diferenciador de tratamento.

No que tange ao caso específico da relação com o discurso humorístico, conforme se verá no último capítulo, este não poderia sofrer censura, mas tampouco poderia servir de base para sufocar ou silenciar minorias, que se atingidas – e somente quando realmente atingidas – devem ter espaço para responder de forma adequada.

Por sua vez, a experiência estadunidense é, possivelmente, a maior inspiração para o direito brasileiro posterior à Constituição de 1988. Antes de chegar ao panorama mais recente, que vem desde a década de 1970, no qual se entende a

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 16.

liberdade de expressão como uma liberdade preferencial¹⁶, importa fazer um brevíssimo apanhado histórico.

No contexto da luta contra os ingleses, havia certa importância contrariá-los, dentre outras situações, rechaçando a censura prévia. Muito embora a Constituição criada em 1787 não previsse o direito à liberdade de expressão, este foi inserido pela primeira emenda¹⁷, no ano de 1791, utilizando termos impactantes:

O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos.

Em uma primeira leitura, há uma previsão de competência negativa, segundo a qual o Congresso não poderá aprovar lei que limite, de qualquer forma, a liberdade de expressão – e de imprensa. Entretanto, a interpretação que se deu à Emenda, por muito tempo, foi a de que ela proibia apenas a censura prévia, sendo que para muitos a censura *a posteriori* seria compatível com a norma exposta¹⁸.

Tanto é que, em 1798, em uma situação periclitante de possível guerra contra os franceses, o Congresso aprovou um ato – *Sedition Act* – que proibia escrever, imprimir ou publicar materiais com conteúdo escandaloso, malicioso ou falso, com a intenção de desrespeitar os órgãos legislativos ou executivos. Esta linha de pensamento predominou por um bom tempo, até ser derrotada pela que enxergava no *Sedition Act*, bem como na legislação de teor semelhante, incompatibilidades com a norma prevista pela 1ª Emenda. Daí em diante passou a se entender a liberdade de expressão como absoluta, passando a se desconfiar do Estado como ente regulador de tal direito¹⁹.

O grande dilema era, como em outras experiências, encontrar o equilíbrio necessário entre a dimensão negativa da liberdade, ou seja, a ausência de interferência estatal, e a dimensão positiva, qual seja, a necessidade de o Estado intervir para, por vezes, garantir ou promover a liberdade de expressão, em especial

¹⁶ V. mais em TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2 ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, p. 769-784.

¹⁷ Através do conhecido *Bill of Rights*.

¹⁸ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 63.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 67.

dando “voz” àqueles que em geral não possuem. Nesse sentido, duas grandes teorias antagônicas foram desenvolvidas no direito estadunidense.

A primeira delas é a teoria libertária, focada no emissor da mensagem, asseverando que a norma prevista na Primeira Emenda confere fundamental importância à autonomia privada e à liberdade de expressão sem permitir a intervenção do Estado, ou de qualquer ente que possa ou queira estabelecer qualquer tipo de controle.

A segunda é a teoria ativista, que se centraliza na proteção dos destinatários da informação. Para esta teoria, os cidadãos têm o direito de serem informados plenamente dos assuntos de interesse público, devendo ter acesso às mais variadas perspectivas e opiniões sobre cada um deles. Apenas desse modo poderão formar de maneira livre a sua convicção²⁰. Nesse sentido, o precursor Alexander MEIKLEJOHN afirma que “o essencial não é que todos falem, mas que o que merece ser dito seja dito”²¹.

Ambas as teorias podem ser criticadas de maneira veemente e plausível. Quanto à teoria libertária, pode se questionar o explícito privilégio aos detentores dos meios de comunicação, que podem veicular apenas as informações ou pensamentos que se coadunem com seus valores e sua ideologia, ou seja, ao confiar tanto na autorregulação do mercado, é possível – e provável – que muitas vezes sejam caladas.

Por outro lado, a teoria ativista aparenta confiar excessivamente no Estado ao conferir um poder de avaliar a qualidade da programação. Em última análise, são os seres humanos que chefiam os poderes que decidirão “o que merece ou não ser dito”, e estes possivelmente acabarão por restringir discursos contrários às suas crenças. Assim, a aplicação pura da teoria ativista facilitaria sobremaneira o surgimento ou implementação de ditaduras, ou ao menos de governos que atentassem contra a liberdade de expressão para “se protegerem”.

A maior tentativa de equilibrar as duas correntes foi a criação pela FCC (*Federal Communications Commission*) da *fairness doctrine*, que conferia à Agência

²⁰ 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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

²¹ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political freedom: The constitutional powers of the people**, 1960, p. 25-28

Reguladora mencionada adotar medidas que visassem uma cobertura equitativa de questões que envolvessem o interesse público por parte de rádios e televisões, oportunizando o acesso a tais meios por representantes dos mais diversos pontos de vista²². Embora aplicada desde 1949, tal doutrina só foi tornada oficial em 1959, com o “Código de Regulações Federais”.

O primeiro grande caso que “testou” a legitimidade da doutrina foi o *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*. Neste, a Suprema Corte alinhou-se mais à Teoria Ativista ao fazer prevalecer o direito dos destinatários de receber informação plural e balanceada, em detrimento do direito dos detentores das emissoras de televisão e rádio de veicularem o que bem entenderem. Uma das justificativas mais fortes era a da escassez de emissoras, inclusive por uma limitação tecnológica atinente ao número disponível de frequências sonoras²³. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que “Não há na 1ª Emenda um santuário para o privilégio ilimitado da censura privada, operando em um meio que não é acessível a todos”²⁴.

As críticas já apontadas – em relação à teoria ativista – se somaram à percepção de que a aplicação da *fairness doctrine* teve como um de seus efeitos a tendência de as emissoras evitarem polêmicas, para que não tivessem que disponibilizar tempo de sua programação divulgando informações ou opiniões com as quais não coadunava²⁵. Logo se concluiu que a doutrina que tinha vindo para aumentar o número de vozes acabava silenciando as que já tinham espaço.

Com isso, foi ganhando força a teoria libertária, que pouco a pouco foi predominando. Na década de 1980, tal tendência se intensificou, principalmente no governo de Ronald Reagan, um adepto da ideologia neoliberal. Um dos fatores que também contribuiu para o gradual abandono da *fairness doctrine* foi o aumento do número de emissoras de rádio e televisão, pelo que muitos passaram a entender

²² SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 6.

²³ V. mais em 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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

²⁴ Tradução livre.

²⁵ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 7-8.

que o mercado por si só daria conta de diversificar e pluralizar as discussões de assuntos de interesse público, sendo desnecessária a intervenção estatal²⁶.

Isso tudo culminou na revogação, pela própria FCC, das normas que positivavam a *fairness doctrine*, com fundamento no entendimento de que tais normas seriam inconstitucionais por violarem o conteúdo da Primeira Emenda. Como resposta, o Congresso votou e aprovou um projeto que garantiria o retorno de mencionada doutrina. Entretanto, foi vetado pelo presidente Reagan, que também se fundou na inconstitucionalidade para tal. A Suprema Corte nunca analisou o mérito dessa questão (do projeto de lei), contudo, muitos doutrinadores acreditam que, caso isso acontecesse, a Corte se manifestaria pela inconstitucionalidade, tendo em vista seus posicionamentos posteriores à decisão do caso *Red Lion*²⁷.

Dessa forma, é possível atestar que os Estados Unidos conferem à liberdade de expressão uma proteção muito forte, geralmente dando preferência a esta quando em choque com outros direitos fundamentais. Isso se dá por diversos fatores, como por exemplo, a desconfiança em relação ao Estado, que não poderia ser o ente regulador do que é dito, ou, o que seria ainda pior, do que “merece ser dito”. Ainda, há nos Estados Unidos uma grande confiança em relação ao mercado que, aliada ao individualismo e a preferência da liberdade negativa frente à igualdade, acaba por relevar o possível efeito opressivo e silenciador que mantem o *status quo*, sendo profundamente prejudicial aos desfavorecidos em sociedades desiguais²⁸.

A experiência francesa acerca da liberdade de expressão tem seu marco inicial na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dispõe em seu artigo 11º que “[a] livre comunicação de pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever,

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 9.

²⁷ V. mais em 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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005, p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

²⁸ V. mais em SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 11.

imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”²⁹.

O texto representa um avanço de impacto inegavelmente global, já que influenciou diversos diplomas posteriores, entretanto, há que se fazer a ressalva de que, no contexto francês, a norma não provocou alterações tão radicais. A uma porque já antes da Declaração, em tempos de uma Revolução de fundamentos iluministas, havia uma progressiva propensão de proteger a liberdade de expressão. A duas porque o diploma acabou por não ser respeitado em vários momentos posteriores à revolução³⁰.

Se a Constituição de Setembro de 1791 dava destaque à proteção da liberdade de expressão já em seu título I³¹, o terror instaurado pela revolução jacobina do ano seguinte trouxe fortes restrições a tal direito, inclusive punindo com a morte aqueles que expressassem defesa da restauração da monarquia ou atentassem de alguma forma contra a soberania popular³². Ainda nessa toada, registre-se um decreto de 17 de janeiro de 1800 que determina a necessidade de autorização prévia para a Imprensa. Aliado a outros diplomas subsequentes, tem como resultado uma progressiva redução do número de jornais em Paris, chegando ao cúmulo de, em 1810, haver um censor permanente para cada jornal³³.

Como se percebe, a exemplo do que ocorreu na Alemanha e em vários outros lugares, existem momentos de maior liberdade e momentos de maior repressão, mas é certo que o tratamento conferido ao direito fundamental da liberdade de expressão é um indicador bastante confiável de quão democrático é um governo.

Prosseguindo, há na França, a partir da Carta Constitucional de 1814, um recomeço – tímido – de abertura à liberdade de expressão e de imprensa, mesmo

²⁹ Tradução livre de: “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.”

³⁰ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 69.

³¹ Define-a como liberdade “de falar, de escrever, de imprimir e de publicar os seus pensamentos, sem que os seus escritos possam ser submetidos a qualquer censura e inspeção antes da sua publicação [...]”, no original: “La liberté à tout homme de parler, d’écrire, d’imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication [...]”.

³² Nesse sentido a Lei de 4.12.1792 e a Lei de 28.03.1793.

³³ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 71.

sendo um governo do Monarca Luís XVIII³⁴. Entretanto, algo que impede maiores avanços, nesse período, é o fato de não se ter adotado a ideia – que tinha força nos Estados Unidos – de aplicabilidade direta das liberdades previstas em normas constitucionais, que dependiam de lei para serem exercidas³⁵.

Entre várias turbulências, nota-se um impulso mais permanente, no sentido de proteção da liberdade de expressão, a partir da Lei de Imprensa de 11 de Junho de 1868, que acabou por ser revogada pela Lei de Imprensa de 29 de julho de 1881 que, apesar de ter sofrido alterações ao longo do tempo, continua em vigor.

Aproximando-se do panorama atual, observa-se que a Constituição francesa de 1958, que vige atualmente, não prevê de forma expressa a liberdade de expressão. Entretanto, há proteção implícita de tal direito já que, em seu preâmbulo³⁶, faz referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagra a liberdade de expressão em seu art. 11, como já visto.

Em termos práticos, a importância dada à liberdade de expressão na França, em comparação com a Alemanha e – principalmente – com os Estados Unidos, é menor. Há uma tendência, no direito francês,

à priorização da tutela de interesses conflitantes com a liberdade de expressão, como a ordem pública, o direito à honra e à privacidade. Sem embargo, a doutrina comparatista tem enfatizado a relevante contribuição da jurisprudência constitucional francesa para a liberdade de expressão, no reconhecimento da importância da proteção e promoção do pluralismo nos meios de comunicação.³⁷

Aspecto relevante na experiência francesa é, portanto, a preocupação com o pluralismo nos meios de comunicação, o que pode ser observado por decisões tomadas pelo Conselho Constitucional. Em uma delas, em 1984³⁸, ao julgar uma Lei que tratava da Imprensa Escrita, em meio ao programa de nacionalização do

³⁴ Article 8. “*Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se conformant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté.*” Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>> Acessado em 15 de abril de 2015.

³⁵ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 72.

³⁶ Em decisão histórica de 1971, o Conselho Constitucional francês entendeu que as normas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão integram o “bloco de constitucionalidade” francês.

³⁷ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 17.

³⁸ Decisão n.º 84-181 de 10 de outubro de 1984. Rec. 73, RJC 1-199.

governo de François Mitterrand, o Conselho se apoiou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 para asseverar que

[...] o pluralismo dos jornais de informações políticas e gerais [...] é em si mesmo um objetivo de valor constitucional; [...] com efeito, a livre expressão de pensamentos e opiniões, garantida pelo artigo 11 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, não será efetiva se o público para o qual se destinam estes jornais não dispuser de um número suficiente de publicações e de tendências e características diferentes; [...] definitivamente o objetivo a ser atingido é o de que os leitores, que são os destinatários essenciais da liberdade proclamada na declaração de 1789, possam exercer suas livres escolhas sem que nem os interesses privados e nem os poderes públicos possam as substituir por suas próprias decisões, nem que os façam [os leitores] de objetos de um mercado.³⁹

Por esta decisão, considerada histórica em relação à liberdade de expressão na França, percebe-se que a preocupação é muito maior com o receptor do que com o emissor da mensagem, ainda mais quando se trata de imprensa, em que a atuação positiva do Estado, no sentido de regular o mercado e “impor” a pluralidade, é vista com bons olhos⁴⁰.

Outro aspecto que se sobressai na experiência francesa, ainda relacionado à preocupação com o receptor do discurso, é a relevância dada a outros direitos fundamentais – como o direito à honra, à imagem e à privacidade – quando estes se chocam com a liberdade de expressão. Tal relevância é, em geral, consideravelmente maior do que a conferida em outros países.

Um caso bem emblemático relativo ao que se tem dito é o da proibição da publicação do livro “O Grande Segredo”. Nele, o médico pessoal do ex-presidente François Mitterrand contou que este escondeu que sofria com o câncer, que o matou em 1996, desde 1981, nunca deixando ser publicado qualquer relatório médico. O autor do livro (Claude Gluber) - publicado uma semana após o enterro de Mitterrand - foi condenado a 4 (quatro) meses de prisão por violação do sigilo médico. A

³⁹ Tradução livre do seguinte excerto da decisão: “(...) *Le pluralisme des quotidiens d’information politique et générale (...) est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle; (...) en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l’article 11 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s’adressent ces quotidiens n’était pas à même de disposer d’un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents; (...) en définitive l’objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée à l’article 11 de la déclaration de 1789 soient à même d’exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leur propres décisions ni qu’on puisse en faire l’objet d’un marché*”.

⁴⁰ Tanto é que existe na França o *Conseil Superior de L’Audiovisuel*, uma espécie de agência reguladora para rádio e televisão que objetiva promover e garantir o pluralismo de ideias nestes meios, possuindo competência regulamentar e sancionatória.

decisão seria até “compreensível” se fosse provisória, mas tanto não era que foi confirmada, nove meses depois, pelo tribunal de instância superior. Em 2004, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou a França por violar a liberdade de expressão e a indenizar a editora do livro, entendendo que a publicação do livro “integrava um debate de interesse geral na França, relativo ao direito dos cidadãos a estar informados sobre as doenças graves que seu chefe de Estado sofre e à aptidão deste para continuar desenvolvendo suas funções apesar de seus problemas de saúde”⁴¹.

Nessa situação, além da excessiva proteção ao direito de imagem da família do ex-presidente, destaca-se a ineficácia da decisão. Nos tempos atuais, proibir a publicação de um livro, de forma posterior, não significa tirá-lo de circulação, já que mesmo que as cópias físicas sejam recolhidas, é possível – e até provável -, como ocorreu nesse caso, que o conteúdo seja disponibilizado de forma gratuita na *internet*.

Por fim, menciona-se o lamentável ataque terrorista à redação do jornal satírico *Charlie Hebdo*, matando doze pessoas e ferindo gravemente outras cinco.⁴² Não haveria muito o que se comentar, a não ser lamentar e condenar os ataques que representam verdadeiro atentado à própria liberdade de expressão, em especial se tratando de um jornal que não tinha o islamismo (religião dos terroristas, que teriam sido motivados pelas sátiras de Maomé publicados pelo jornal) como único alvo. Mesmo sendo ácido, visto por muitos como ofensivo, não há qualquer ressalva que possa ser feita para sequer tentar justificar reação de natureza parecida com a que foi vista.

Se o atentado não levanta, por si só, maiores discussões sobre a liberdade de expressão – e o discurso humorístico –, passa a se mostrar bastante relevante quando é analisado o caso do humorista Dieudonné M’bala M’bala, preso uma semana após os atentados por apologia ao terrorismo, após publicar em suas redes sociais a frase “*Je me sens Charlie Coulibaly*” (“Eu me sinto Charlie Coulibaly”). A

⁴¹ Tribunal condena França por censurar livro sobre Mitterrand. Folha de S. Paulo, 18 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u44281.shtml>> Acessado em: 17 de abril de 2015.

⁴² Nesse sentido, v. *Charlie Hebdo shooting: At least 12 killed as shots fired at satirical magazine's Paris office*. The Independent, 7 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/charlie-hebdo-shooting-10-killed-as-shots-fired-at-satirical-magazine-headquarters-according-to-reports-9962337.html>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

discussão merece ser tratada em apartado, já que o histórico do humorista apresenta várias situações em que o seu discurso humorístico “testou” os limites da proteção à liberdade de expressão, ainda mais estando na França, país em que, como se viu, tais limites não são tão difíceis de serem encontrados.

2.2. O caso do humorista Dieudonné M’bala M’bala

Afinal, uma piada pode passar dos limites de proteção da liberdade de expressão? A justiça francesa entendeu que Dieudonné M’bala M’bala já ultrapassou esses limites em várias ocasiões.

Nascido na França, em 1966, Dieudonné – como é mais conhecido – é filho de um camaronês e uma francesa. Iniciou sua carreira de comediante profissional no começo da década de 1990, quando se apresentava em dueto com seu amigo de infância, o judeu Élie Semoun. Tanto na televisão quanto em suas apresentações de *stand-up comedy*, a dupla usava o humor para, principalmente, denunciar o racismo⁴³.

No ano de 1997, a dupla de humoristas resolveu se separar e ambos iniciaram suas carreiras-solo. Contudo, foi na década de 2000 que as polêmicas envolvendo Dieudonné aumentaram, junto com a sua fama crescente de ser antissemita. Em 2002, declarou ao semanário *Lyon Capitale* que “os judeus são uma seita, uma fraude, e a pior de todas porque são a primeira”⁴⁴. O caso foi parar nos tribunais e o comediante acabou condenado pela Corte de Cassação francesa por injúria. Ainda em 2002, tentou disputar a presidência da França, mas não conseguiu o número de assinaturas necessário para lançar sua candidatura.

⁴³ V. mais em: Dieudonné – Bouffon de cour. *Vigile.quebec*, 14 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.vigile.net/Dieudonne-Bouffon-de-cour>>. Acessado em 18 de abril de 2015.

⁴⁴ Tradução livre de : ““Pour moi, les juifs, c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première”
V. mais em: *Dieudonné jugé raciste em cassation*. *L'Express*, 16 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.lexpress.fr/actualite/societe/dieudonne-juge-raciste-en-cassation_462984.html#2wK3lcBPBJAGAUib.99> Acessado em: 18 de abril de 2015.

Em meio a outras declarações polêmicas que acabaram sendo caracterizadas como injúria ou difamação pelos tribunais franceses⁴⁵, os discursos punidos tinham cunho político, ou seja, a discussão naqueles casos não era propriamente da proteção da liberdade de expressão no discurso humorístico. Em outras palavras, os comentários considerados antissemitas não tinham o *animus jocandi*.

A diferenciação entre um discurso humorístico com suposto teor antissemita e uma declaração de opinião com o mesmo cunho se faz necessária na medida em que os próprios tribunais franceses já reconheceram, em um caso julgado em 1992, um “direito ao desrespeito e à insolência”⁴⁶, na esteira do pensamento de Ronald DWORKIN, que defendeu “o direito de ridicularizar” em um artigo⁴⁷ publicado no ano de 2006. Contudo, mesmo a proteção ao discurso humorístico com fulcro no direito à liberdade de expressão não é ilimitada na França, como se verá adiante.

Dieudonné popularizou um gesto que diz ser uma manifestação contra o sistema, a *quenelle*, que consiste em um braço estendido para baixo e a mão oposta se apoiando nele. Para muitos, trata-se na verdade de uma inversão de uma saudação nazista, pelo que consideram que tal gesto tem na verdade cunho antissemita. Ficou mundialmente conhecido em 2013, quando o jogador francês Nicolas Anelka reproduziu o gesto comemorando um gol em uma partida válida pela primeira divisão da liga inglesa de futebol (*Premier League*)⁴⁸. A *quenelle* é feita durante as apresentações do humorista, e acaba sendo um termo usado por ele para se referir a palavras chulas.

No final de 2013, o comediante fez um comentário em tom de zombaria e ironia, mas com forte cunho ofensivo. Ao rebater as declarações do jornalista Patrick Cohen – cujo sobrenome tem origem judaica –, de que a imprensa estava falando muito de Dieudonné, disparou o seguinte em uma de suas apresentações: "quando

⁴⁵ V. mais em *Dieudonné condamné pour diffamation envers la Licra*. Le Monde, 08 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/06/08/dieudonne-condamne-pour-diffamation-envers-la-licra_1369744_3224.html> Acessado em: 18 de abril de 2015.

⁴⁶ Tradução livre de: “*um droit à l’irrespect et à l’insolence*”, BASILE, Ader. **La caricature, exception au droit à l’image**. LEGICOM, n.º 10, abr. 1995, p. 10-13. Disponível em: <www.cairn.info/revue-legicom-1995-4-page-10.htm>, acessado em 19 de abril de 2015.

⁴⁷ “Em uma democracia, ninguém, seja poderoso ou impotente, tem o direito de não ser insultado ou ofendido.” Tradução livre. DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**, The New York Review of Books, 23 March 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/23/the-right-to-ridicule/>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

⁴⁸ V. mais em: *‘I’m no racist’: Nicolas Anelka defends his quenelle goal celebration*. The Guardian, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/football/2014/apr/04/nicolas-anelka-quenelle-defence-not-racist>> Acessado em: 19 de abril de 2015.

o escuto falar [Patrick Cohen], eu digo, você veja... câmaras de gás... Que pena!"⁴⁹. Mesmo se defendendo, ao dizer que seu propósito era o humor, o comediante foi condenado ao pagamento de multa por apologia ao ódio racial⁵⁰.

A situação ficou mais complicada quando, em janeiro de 2014, o então ministro do Interior – que depois se tornou primeiro-ministro –, Manuel Valls, enviou uma circular a vários prefeitos com o título “Luta contra o racismo e o antissemitismo – manifestações e reuniões públicas – espetáculos do Sr. Dieudonné M’bala M’bala”⁵¹. O objetivo era tentar proibir apresentações do comediante com base na existência de riscos de graves problemas à ordem pública. De fato, várias cidades baniram suas manifestações, como Bordeaux, Nantes, Toulouse, e a capital, Paris, onde o humorista tem seu próprio teatro⁵².

Já em 2015, uma nova polêmica envolvendo Dieudonné ocorreu. Uma semana depois dos atentados à sede do *Charlie Hebdo*, o humorista foi acusado – e preso – por apologia ao terrorismo, após escrever em suas redes sociais “*Je me sens Charlie Coulibaly*” (“Eu me sinto Charlie Coulibaly”). Sua postagem fazia menção à frase “*Je suis Charlie*”, usada por pessoas do mundo todo em homenagem aos mortos no atentado, mas usava o sobrenome Coulibaly, de Amedy Coulibaly, considerado – pelas autoridades francesas – o assassino de quatro fregueses em um supermercado *kosher* em um incidente relacionado ao ataque à revista⁵³.

No mesmo dia em que *Charlie Hebdo* publicava sua primeira edição posterior aos atentados, cuja capa fazia nova sátira de Maomé, um humorista foi preso por suposta apologia ao terrorismo ao fazer um comentário jocoso sobre os

⁴⁹ Tradução livre de “*Quand je l’entends parler, je me dis, tu vois... les chambres à gaz... Dommage*”. V. mais em: *Dieudonné condamné à 22 500 euros d’amende pour ses propos contre Patrick Cohen*. Liberation, 19 de março de 2015. Disponível em: <http://www.liberation.fr/societe/2015/03/19/dieudonne-condamne-a-22-500-euros-d-amende-pour-ses-propos-contre-patrick-cohen_1224007> Acessado em 19 de abril de 2015.

⁵⁰ Em francês, *provocation à la haine raciale*.

⁵¹ Tradução livre de: “*Lutte contre le racisme et l’antisémitisme — manifestations et réunions publiques - spectacles de M. Dieudonné M’bala M’bala*”.

⁵² Em Paris, o chefe de polícia proibiu, em 10 de janeiro, as 3 apresentações seguintes de Dieudonné, que ocorreriam no *Théâtre de la Main d’Or*, de sua propriedade. V. mais em: *Le préfet de police interdit les spectacles de Dieudonné dans son fief de la Main d’Or à Paris*. Le Monde, 10 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/10/dieudonne-jouera-un-nouveau-spectacle-samedi-a-paris-dans-son-fief-de-la-main-d-or_4346351_3224.html> Acessado em: 19 de abril de 2015.

⁵³ V. mais em: *Prisão de humorista gera debate sobre liberdade de expressão na França*. Folha de S. Paulo, 16 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/01/1575862-prisao-de-humorista-gera-debate-sobre-liberdade-de-expressao-na-franca.shtml>> Acessado em 20 de abril de 2015.

atentados. Obviamente, o passado de Dieudonné influenciou tal medida, seja por seu histórico de comentários antissemitas (nem sempre inseridos em um discurso humorístico), seja por sua vida política, já que muitos franceses acreditam que as piadas – que tratam dos judeus, em especial – do comediante têm forte cunho político, levando em conta que Dieudonné concorreu em eleições e atualmente é filiado ao partido político de extrema-direita “Frente Nacional”.

A sequência de acontecimentos acalorou os debates sobre a proteção do direito à liberdade de expressão sobre os discursos humorísticos. De um lado, os que defendem⁵⁴ a diferenciação de tratamento ao *Charlie Hebdo* e ao humorista Dieudonné alegam que o jornal produz humor que ataca às religiões em si, o que poderia ser considerado, no máximo, blasfêmia, que não é crime na França. Em contrapartida, as declarações do segundo, mesmo que com a intenção de fazer humor, atacam os seguidores da religião – no caso os judeus –, e constituem ora apologia ao racismo, ora injúria e, até mesmo, apologia ao terrorismo, como nesse caso do “*Je me sens Charlie Coulibaly*”, sendo todas essas condutas incriminadas no direito francês.

De outro lado, estão os que consideram hipocrisia, ou “dois pesos e duas medidas”, punir Dieudonné enquanto *Charlie Hebdo* continua sem ser punido – embora tenha sido alvo de vários processos – por seu humor que também tem como alvo a religião. Para estes⁵⁵, especificamente os que defendem que nenhum dos dois merece ser punido, o humorista está apenas exercendo o seu direito de criticar, ofender e insultar livremente, ainda mais quando utiliza o discurso humorístico para exercê-lo. Acusam ainda a justiça francesa de uma certa forma de proteção dos mais poderosos, na medida em que consideram que o discurso de Dieudonné é

⁵⁴ V. mais em: *Why French law treats Dieudonné and Charlie Hebdo differently*. New Yorker, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.newyorker.com/news/news-desk/french-law-treats-dieudonne-charlie-hebdo-differently>>; *Apologie du terrorisme: deux mois de prison avec sursis pour Dieudonné*. Liberation, 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.liberation.fr/societe/2015/03/18/apologie-du-terrorisme-deux-mois-de-prison-avec-sursis-pour-dieudonne_1223213>; “*Charlie*”, *Dieudonné...: quelles limites à la liberté d’expression?*. Le Monde, 14 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/01/14/de-charlie-a-dieudonne-jusqu-ou-va-la-liberte-d-expression_4555180_4355770.html> Todos acessados em 19 de abril de 2015.

⁵⁵ V. mais em: *La lente mise à mort de la liberté d’expression*. Blog de Nicolas Bourgoïn, 13 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.bourgoïnblog.wordpress.com/2015/02/13/la-lente-mise-a-mort-de-la-liberte-d-expression/>> e; Prender humorista por apologia ao terror ‘é absurdo’, opina especialista em islã. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/01/150114_franca_humorista_especialista_pai_df.shtml> Ambos acessados em 20 de abril de 2015.

punido por ser contra uma religião cujos seguidores têm o controle de grande parte dos veículos de comunicação na França, enquanto os muçulmanos – alvos de várias das charges do *Charlie Hebdo* – são constantemente alvo de preconceito no país.

É inegável que a declaração levanta grande polêmica e trafega na tênue linha entre o discurso humorístico que deve ser protegido e um discurso de ódio que não merece proteção. Também não se discute que o momento da “piada” demonstra insensibilidade e causa desconforto em muitas pessoas. Porém, a justiça – ou quem quer que seja – não deve barrar (seja pela censura, seja pela imposição de uma multa ou de uma restrição de direitos) um discurso por sua inconveniência, ou por seu mau-gosto. Apologia ao terrorismo é uma acusação forte demais para uma declaração que tinha, ao fim e ao cabo, o intuito de fazer rir.

O humor de Dieudonné pode ser acusado de ultrajante, ofensivo e insolente. Porém, é exatamente esse tipo de discurso que o direito à liberdade de expressão deve proteger⁵⁶. Ninguém precisa da tutela do direito para pintar uma obra de natureza morta.

2.3. A liberdade de expressão no direito brasileiro

Assim como ao relatar a experiência de outros países, ao tratar da liberdade de expressão no Brasil também é importante fazer uma breve síntese histórica, que começa logo com a primeira Constituição brasileira.

A Constituição brasileira de 1824 teve nítida influência do espírito revolucionário francês ao prever, em seu título oitavo – “Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros” –, no artigo 179, IV, a proteção da liberdade de expressão, nos seguintes termos: “IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar”.

⁵⁶ Esta ideia está presente em CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. **O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística.** Revista Brasileira de estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009.

Por óbvio, a “independência de censura” não era completamente respeitada pelo governo absolutista vigente à época, em especial até a Regência⁵⁷. Aliás, poucos direitos e garantias individuais eram, na prática, observados pelo Estado, que violava com frequência tais normas. Não deixa de ser simbólico o fato de o artigo que continha o rol de direitos civis ser o último daquela constituição.

A primeira Constituição da República, datada de 1891, trouxe disposição bastante semelhante à prevista na Constituição anterior. A grande inovação era a vedação ao anonimato. Assim dispunha o § 12º do artigo 72: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato”.

Na sequência, a Constituição de 1934 modificou a proteção à liberdade de expressão. Primeiramente, nota-se que os direitos e garantias individuais passaram a ser previstos já no “Título II”. O artigo 113, 9, dispunha que:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Se por um lado foi previsto, pela primeira vez, o direito de resposta, é nessa oportunidade que é positivada na Constituição a censura prévia, que dizia respeito a espetáculos e diversões públicas. Tal previsão constituía grave atentado à liberdade de expressão, assim como a previsão da parte final do dispositivo, no que toca à intolerância de “processos violentos para subverter a ordem política ou social”, já que esse vago texto poderia ensejar censura em inúmeras ocasiões.

A Constituição de 1937, como é possível imaginar, restringiu ainda mais a proteção à liberdade de expressão. Tal liberdade era prevista pelo artigo 122, 15,

⁵⁷ “[...] no período em que vigorou, a efetividade destas liberdades deixou bastante a desejar. Num país predominantemente rural, não era incomum que lideranças locais censurassem e atacassem os que ousassem criticá-las. No plano nacional, houve graves episódios de violação do 1º Reinado e no período da Regência. Porém, no 2º Reinado, o respeito foi maior, apesar da virulência dos ataques constantemente desferidos pela imprensa contra D. Pedro II.” SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In*: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252.

“mediante as condições e nos limites prescritos em lei”. O direito de resposta⁵⁸ e a vedação ao anonimato⁵⁹ continuavam previstos, mas a censura prévia foi alargada, nos seguintes termos:

A lei pode prescrever:

- a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

Em uma ditadura – Estado Novo, no caso –, uma das liberdades mais afetadas costuma ser a de expressão, assim como a de informação. É muito comum, e foi justamente o que ocorreu no Brasil, que o governo ditatorial se utilize de um departamento de imprensa (Departamento de Imprensa e Propaganda, no Estado Novo) para veicular apenas as informações que sejam de seu interesse, bem como para censurar qualquer discurso contrário ao aparelho estatal.

A Constituição de 1946 explicitou o atraso que sofreu o país – ao menos no campo das liberdades – durante o período da ditadura. Assim, repetiu a fórmula adotada na Constituição de 1934, apenas adicionando à norma a vedação ao preconceito de raça ou de classe⁶⁰. Lamentavelmente, permaneceu a censura prévia para os espetáculos e diversões públicas.

O texto foi mantido na Constituição de 1967⁶¹. Por incrível que pareça, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, manteve o texto praticamente intacto,

⁵⁸ Artigo 122, 15, c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação.

⁵⁹ Artigo 122, 15, d) é proibido o anonimato.

⁶⁰ Artigo 141, § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

⁶¹ Artigo 150, § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

acrescentando que também não seriam toleradas “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”⁶².

Entretanto, o dispositivo era “excessivamente liberal” e democrático, e já não servia aos interesses do governo ditatorial militar. Mesmo prevendo a censura prévia em determinados casos, era preciso menos liberdade para que os interesses do governo fossem perseguidos com mais facilidade. Foi então que o General Médici regulamentou o dispositivo que tratava da “liberdade” de expressão, através do Decreto n.º 1.077, de 26 de janeiro de 1970. Tal Decreto alargou a censura – que então caberia ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal, bem como ao Conselho Superior de Censura – em nome da proteção “da família, da moral e dos bons costumes”.

O enorme trauma jamais poderá – ou deveria poder – ser apagado dos registros históricos brasileiros, para que a proteção da liberdade de expressão não volte a sofrer tamanhas e absurdas limitações. O Constituinte de 1988, com essa experiência latejando em sua memória, conferiu grande importância à proteção da liberdade de expressão. Assim, é inclusive considerado repetitivo ao prever tal direito fundamental em vários dispositivos.

Citam-se como principais o artigo 5º, incisos IV – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” –, V – que trata do direito de resposta -, IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” -, XIV – que trata do direito à informação - e XVI – que trata do direito à reunião -, bem como o artigo 220 – que em seu *caput* dispõe que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Inegável, portanto, que a Constituição de 1988 concedeu tratamento especial à liberdade de expressão. O que se discute, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é a inspiração das normas constitucionais brasileiras, bem como se

⁶² Artigo 153, § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

elas abrangem tanto o aspecto negativo da liberdade quanto o positivo, ou se apenas o primeiro destes.

Uma corrente, portanto, defende que a liberdade de expressão no direito brasileiro possui natureza claramente dúplice, com inspiração do direito alemão. Para esclarecer, transcreve-se precisa lição de BINENBOJM: “[...] de parte sua preocupação com a dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão, [...] o constituinte [brasileiro] atentou também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público”⁶³.

O autor menciona como dispositivos que cuidam da dimensão protetiva (chamada também de positiva, ou ainda de objetiva) da liberdade de expressão o artigo 5º, incisos V – que trata do direito de resposta⁶⁴ – e XIV – que trata do direito de acesso à informação⁶⁵ -, e o artigo 221 – que estabelece obrigações positivas a serem observadas pelas emissoras de rádio e televisão.

À essa corrente filiam-se ainda importantes constitucionalistas como Daniel SARMENTO, para quem, “no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos poderes públicos”⁶⁶.

⁶³ 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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

⁶⁴ Aqui o direito de resposta cumpre, além da missão de resguardar a imagem e a honra individuais, também uma missão informativa e democrática, permitindo o esclarecimento dos receptores da informação sobre os assuntos de interesse público. V. mais em BINENBOJM, p. 9, bem como a Ação Cautelar 2.695, Rel. Min. Celso de Mello, que proferiu decisão monocrática – publicada no DJE de 30 de novembro de 2010 – reconhecendo que o direito de resposta serve também à pluralização dos meios de comunicação social, na medida em que propicia ao público o acesso a pontos de vista diferentes sobre temas de relevo público.

⁶⁵ Segundo o autor, “o direito de acesso à informação deve ser visto como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral. Tal direito se traduz no direito do público de obter informação de uma certa *qualidade*, conforme critérios previamente estabelecidos em norma regulatória.” *In*: 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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

⁶⁶ O autor ainda assevera que a concepção da Carta de 88 “é tudo, menos libertária. Muito pelo contrário, ela parte da premissa de que as violações aos direitos fundamentais não são produzidas apenas pela ação do Estado, mas decorrem muitas vezes da sua inércia. A ideia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos.” *In*: SARMENTO,

Por outro lado, há os que defendem que o constituinte brasileiro tenha se inspirado principalmente na Constituição – e no modelo de proteção à liberdade de expressão – estadunidense, tendo sido dado um enfoque preferencial e praticamente único à dimensão negativa, subjetiva ou defensiva da liberdade de expressão.

Destacando a plausibilidade e razoabilidade dos argumentos contrários, parece ser essa a interpretação mais acertada ao texto constitucional, tanto é que já foi reconhecida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶⁷, conforme se detalhará adiante. Nesse sentido, há imensa desconfiança de qualquer intervenção do Estado na regulação de tal liberdade, principalmente porque já se comprovou na história do Brasil, por pelo menos duas vezes⁶⁸, que esta interferência pode ser deveras prejudicial.

Um dos constitucionalistas mais respeitados a defender essa corrente é Paulo BRANCO, que, além de enxergar como prioritária a pretensão de que o Estado não exerça censura, observa o seguinte: “Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva [...]”⁶⁹.

Embora reconheça o perigo de deixar o controle exclusivamente nas mãos dos detentores dos meios de comunicação, os defensores desta corrente consideram suficiente a aplicação – que não vem ocorrendo – do disposto no parágrafo 5º do artigo 220 da Constituição, que proíbe que os meios de comunicação sejam controlados por monopólio ou oligopólio. É este o principal “resquício” do aspecto positivo da liberdade de expressão, já que requer, de alguma forma, a intervenção estatal.

Sem embargo, o direito de resposta é visto de maneira diferente por quem compartilha da opinião de BRANCO, mencionada alhures, sendo que a interpretação

Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007, p. 30.

⁶⁷ ADPF 130, Plenário do STF, Rel. Min. Ayres de Britto e ADI 4.451, Plenário do STF, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 2.09.2010

⁶⁸ Tanto na ditadura de Getúlio Vargas quanto na ditadura Militar.

⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Liberdades*. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.. 264-265.

mais adequada ao referido direito pode ser encontrada na lição do autor polonês Ulrich KARPEN, para quem “A liberdade de expressão não dá ao indivíduo um direito de que lhe sejam concedidas oportunidades para expressar e disseminar uma opinião, isto é, de lhe serem oferecidas audiência, plataformas, acesso à imprensa e à mídia”⁷⁰.

Ao menos em certa medida, esta segunda concepção foi aplicada por duas vezes pelo Supremo Tribunal Federal. O primeiro caso é o da ADPF 130. Em 30 de abril de 2009, seu julgamento foi concluído, tendo sido julgada procedente a arguição, o que levou à declaração de que a Lei de Imprensa (n.º 5.250/67) não fora recepcionada pela Constituição de 1988, já que não se coadunava com o novo modelo de tutela da liberdade de expressão, tendente a diminuir ou até erradicar a intervenção estatal nesta seara.

O outro caso importante para a discussão é o da ADI 4.451, que acabou sendo julgada procedente para suspender a eficácia do inciso II e dos §§ 4º e 5º do artigo 45 da Lei n.º 9.504/97, tendo sido vista como a decisão que “liberou o humor nas eleições”⁷¹. Da ementa de referido acórdão consta o seguinte:

Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca.

É este, portanto, o panorama da liberdade de expressão no direito brasileiro. Conforme se observou, embora existam razoáveis manifestações dissonantes, o constituinte pátrio enfocou a dimensão negativa de tal liberdade, desconfiando sobremaneira de qualquer intervenção estatal. Inclusive – e principalmente – no tocante ao discurso humorístico, o qual passa a ser detalhado a seguir.

⁷⁰ KARPEN, Ulrich. “*Freedom of expression*”. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 94.

⁷¹ V. mais em: Humor e eleições: STF confirma suspensão de dispositivos da Lei Eleitoral sobre humor. **Migalhas**, 03 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI116728,11049-STF+confirma+suspensao+de+dispositivos+da+Lei+Eleitoral+sobre+o+humor>> Acessado em: 02 de abril de 2015.

3. DO DISCURSO HUMORÍSTICO

O riso é um fenômeno universal⁷². Ao longo da história, foi encarado de inúmeras maneiras, dependendo do lugar e do tempo, entretanto, impossível negar que o riso permeia toda a história da existência humana. Ao menos desde o momento em que conseguiu estabelecer um canal de comunicação com o seu semelhante, o homem ri.

Por vezes, o riso é involuntário, assim como a sua causa. Por exemplo, ao se observar um sujeito andando na rua. Se, de repente, ele tropeça inadvertidamente em uma pedra e acaba por cair no chão, sem, no entanto, se ferir gravemente, provavelmente o observador desta situação rirá. Veja-se que o riso ocorreu não de forma premeditada; o observador simplesmente riu. Da mesma maneira, o sujeito que tropeçou não desejava com isso despertar o riso em outrem. Entretanto, riu-se.

Por detrás disso, boa parte dos pesquisadores do fenômeno tentará explicar o riso dessa situação pela quebra de linearidade, pela imprevisibilidade do ocorrido, como ACSELRAD, para quem “O humor é filho da surpresa, do inesperado, do que quebra a linearidade e previsibilidade do mundo; uma forma de vermos o mundo como ele não é”⁷³.

Outros concordarão, nesse caso, com a importante teoria sobre o riso de BERGSON, que diante desta situação, afirma que “não é sua mudança brusca de atitude que provoca o riso, é o que há de involuntário na mudança, é o mau jeito... Teria sido preciso mudar o passo ou contornar o obstáculo”⁷⁴. Para o autor, não é a quebra, mas justamente a mecanização da vida que produz o cômico.

Entretanto, como o presente estudo trata da liberdade de expressão e de suas relações com o discurso humorístico, não serão esses casos – que provocam o riso de modo involuntário – abordados de forma mais profunda. O exemplo do

⁷² “Fenômeno universal, ele [o riso] pode variar muito de uma sociedade para outra, no tempo ou no espaço. Já em 1956, Edmund Bergler, em *Laughter and Sense of Humour*, apontava mais de oitenta teorias sobre a natureza e a origem do riso, e a lista prolongou-se depois.” In: MINOIS, Georges. **História do riso e do escárnio**. Trad.: Maria Elena O. Ortiz Assumpção. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 16.

⁷³ ACSELRAD, M. Humor, esclarecimento e miditadura. In: XIII Encontro Anual da Compós, 2004, São Bernardo do Campo. **Anais do XIII Encontro Anual da Compós**. São Bernardo do Campo: Anais da Compós, 2004, p. 1.

⁷⁴ BERGSON, H. **O Riso**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

sujeito que tropeça na rua não se trata de um discurso, em seu conceito literal⁷⁵, que contenha humor, ou seja, não é um discurso humorístico, este sim analisado e aprofundado neste estudo, particularmente no presente capítulo.

Trata-se aqui da comicidade voluntária; das situações em que o humor é pretendido, seja através de palavras proferidas em um evento familiar, seja através de gestos feitos por um comediante profissional em um programa televisivo de grande audiência ou em um espetáculo de comédia apresentado em um teatro lotado.

3.1. O direito de rir (de tudo) e de ridicularizar

Antes de aprofundar e distinguir as situações em que o discurso humorístico é apresentado atualmente importa ressaltar que, embora o riso sempre estivesse presente na história da humanidade, houve diferentes períodos em que o “direito de rir” não gozava da liberdade e importância que possui hoje nas democracias ocidentais.

O exemplo mais ilustrativo do que se acabou de afirmar é o do tratamento dado ao riso pelo cristianismo. Ao contrário do politeísmo grego, diz-se que o monoteísmo cristão se opõe ao riso do mundo divino. Se há um Ser todo-poderoso, autossuficiente, onipresente e onipotente, nada poderia Lhe ser engraçado.⁷⁶ O riso estaria ligado ao diabo: “O pecado original é cometido, tudo se desequilibra, e o riso aparece: o diabo é responsável por isso. Essa paternidade tem sérias consequências: o riso é ligado à imperfeição, à corrupção, ao fato de que as criaturas sejam decaídas, que não coincidam com seu modelo, com sua essência ideal. É esse hiato entre a existência e a essência que provoca o riso”⁷⁷.

⁷⁵ “1 Fala proferida para o público; oração. 2 *ant* Raciocínio lógico. 3 Exposição didática de um assunto. 4 As dez classes gramaticais em que se enquadram as palavras.(...)” *In*: MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. Versão *online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=discurso>> Acessado em: 20 de fevereiro de 2015.

⁷⁶ MINOIS, Georges. **História do riso e do escárnio**. Trad.: Maria Elena O. Ortiz Assumpção. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 111.

⁷⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 112.

Curiosa é a diferença no tratamento conferido ao riso dentro da própria Bíblia Sagrada. No Antigo Testamento, provavelmente por inspiração do ambiente grego do fim do século V a.C., se observa uma distinção entre um riso bom, discreto, do homem prudente, e um riso mau, de zombaria, exagerado, barulhento.⁷⁸ No Novo Testamento, o riso é tratado apenas de forma negativa, e em momento algum se liga à figura de Jesus. Daí surge um mito de que Jesus nunca riu e, como é Ele o exemplo de comportamento para os seguidores do cristianismo, estes também deveriam se privar do riso⁷⁹.

Nos primeiros séculos do cristianismo foi a ideia do riso diabólico que imperou. Contudo, ao notar que seria impossível proibir o riso, a Igreja, com seu costumeiro poder de adaptação, assimilou o riso aos seus costumes, tentando aplicar uma nova interpretação ao tema. Nessa toada, o Papa Gregório I, por volta do ano 600, admite que o riso é legítimo quando se zomba dos maus ou quando se alegra com o bem⁸⁰.

Na baixa Idade Média, o sagrado deixa de ser poupado. Diz-se que o medo constante desse período provocava como reação um riso desenfreado e também contestatório⁸¹. “Diante da aparente inércia divina perante as catástrofes, o riso torna-se acusador. (...) Vós que tudo podeis e que nos amais tanto! Olhai-nos sofrer! Esse é o sentido das preces parodísticas que vêm à luz no século XV.”⁸². Diante disso, a Igreja realiza nova investida contra o direito de rir de seus seguidores⁸³, que se apresenta, com maior ou menor frequência, até o século XIX⁸⁴.

Com a chegada do século XX, o riso foi novamente ganhando força, em todas as suas formas, em todos os seus espaços e contra – quase – todos os seus alvos. A falta de senso de humor torna-se fatal, seja no comércio ou na disputa por seguidores espirituais. É nesse momento, principalmente, que o cristianismo se afasta do islamismo neste tema: “(...) Mas, se Alá-sem-rostro permanece imperturbável, sua réplica judaico-cristã decide-se, enfim, a permitir que parte de

⁷⁸ Idem, *Ibidem*, p. 118.

⁷⁹ Idem, *Ibidem*, p. 121.

⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 138.

⁸¹ Idem, *Ibidem*, p. 242.

⁸² Idem, *Ibidem*, p. 253.

⁸³ “As diferentes autoridades eclesiásticas multiplicam as condenações. A Universidade de Paris, em 1444, declara que os participantes das festas dos loucos ‘devem ser tratados como heréticos’.” *In*: Idem, *Ibidem*, p. 268.

⁸⁴ “As relações entre religião e o riso não melhoram no século XIX. Na Igreja Católica em particular, os rostos nunca estiveram tão franzidos. (...) Mais que nunca, o riso é diabólico.” *In*: Idem, *Ibidem*, p. 499.

seus fiéis se alegrem. Seus conselheiros em comunicação – rabinos, pastores, padres – persuadiram-na de que, em nossa época, o chefe não continua popular se não tiver senso de humor”⁸⁵.

O exemplo histórico do “direito de rir” no cristianismo – apresentado de maneira brevíssima – não é citado à toa. Ilustra de forma bastante elucidativa que, ao contrário do que possa parecer aos habitantes de países democráticos do mundo ocidental do Século XXI, o direito de rir nem sempre esteve assegurado, sendo muitas vezes foi solapado, seja pela política, seja pela religião – que, como se sabe, em grande parte da história se misturam. Não se trata da existência do riso (inegável e inafastável em todos os momentos, porque inerente ao ser humano), mas sim da reação social a ele.

É importante lembrar-se de tudo isso quando se estuda o discurso humorístico e suas possíveis limitações, porque se deve ter em mente a carência de lógica de certas limitações ao riso, como as aplicadas pela Igreja Católica ao longo da história. Isso interpenetra o riso e o discurso humorístico, em que pese a ressalva já feita de que nem sempre o riso é provocado pelo discurso humorístico⁸⁶.

Atualmente, nas sociedades democráticas ocidentais, em especial a brasileira – alvo do presente estudo –, a discussão não mais focaliza o direito de rir em sua “essência”, mas sim em sua “extensão”. Vale dizer, se antes era útil e pertinente fazer a pergunta: “pode-se rir?”, agora esta já não faz mais tanto sentido, tendo seu lugar tomado pela pergunta “pode-se rir de tudo?”.

É esta indagação que permeia os conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais na seara do discurso humorístico, e é este questionamento que tem sido levantado no mundo todo, especialmente após o atentado terrorista que atingiu o jornal satírico francês *Charlie Hebdo*⁸⁷.

Tomando como base as premissas estabelecidas no segundo capítulo do presente estudo, em especial no item 2.3, o discurso humorístico não deve ter limites prévios (tampouco limites posteriores que funcionem também como prévios,

⁸⁵ Idem, *Ibidem*, p. 572.

⁸⁶ O discurso humorístico é tomado aqui seguindo as premissas especificadas na introdução deste estudo.

⁸⁷ Tratou-se do tema no ponto 2.1 deste trabalho. Mais em: "Charlie Hebdo shooting: At least 12 killed as shots fired at satirical magazine's Paris office", *The Independent*, 7 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/charlie-hebdo-shooting-10-killed-as-shots-fired-at-satirical-magazine-headquarters-according-to-reports-9962337.html>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

como se detalhará no capítulo subsequente). O discurso humorístico pode tratar de qualquer assunto *a priori*. Ronald DWORKIN é cirurgicamente preciso ao dizer que “(...) *in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended.*”⁸⁸

Humorístico é o discurso que objetiva o riso, o cômico. Embora tenha apresentado um viés profundamente combativo e contestador ao longo da história⁸⁹, não é este o *fim* do humor. Dessa forma, nem sempre o discurso humorístico deve ser emancipador.

Ocorre que, por muitas vezes, o alvo do discurso humorístico será justamente o oprimido. É justamente nessas situações que os ânimos se acirram em meio à discussão acerca da existência de “limites no humor”. Para dar um pontapé ao que será aprofundado no próximo capítulo, urge esclarecer que há diferença entre uma limitação feita pela própria sociedade e uma limitação imposta por alguém de maneira “oficial”, normalmente o Estado (seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Judiciário).

O direito fundamental à liberdade de expressão não só abarca como sustenta o primeiro tipo de limitação. A reação social a um determinado discurso humorístico, desde que não ultrapasse o campo da expressão permitida e garantida – não ameaçando a integridade física de quem proferiu o discurso, por exemplo – pelo ordenamento jurídico pátrio, é natural e importante. Nesta seara, o congressista brasileiro Jean WILLYS, no documentário “O riso dos outros”, pontua o seguinte: “Acho que os humoristas e comediantes têm que ter liberdade mesmo de fazer piadas. Agora, eles não podem achar que não têm que ser contestados, porque esse é o problema. (...) Não pode ser uma via de mão única”⁹⁰. A liberdade dos “humoristas e comediantes”, neste caso, pode e deve ser estendida a quem quer que esteja proferindo o discurso humorístico.

⁸⁸ “Em uma democracia, ninguém, seja poderoso ou impotente, tem o direito de não ser insultado ou ofendido.” Tradução livre. DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**, The New York Review of Books, 23 March 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/23/the-right-to-ridicule/>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

⁸⁹ “Além disto, podemos pensar no que o discurso humorístico traz em seu bojo desde a antiguidade, ou seja, o viés combativo, de escárnio e de acidez, por se encontrar ligado ao profano da religião e à violação das regras oficiais”. In: GRUDA, Mateus Pranzetti Paul. Uma análise do discurso do humor. In: **Travessias**: Revista eletrônica de pesquisas em educação, cultura, linguagem e artes da Unioeste, n. 11, Paraná, p. 751-752.

⁹⁰ ARANTES, Pedro. **O riso dos outros**. 2012, A partir de 37:00. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54>. Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

Por outro lado, os limites institucionais a esse tipo de discurso humorístico – que tem como alvo os oprimidos – não devem existir, sob pena de grave afronta ao direito fundamental à liberdade de expressão.

Ora, o direito fundamental à liberdade de expressão não está escancarado no ordenamento jurídico das democracias à toa. Não serve para proteger o que não precisa de proteção. Tal direito deve ser assegurado justamente para que possam ser proferidos os discursos chocantes, ainda mais se estes não tem o dolo de ofender, vale dizer, se estão imbuídos do *animus jocandi*. É neste sentido a extraordinária lição de Dimitris CHRISTOPOULOS e Dimitri DIMOULIS: “A liberdade de expressão artística não objetiva tutelar obras banais e inócuas. (...) A liberdade de expressão só adquire relevância a partir do momento em que alguém questiona o nosso direito de expressar-se, desejando proibir certa manifestação que reputa ofensiva de seus direitos ou valores. (...) esta liberdade diz respeito a pontos de vista perturbadores e chocantes.”⁹¹.

Dessa forma, muito embora não se questione o mau-gosto, com base em um juízo razoável, de discursos humorísticos que têm como alvos grupos de pessoas que foram e são oprimidos cotidianamente, *ninguém tem o direito de não ser ridicularizado*, e este é um pressuposto para que uma sociedade se diga democrática, respeitando verdadeiramente o direito fundamental à liberdade de expressão. Como bem observado pelo humorista André DEHMER no documentário “O riso dos outros”, “o humor trabalha com a ofensa porque trabalha com o que é caricato”⁹².

3.2. O humor na vida privada e nas redes sociais

O discurso humorístico permeia toda a sociedade, estando presente em praticamente todas as relações sociais. Entretanto, é possível diferenciar o discurso

⁹¹ CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. **O direito de ofender**: sobre os limites da liberdade de expressão artística. Revista Brasileira de estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009.

⁹² ARANTES, Pedro. **O riso dos outros**. 2012. A partir de 10:07. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54>. Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

emitido de modo fortuito – no sentido de não ser esta a prática que sustenta o emissor – daquele emitido por um dito “profissional do humor”.

Essa distinção pode – e deve – ser feita principalmente por conta do alcance do discurso proferido, em especial quando este ocorre em ambientes familiares, ou entre amigos. Nesse caso, ao saber exatamente quem e como são os interlocutores, o emissor pode gozar, de certa forma, de liberdade praticamente ilimitada. A liberdade de expressão é essencialmente negativa, na medida em que o Estado não possui legitimidade para intervir nesses casos.

Contudo, mesmo nessas situações há o risco de que alguém que não partilhe dessas condições ouça o discurso e seja afetado por ele, não compreendendo o intuito de “brincar”, o *animus jocandi*. Um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹³ ilustra bem a situação.

Trata-se de um caso em que, segundo consta nos autos, dois colegas de trabalho – e amigos –, José e Pedro⁹⁴ costumavam brincar entre si, especialmente chamando o outro de “ladrão”. Certa vez, quando José passava, Pedro o chamou “E aí, baixinho ladrão”, ao que José, de pronto, respondeu “Não! Ladrão se eu fosse tucano⁹⁵ que nem tu”. Ambos riram da situação, porém, uma senhora, Maria⁹⁶, que observou a situação, interveio, indignada, dizendo que ela também seria tucana e não aceitava ser chamada de ladra. O caso foi parar no Tribunal, já que José foi acusado de injúria – artigo 140 do Código Penal⁹⁷. Felizmente, o réu foi absolvido,

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CRIME. ARTIGO 140 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE INJÚRIA. Os termos proferidos, mormente quando não dirigidos à querelante, não configuram tipo penal, porque ausente elemento subjetivo característico, traduzido pela vontade livre e consciente de injuriar. RECURSO DESPROVIDO. Acórdão em Recurso Crime Nº 71003085933, Turma Recursal Criminal, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 12 set. 2011.

⁹⁴ Nomes fictícios.

⁹⁵ Na política brasileira, o termo indica os eleitores do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

⁹⁶ Nome fictício.

⁹⁷ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa. In: BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

tanto porque os termos não haviam sido dirigidos à Maria, como porque não houve vontade livre e consciente de injuriar.

Obviamente, este caso é caricato, e chega a ser cômico por si só. Entretanto, serve para comprovar que mesmo em ambientes mais reservados, há quem acredite e defenda que o humor deve ser limitado. No caso, a limitação seria extremamente gravosa, consistindo em possível condenação penal de quem apenas emitiu um discurso humorístico para alguém que lhe é familiar.

É preciso compreender que, em casos como o citado, deve-se dar ainda mais primazia à liberdade de expressão do discurso humorístico quando em suposto confronto com outros princípios. A não ser que a ofensa ao interlocutor ou ao alvo direto do discurso seja verdadeiramente grave (contenha discurso de ódio, por exemplo), vale dizer, constitua verdadeira aflição à sua moral, o emissor não deve ser punido, civil ou penalmente – muito menos de maneira prévia.

Isso não quer dizer que não possa haver reação por parte de quem recebeu o discurso. Pode ser que a reação seja de contestação, tanto ao afirmar que o discurso proferido é ofensivo, como que o mesmo não “tem graça”. Essa reação, como já dita, não só pode como deve existir, porque constitui o maior limite do humor. A piada que ninguém acha graça, ou que ofende muito mais do que faz rir, deixará de ser contada.

Foi o que ocorreu em alguns cursos pré-vestibulares de São Paulo. Conforme noticiado pelo jornal *Folha de S. Paulo*⁹⁸, devido a reação dos próprios alunos, muitos professores deixaram de contar piadas de teor preconceituoso – em especial, no caso, machista e homofóbico. Nota-se que não foi necessário tipificar a conduta, nem mesmo classificá-la como ilícito cível, passível de indenização por parte do ofendido. O discurso humorístico simplesmente deixou de causar seu efeito desejado, ao ser considerado mais ofensivo que engraçado.

Outra situação, mais limítrofe, é a emissão do discurso humorístico nas redes sociais. A popularização destas redes alarga o alcance do conteúdo produzido pelo cidadão comum. Quanto maior for a sua rede de “amigos” e “seguidores”, maior

⁹⁸ “Reação de alunos faz professores pararem com piadas homofóbicas de cursinho”. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2014/08/1498195-reacao-de-alunos-faz-professores-pararem-com-piadas-homofobicas-de-cursinho.shtml>>. Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

o alcance de suas *postagens*⁹⁹. Na rede social *Facebook*, por exemplo, é possível visualizar – e por vezes interagir, comentando ou “curtindo” – mensagens dos amigos dos seus amigos. Ou seja, o alcance do conteúdo colocado nas redes sociais muitas vezes foge do alcance de seu emissor, deixando de ser destinado apenas a interlocutores conhecidos, que partilham das “condições pré-estabelecidas” citadas no parágrafo supra.

Assim, por exemplo, uma piada com possível – não única – conotação racista publicada no perfil do *Facebook* pode ofender alguém que o autor não pretendia atingir. Contudo, ao concordar com os termos e condições da rede social em questão, e publicar tal conteúdo, deve o emissor responder por ele, já que não direcionou seu discurso a alguém que já detinha condições pré-estabelecidas de diálogo com o emissor e que, por isso, afastaria de pronto a possível conotação racista presente na piada.

Por outro lado, é preciso enaltecer um aspecto benéfico do humor nas relações sociais, principalmente nas redes sociais. Em muitas situações, uma discussão ríspida que contenha – ou conterá – ofensas entre os debatedores pode ser apaziguada pelo humor, sem que, necessariamente, a discussão se perca definitivamente. Nesse sentido, observa o filósofo Helio SCWHARTSMAN: “O tom de brincadeira, (sic) nos permite comunicar de modo amigável a um interlocutor uma informação que, de outra maneira, poderia ser interpretada como hostil. Isso pode não apenas evitar o conflito como ainda dar início a uma bela amizade”¹⁰⁰.

Como é possível notar, quando se analisam casos concretos em que há conflito com outros princípios – como o direito à honra e o direito à dignidade –, o alcance da liberdade de expressão (do discurso humorístico, no caso) deve ser alargado na medida em que o discurso seja direcionado a alguém que já possui familiaridade com o emissor suficiente para afastar qualquer outra intenção que não a de caçoar, ou de fazer rir (*animus jocandi*), e deve ser restringido na medida em que o alcance do discurso seja maior, podendo atingir pessoas que, de maneira

⁹⁹ HALFELD, Paula Crespo. **A produção do humor na rede social *Facebook***. In: Solettras Revista, n. 26, 2013.2, UFRJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/soletras/article/view/7319/7896>>. Acessado em: 23 de fevereiro de 2015.

¹⁰⁰ SCHWARTSMAN, Helio. Limites do Humor. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/01/1400716-limites-do-humor.shtml>> Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

razoável, podem abstrair conotação que ofenda outros princípios tutelados pela Constituição de 1988.

3.3. Os profissionais do humor: “stand up comedy” e programas de televisão

As origens da comédia “profissional” novamente remontam à Grécia Antiga. O primeiro humorista que merece destaque em várias obras sobre o assunto é Luciano de Samosata¹⁰¹. É descrito como “o homem que ri de tudo, o homem que é uma gargalhada (...). Jamais alguém irá mais longe que ele na derrisão generalizada. (...) ele atravessou a vida como num desfile de carnaval”¹⁰².

Apesar da existência digna de nota de Luciano, é na Idade Média que o humor vira profissão, com os bobos da corte. Conforme MINOIS, “Trata-se de um bobo comum, do verdadeiro bobo, mais ou menos inquietante, de quem as comunidades procuram se livrar. Porém, é um bobo honorável, respeitável e respeitado, ao qual a Idade Média deu um lugar importante: o bobo do rei”¹⁰³.

O caráter profissional é inegável principalmente na França, quando, “Em 1316, Filipe V cria o posto oficial de ‘bobo a título de ofício’, cujo titular é nomeado vitaliciamente”¹⁰⁴. Sua função primordial é fazer rir, não podendo ser confundido com um palhaço, entretanto, porque a importância do riso que ele provoca é devida a verdade que traz consigo, e que somente ele trazia à tona, já que poucos tinham coragem de contradizer o rei.

Embora tivesse plena liberdade para, em seu discurso, criticar ou reprimir os seus clientes – a nobreza e, principalmente, o rei –, o bobo deveria sempre observar o tipo de humor que agradava seus espectadores, caso contrário não estaria cumprindo seu ofício de maneira satisfatória¹⁰⁵.

¹⁰¹ “Nascido ao redor de 120, num meio modesto da Ásia Menor, perfeitamente helenizado, subsidiário de Alexandria”. In: MINOIS, Georges. **História do riso e do escárnio**. Trad.: Maria Elena O. Ortiz Assumpção. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 65.

¹⁰² Idem, *Ibidem*, p. 65

¹⁰³ Idem, *Ibidem*, p. 227.

¹⁰⁴ Idem, *Ibidem*, p. 229.

¹⁰⁵ Idem, *Ibidem*, p. 230.

É nesse ponto em que os bobos se parecem com muitos dos humoristas da atualidade. Se trocarmos o “rei” pelo “público” ver-se-á que faz sentido dizer que vários deles “fazem o humor que agrada seus telespectadores”.

Provavelmente o exemplo que melhor se enquadra nesse conceito é o do humorista Danilo GENTILLI, que no documentário “O riso dos outros” declarou que “O comediante deve ser uma prostituta do riso. Eu me vendo por riso. Se você ri, eu estou falando”¹⁰⁶.

O humorista referido é bastante conhecido pelo seu trabalho no *stand up comedy*¹⁰⁷, modalidade popularizada nos Estados Unidos e trazida para o Brasil, neste formato, nos anos 2000. O *stand up comedy* surge, segundo Léo LINS¹⁰⁸, na Inglaterra, ainda no século XVIII. Mas é na metade do século XX que ganha suas regras e seu primeiro grande expoente, o estadunidense Lenny Bruce.

Mesmo em um ambiente tido como liberal – o dos Estados Unidos – Bruce foi condenado por obscenidade, por proferir termos chulos em meio a suas apresentações. Tendo morrido em 1966, foi o primeiro a receber perdão judicial no estado de Nova Iorque, em 2003. Ao conceder o perdão, o então governador de Nova Iorque, George Pataki, asseverou que a liberdade de expressão “é uma das grandes liberdades dos Estados Unidos”¹⁰⁹.

Nota-se que desde suas origens, a grande dificuldade na defesa da liberdade de expressão dos discursos humorísticos proferidos pelos profissionais do *stand up* está justamente na necessidade de se dissociar o texto falado da opinião do humorista. Isso porque uma das condições para que o espetáculo seja considerado do gênero *stand up* é que o discurso deve ser autoral, ou seja, é o próprio humorista quem deve produzir o seu texto.

Essa dificuldade foi enfrentada pelo humorista conhecido como Rafinha Bastos, quando uma matéria da revista Rolling Stones¹¹⁰, em maio de 2011, publicou uma piada que Rafinha faz em sua apresentação que consiste no seguinte:

¹⁰⁶ ARANTES, Pedro. **O riso dos outros**. 2012. A partir de 06:35. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54>. Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

¹⁰⁷ É comum a tradução do termo como “Comédia em pé”.

¹⁰⁸ LINS, Léo. **Notas de um comediante stand-up**. Curitiba: Nossa Cultura, 2009.

¹⁰⁹ “Humorista Lenny Bruce obtém perdão 37 anos depois de morrer.” **UOL**. 24 dez. 2003. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/inter/efe/2003/12/24/ult1766u686.jhtm>> Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

¹¹⁰ “A graça de um herege”. **Revista Rolling Stone**. Ed. 56, Mai. 2011. Disponível em: <<http://rollingstone.uol.com.br/edicao/56/a-graca-de-um-herage?page=1#imagem0>> Acessado em: 16 de fevereiro de 2015.

“Toda mulher que eu vejo na rua reclamando que foi estuprada é feia pra caralho. Tá reclamando do quê? Deveria dar graças a Deus. Isso pra você não foi um crime, e sim uma oportunidade”.

Na ocasião, a repercussão foi enorme¹¹¹, e o humorista teve que se manifestar, por entrevistas e por suas redes sociais¹¹², para esclarecer que seu objetivo com aquela piada não era, de forma alguma, incitar o estupro ou algo do gênero¹¹³. No documentário “o riso dos outros”, Rafinha chega a admitir que, ao ler simplesmente a piada, ela não tem graça e é absurda, mas deve-se buscar o contexto em que ela foi dita. No mesmo documentário, outros humoristas, como Antônio Prata e Laerte, manifestam sua indignação com a piada.

É nesses casos em que se deve entender que o texto do *stand up comedy*, embora seja escrito e dito pelo comediante, não necessariamente reflete a sua opinião. Ainda mais por se tratar de um discurso humorístico que, como já visto, trata do caricato.

Novamente levando em consideração as premissas já estabelecidas, e o direito de ofender¹¹⁴ e de ridicularizar¹¹⁵, o comediante deve ter plena liberdade para fazer piadas dos assuntos mais polêmicos e ultrajantes, desde que não fira, com a gravidade suficiente a afastar a aplicação da liberdade de expressão no caso concreto, outros direitos constitucionalmente tutelados de outrem. Em casos em que isso ocorra, o ofendido deve ter direito à indenização na medida da lesão por ele sofrida.

Demais disso, nunca é demais lembrar a importância da reação social – e não oficial, vinda de um dos Poderes – ante a piadas como a de Rafinha Bastos.

¹¹¹ O Conselho Estadual de Condição Feminina de São Paulo, em nota de repúdio afirmou que Rafinha Bastos “encoraja o estupro” com a piada. *In:* “Rafinha Bastos encoraja estupro, diz Conselho da Condição Feminina. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 08 nov. 2011. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/televisao/948178-rafinha-bastos-encoraja-estupro-diz-conselho-da-condicao-feminina.shtml>>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2015.

¹¹² Em meio à repercussão, dentre outras manifestações, Rafinha Bastos publicou em seu *Twitter* a seguinte mensagem: “Estupro é crime. Obrigado”.

¹¹³ Segundo o jornal Estadão, o Ministério Público de São Paulo chegou a pedir abertura de inquérito para investigar suposta apologia ao crime. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,rafinha-bastos-pode-ser-alvo-de-inquerito-por-piada-sobre-estupro,741969>>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2015.

¹¹⁴ CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. **O direito de ofender**: sobre os limites da liberdade de expressão artística. Revista Brasileira de estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**, The New York Review of Books, 23 March 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/23/the-right-to-ridicule/>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

Como já mencionado, a pior resposta para uma piada é a ausência do riso. Enquanto os espectadores rirem, aplaudirem e consumirem, a piada continuará sendo contada. Na medida em que a própria sociedade reage – como fizeram os outros humoristas – de maneira negativa, este discurso humorístico deixa de atingir seu fim, isto é, deixa de fazer rir.

Por fim, é importante mencionar os programas televisivos voltados ao humor. Especialmente na televisão aberta, em canais de grande audiência, é nítido que esse tipo de programação tem conquistado cada vez mais espaço. Existem desde aqueles programas de humor mais popular, como o “Zorra Total”, da Rede Globo, passando pelos *talk-shows* apresentados por humoristas, como o extinto “Agora é Tarde”, da TV Bandeirantes (então apresentado por Rafinha Bastos), o “The Noite”, do SBT (apresentado por Danilo Gentili) e mesmo o “Programa do Jô”, da Rede Globo, até chegar aos programas de um humor tido como mais ousado, agressivo, como o “Pânico na Band” e o “Custe o que Custar”, ambos da TV Bandeirantes, e o recente “Tá no ar – a TV na TV”, da Rede Globo.

A grande diferença desse tipo de humor está na sua necessária observância do disposto no artigo 221 da Constituição de 1988:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
 I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
 II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
 III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
 IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Ao verificar o conteúdo dos programas mencionados, pode-se questionar se, em inúmeras ocasiões, o conteúdo apresentado atende aos princípios estampados pelo dispositivo. Para responder essa pergunta, deve-se olhar de maneira mais ampla para a Constituição.

É que devem ser observados os princípios da interpretação constitucional¹¹⁶, em especial o da unidade. Nesse sentido, ao interpretarmos a norma prevista no art. 221, em conjunto com as normas, já citadas, do art. 5º, IV¹¹⁷, e do art. 220¹¹⁸,

¹¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Princípios da interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93-98.

¹¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

teremos que os princípios encartados no art. 221 são na verdade recomendações a serem seguidas.

Obviamente, existem casos que extrapolam os limites do razoável, mas se se pensar em cada programa que não observa nenhum dos “princípios” acima referidos, e retirar-se todos eles da grade de programação, restaria pouco material a ser exibido.

Por outro lado, por mais que possam ser tratadas como recomendações, as diretrizes previstas não podem ser completamente ignoradas, sob pena de tornar letra morta a da norma constitucional. Dessa maneira, é possível afirmar que o humorista tem sua liberdade de expressão um pouco restringida em nome do interesse público previsto na norma do art. 221.

O constituinte requereu, com esta norma, que aqueles possuidores de concessões públicas (de rádio e televisão) observem o interesse público. Não se trata, de forma alguma, de nenhuma espécie de controle de conteúdo, principalmente quando os ditos “princípios” são enxergados como “recomendações”, mas sim de uma necessária contrapartida devida pelo concessionário.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹¹⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...) In: Idem, *Ibidem*.

4. DAS POSSÍVEIS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DO DISCURSO HUMORÍSTICO

Após analisar a liberdade de expressão e o discurso humorístico de maneira praticamente isolada, insta relacionar os dois, iniciando com o estudo das possíveis restrições apriorísticas à liberdade do discurso humorístico – especialmente a censura –, para em seguida tratar das possibilidades de reparação após a expressão de tal discurso.

Por fim, no ponto 4.3, far-se-á um estudo do tratamento que tem sido dado à questão pelos tribunais superiores brasileiros, tanto do ponto de vista da possibilidade de se censurar – aqui compreendido no sentido tradicional, de censura prévia – um discurso, como também do ponto de vista da possibilidade de se responsabilizar o seu autor por eventuais ofensas a direitos fundamentais de outrem, seja por meio de indenização, seja por meio de direito de resposta.

4.1. Restrições anteriores: a censura

Quando se trata de liberdade de expressão, sem dúvida alguma a maior restrição é aquela que é imposta anteriormente ao próprio discurso. A censura, dependendo de quem a impõe, pode ser social – imposta pela sociedade – ou oficial – imposta pelo Estado. Apenas desta o presente estudo tratará.

Durante séculos, a censura foi a principal espécie de restrição de liberdade de expressão, sendo inclusive o “impulso” ao estudo e a evolução da doutrina sobre o tema¹¹⁹. É justamente esse elemento histórico que fundamenta a dimensão negativa da proteção conferida à liberdade de expressão, na medida em que tantas tentativas de se calarem discursos resultaram em uma doutrina muito bem sustentada e vastamente apoiada no sentido da necessidade de o Estado não atuar, ordinariamente, de maneira prévia à expressão de ideias.

¹¹⁹ Cf. MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 488.

Destarte, importa classificar a censura oficial em três categorias: político-administrativa, legislativa ou judicial¹²⁰. A primeira é, sem dúvida, a que possui menos legitimidade, já que se encontra na esfera do poder executivo, e dificilmente possui lugar em um Estado Democrático de Direito. A censura legislativa, por sua vez, representa a existência de leis que prevejam, expressa e abstratamente, hipóteses em que um discurso não possa ser proferido. Esta até pode estar presente em uma democracia, desde que sirva exclusivamente como instrumento de proteção de outros direitos fundamentais, como a honra e a imagem. Por fim, a censura judicial concede aos tribunais a competência para decidir o que pode ou não ser publicado ou expressado.

No contexto brasileiro, é possível identificar que a Constituição de 1824 já trazia a proibição da censura prévia¹²¹, contudo, tal vedação se restringia ao plano formal, já que, ao menos até o período da Regência¹²², a censura político-administrativa existia, especialmente devido aos desmandos de D. Pedro I, agindo dessa forma ao arrepio da Constituição. Durante o Segundo Reinado, os registros apontam para uma maior proteção da liberdade de expressão – e de imprensa –, nos termos da Constituição então em vigor, valendo ressaltar a importância da figura de D. Pedro II para que isso ocorresse¹²³.

A Constituição republicana de 1891, muito embora tenha praticamente repetido as disposições da anterior, não impediu a ocorrência da censura, especialmente dirigida aos adversários políticos dos governantes e aos meios de comunicação que faziam críticas ao governo¹²⁴. Na Constituição de 1934, a censura

¹²⁰ Esta divisão pode ser encontrada em: MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 493.

¹²¹ Artigo 179. IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

¹²² “[...] no período em que vigorou, a efetividade destas liberdades deixou bastante a desejar. Num país predominantemente rural, não era incomum que lideranças locais censurassem e atacassem os que ousassem criticá-las. No plano nacional, houve graves episódios de violação do 1º Reinado e no período da Regência. Porém, no 2º Reinado, o respeito foi maior, apesar da virulência dos ataques constantemente desferidos pela imprensa contra D. Pedro II.” SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252.

¹²³ CAPELOTTI, J. P.; LOBO, J. L. **Humor e liberdade de imprensa em O Mequetrefe**. In: Revista Direito e Práxis, vol. 5, n. 9, 2014, UERJ, p.176-206. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/11564/10645>>. Acessado em: 23 de maio de 2015.

¹²⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252.

prévia era prevista expressamente, incidindo sobre espetáculos e diversões públicas. As hipóteses de censura prévia foram alargadas pela Constituição ditatorial de 1937¹²⁵.

As disposições atinentes ao tema nas Constituições de 1946 e de 1967 praticamente repetiram o expresso na de 1934, prevendo, portanto, a possibilidade de censura prévia à espetáculos e diversões públicas. Em 1969, já no governo militar, adicionou-se a previsão de que não seriam toleradas “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”¹²⁶. Inobstante, o Decreto n.º 1.077/1970 possibilitou a censura – cuja competência era de Ministério da Justiça – em nome da proteção “da família, da moral e dos bons costumes”.

Como dito alhures, a Constituição de 1988 extirpou a censura do ordenamento jurídico brasileiro. Importa repisar, em particular, o inciso IX do artigo 5º, que dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como o artigo 220, que em seu *caput* determina que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, e em seu § 2º dispõe que “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Todos os dispositivos referidos apontam no sentido da proibição da censura.

Questão interessante é a de saber se por censura há de se entender apenas aquela proibição expressa impingida sobre determinada obra ou pretensão de manifestação antes que esta venha a ser publicada. Este pode ser considerado um conceito formal de censura, apontado e defendido pela doutrina tradicional¹²⁷. Contudo, a censura não se restringe à sua vertente formal, mas possui também um

¹²⁵ A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

¹²⁶ Artigo 153, § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

¹²⁷ Cf. MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 487 e 489.

aspecto material. Nada melhor para ilustrá-lo que um exemplo prático em que nitidamente ela se fez presente.

Trata-se de uma ação civil pública ajuizada pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de São Paulo – APAE São Paulo – contra o humorista Rafael Bastos Hocsman, conhecido como Rafinha Bastos. A associação insurgiu-se contra uma passagem do *show* de *stand-up comedy* do humorista – gravado e comercializada em DVD – em que ele a menciona nos seguintes termos: “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]”.

Sustentando que a conduta do réu atingiu de modo violento a dignidade daqueles que são acometidos por deficiência de qualquer natureza, requereu que o mesmo se abstinhasse de vender, dispor à venda ou fazer circular por qualquer meio ou forma o DVD que contivesse a menção ou, alternativamente, que esta fosse retirada do mesmo. Ainda, requereu que tal ordem fosse estendida para apresentações do humorista, para que estas não tratassem mais da associação autora ou mesmo de pessoas com deficiência mental, pleiteando indenização pelos prejuízos causados à imagem da associação no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a cada associado que viesse a se habilitar nos autos.

Foi então que, em decisão liminar, o magistrado da 2ª Vara Cível de São Paulo (SP) determinou que o réu estivesse proibido de: (i) “vender, dispor à venda ou fazer circular (...) o DVD intitulado “A ARTE DO INSULTO” (...) até que dele retire a menção à APAE e toda e qualquer referência degradante às pessoas portadoras de deficiência ou portadoras de necessidades sociais”; (ii) “fazer em seus shows ou apresentações, seja por qual veículo de comunicação for, menção direta ou indireta, ainda que velada, à APAE ou às pessoas portadoras de deficiência ou portadoras de necessidades especiais, de maneira degradante, por palavras, escritos, objetos, gestos ou expressões corporais”. Fixou ainda multa cominatória de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em caso de descumprimento.

Tal decisão, confirmada em sede de Agravo de Instrumento, somente sendo revogada pela sentença do processo¹²⁸, que julgou improcedentes os pedidos, é exemplo claro de censura material, porque muito embora não tenha proibido o

¹²⁸ Processo n.º 0100503-06.2012.8.26.0100, 2ª Vara Cível de São Paulo – São Paulo.

humorista de expressar sua piada antes de ela ocorrer, acabou por impor uma censura ao mesmo a partir do momento em que o proibiu de fazer qualquer menção “à APAE ou às pessoas portadoras de deficiência ou portadoras de necessidades especiais, de maneira degradante” durante o exercício de seu trabalho, que é justamente o de se apresentar como humorista.

É nesse sentido que, como anota Jônatas MACHADO¹²⁹, alguns autores estadunidenses, e mesmo parte da doutrina alemã, têm reconhecido o caráter materialmente censório de algumas restrições à liberdade de expressão impostas após o fato que a tenha gerado, funcionando, na realidade, como censura prévia. Neste caso, a tentativa de harmonizar direitos fundamentais restou fracassada, com uma excessiva restrição à liberdade de expressão.

Isso porque, no Brasil, assim como em outros países como os Estados Unidos, a Espanha e a Alemanha, ao resolver questões em que a liberdade de expressão colide com outros direitos fundamentais, deve-se dar a ela posição preferencial, já que está situada num elevado patamar axiológico no ordenamento brasileiro, justamente por concretizar a democracia e a dignidade humana¹³⁰. O *status* de “posição preferencial” em virtude de seu papel na concretização de outras liberdades foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n.º 130, sendo defendido também por ilustres nomes do direito brasileiro como Luís Roberto BARROSO¹³¹ e Daniel SARMENTO¹³².

Outro tema a ser discutido no campo da possibilidade de restrições prévias é o do discurso de ódio. Este representa, em linhas gerais, a manifestação de ideias ofensivas dirigidas a específicos segmentos sociais com o objetivo de estigmatizá-lo. Para que seja caracterizado como odioso, o discurso deve ainda ter o intuito único e exclusivo de ofender o destinatário – grupo social a que se dirige a

¹²⁹ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 492.

¹³⁰ Neste sentido, FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 158.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acessado em 20 de maio de 2015.

¹³² SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

mensagem. Para Owen FISS, o Estado tem não só o poder, mas sim o dever de restringir esse tipo de discurso¹³³.

Referido tema – liberdade de expressão e discurso de ódio – foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal na ocasião em que foi indeferido por maioria o *habeas-corpus* n.º 82.424/RS, que ficou conhecido como o “caso Ellwanger”. O julgado será mais bem detalhado adiante – no ponto 4.3 do estudo – sendo suficiente mencionar, de antemão, que o entendimento fixado foi o de que os discursos de ódio não estariam abrangidos pela proteção à liberdade de expressão conferida pelo ordenamento brasileiro, devendo ser proibidos.

Em que pese a importância de se debater o discurso de ódio, tem-se que o discurso humorístico não se amolda às suas características. Como já mencionado, o humor possui o intuito de fazer rir, e um discurso que tenha como único e exclusivo objetivo o de ofender – *animus offendendi* – não pode ser considerado humorístico.

Assim, considerar, por exemplo, o humor de Rafinha Bastos um discurso de ódio – contra os deficientes, no caso referido –, seria desvirtuar o instituto, e concretizar um dos perigos da aplicação da doutrina de restrição ao discurso de ódio, conforme alerta MACHADO: “uma doutrina de restrição a partir do ódio (*hate speech; hate crimes*) em nome de uma moralmente correta política do amor tem que ser objeto da maior precaução, sob pena de a ‘nova liberdade de expressão’ acabar por se confundir com a ‘velha censura’”¹³⁴.

No que tange à restrição da liberdade de expressão, o ditado popular deve ser invertido: “é melhor remediar que prevenir”.

4.2. Restrições posteriores: a reparação

Ao contrário das restrições anteriores ao discurso, as restrições posteriores são aceitas pela quase totalidade da doutrina – brasileira e mundial – tendo em vista

¹³³ Cf. FISS, Owen M. **The Supreme Court and the problem of hate speech**. Capital University Law Review. Columbus, 1995, p. 286.

¹³⁴ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 847.

que a liberdade de expressão, em que pese tenha posição preferencial em ordenamentos como o brasileiro, não é absoluta.

No Brasil, como já detalhado no ponto 1.3, todas as Constituições anteriores previam, assim como a Constituição de 1988 prevê, a hipótese de restrição posterior à liberdade de expressão¹³⁵, responsabilizando o autor pelo discurso que proferiu. Inclusive, para que referida responsabilização seja possibilitada, desde a Constituição de 1891 a vedação ao anonimato encontra assento constitucional.

Antes de detalhar a reparação indenizatória, mais comum nos casos de discurso humorístico, cabe tratar do direito de resposta, previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Não foi a primeira vez que o direito de resposta foi consagrado no Brasil, estando previsto desde a Constituição de 1934. Daniel SARMENTO aponta que o instituto não encontra lugar em muitas constituições, sendo exceção a Constituição de Portugal, que traz tal previsão em seu artigo 37.4¹³⁶.

Ao comentar o instituto, Gustavo BINEBOJM assevera que este “cumpre, além da missão de resguardar a imagem e a honra individuais, também uma missão informativa e democrática, permitindo o esclarecimento dos receptores da informação sobre os assuntos de interesse público”¹³⁷. Tal natureza dúplice é vislumbrada também por Celso de MELLO, em entendimento exposto em decisão monocrática na Ação Cautelar n.º 2.695¹³⁸, em que se reconheceu a possibilidade do exercício de direito de resposta – por aplicação direta da Constituição de 1988 – mesmo após a decisão de que a Lei de Imprensa não fora recepcionada.

Em breves palavras, é possível dizer que o direito de resposta possibilita a reparação de uma ofensa perpetrada através dos meios de comunicação social, conferindo ao ofendido a possibilidade de, no mesmo veículo e nas mesmas

¹³⁵ No presente estudo, considera-se a reparação uma espécie de restrição posterior.

¹³⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In*: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

¹³⁷ 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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 2.695. Relator: Ministro Celso Mello. 30 nov 2010.

condições em que a ofensa foi proferida – tempo e horário, especialmente –, responder de maneira proporcional.

Ao mesmo tempo em que tutela direitos individuais, é possível identificar um papel mais amplo a tal mecanismo, para que seja promovido um maior pluralismo nos meios de comunicação social. Nesse sentido, anota SARMENTO que “o direito de resposta pode ser empregado também para possibilitar que porta-vozes representativos de pontos de vista relevantes em temas de interesse social tenham assegurado o seu acesso ao público, quando [...] só ‘um lado da moeda’, em questões socialmente relevantes, esteja sendo mostrado à sociedade”¹³⁹.

Demais disso, a parte final do inciso V do artigo 5º trata de assegurar “indenização por dano material, moral ou à imagem”. Tal garantia é ampliada pelo disposto no inciso X do mesmo artigo, ao dispor que “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”. Em muitas oportunidades, a violação se dá justamente por algum tipo de discurso que, embora tenha sido proferido sob o manto de proteção da liberdade de expressão, acabou por violar outros direitos fundamentais tutelados pela Constituição, devendo, portanto, o emissor ser responsabilizado por tal violação.

Nesses casos, mesmo o discurso humorístico pode ser restringido. Isso porque mesmo que seu intuito seja o de fazer rir – e, como visto, não sendo este, não poderá ser caracterizado como discurso humorístico –, pode acontecer de uma “piada” acabar ofendendo um grupo ou um sujeito determinado, o que enseja reparação dos danos causados.

A diferenciação entre os dois momentos do discurso – antes e depois de proferido – e a possibilidade de sua restrição posterior restou perfeitamente delimitada por AYRES BRITTO, no julgamento da ADPF n.º 130: “primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar o titular de tais situações jurídicas ativas um eventual

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana”¹⁴⁰.

Debate interessante se coloca com relação a possibilidade de limitação legislativa da liberdade de expressão. A favor dela se coloca Daniel SARMENTO, para quem não haveria razão de conferir exclusividade ao Poder Judiciário nesta tarefa, desde que ambos somente restrinjam a liberdade de expressão para tutelar outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente¹⁴¹. É no mesmo sentido o entendimento de Gilmar MENDES exposto no já mencionado julgamento da ADPF n.º 130.

Entretanto, parece mais acertado o entendimento de AYRES BRITTO – também exposto no julgamento da ADPF n.º 130 – no sentido de que nenhum limite legal poderia ser imposto à liberdade de expressão, restando apenas aqueles apontados no texto constitucional, com base nos quais somente o Poder Judiciário poderia fazer as ponderações pertinentes aos casos concretos. De fato, os limites impostos pelo inciso X do artigo 5º da Constituição – bem como pelo inciso V, como já mencionado – devem ser os únicos a serem levados em consideração nos casos em que um discurso enseje algum tipo de restrição.

No tocante ao discurso humorístico, duas ressalvas devem ser feitas sobre a possibilidade de reparação. A primeira delas diz respeito ao grau de exposição pública da pessoa: quanto maior, menor deve ser a proteção de sua privacidade, como aponta BARROSO¹⁴², bem como de sua honra, como assevera SARMENTO¹⁴³, na medida em que a discussões sobre estas pessoas estão revestidas de maior interesse social. Dessa forma, uma piada flagrantemente ofensiva sobre um político, por exemplo, ensejaria uma menor reparação do que uma – também ofensiva – direcionada a uma pessoa “desconhecida”.

Outra ressalva a ser feita diz respeito justamente às características do discurso humorístico, que são o exagero, o grotesco, o ridículo, pelo que por muitas

¹⁴⁰ Trecho do voto de relator em: STF – ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 30 de abril de 2009.

¹⁴¹ Cf. SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In*: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acessado em 20 de maio de 2015.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In*: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

vezes, como bem aponta MACHADO¹⁴⁴, seu valor comunicativo reside justamente nestes elementos. Assim, não se pode impor a este tipo de discurso restrição calcada na hipersensibilidade de alguém. Em outras palavras, é preciso que o discurso tenha violado objetivamente algum direito fundamental de seu “alvo” para que dê ensejo a uma reparação, sendo preciso ter em mente que, como ensina DWORKIN¹⁴⁵, ninguém tem o direito de não ser insultado em uma democracia.

Ainda, como já mencionado no tópico anterior, deve ser afastado o caráter censório que restrições posteriores podem conter. Estas, ao invés de cumprir seu papel de reparação – conforme previsto pela Constituição brasileira – acabam censurando. Nesse sentido, há de ser levado em consideração o princípio da proibição do excesso que, segundo Jonatas MACHADO, deve ser levado em consideração nesses casos. Para o autor, neste âmbito tal princípio “significa que as liberdades da comunicação só podem ser restringidas na estrita medida em que isso seja necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹⁴⁶.

A questão pode ser ilustrada com um caso que ficou nacionalmente conhecido. Trata-se do processo promovido pela cantora Wanessa Camargo, pelo seu marido (Marcus Buaiz) e pelo seu filho (José Marcus Doutel de Camargo Buaiz), contra o humorista Rafinha Bastos. Em 19 de setembro de 2011, este proferiu, no programa “CQC” da TV Bandeirantes, a seguinte frase em relação à cantora, que estava grávida: “Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!”. A fala se deu logo após uma reportagem em que Wanessa Camargo apareceu e foi entrevistada por outro repórter do programa, que também teceu comentários jocosos, os quais aparentemente foram bem aceitos pela cantora. Ainda, cumpre mencionar que logo após o comentário tanto o humorista quanto a plateia riram, porque dentro daquele contexto a frase se caracterizou como uma piada, com o nítido intuito de fazer rir.

A ação indenizatória foi julgada procedente em primeira instância, tendo Rafinha Bastos sido condenado ao pagamento de 10 (dez) salários mínimos para cada um dos três autores. Houve recurso de apelação e recurso adesivo e o

¹⁴⁴ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 828.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**, The New York Review of Books, 23 March 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/23/the-right-to-ridicule/>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

¹⁴⁶ MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 728.

Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo, por maioria – vencido o Relator, que votou pelo afastamento da condenação imposta –, deu provimento ao segundo¹⁴⁷, majorando o *quantum* indenizatório para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos requerentes. O entendimento foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial¹⁴⁸.

Uma indenização de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) tem nítido potencial censório, em que pese tenha sido estabelecida após o exercício primeiro da liberdade de expressão, qual seja, o momento em que Rafinha Bastos teceu o comentário sobre Wanessa Camargo e seu filho. É possível que o humorista jamais volte a fazer qualquer tipo de comentário, mesmo que inofensivo, sobre a cantora, por simplesmente temer ter que pagar nova indenização.

Outrossim, neste caso o responsável pelo comentário sofreu notável reprimenda social. Além de ter sido criticado por vários veículos de comunicação e outras pessoas – principalmente por meio das redes sociais –, Rafinha perdeu seu emprego na TV Bandeirantes pouco tempo após o episódio, que definitivamente influenciou a decisão da emissora.

Como dito alhures, a reação social é compreensível e aceitável, tendo em vista que os receptores da mensagem também devem ter seu direito a se expressarem com ampla liberdade, inclusive para criticar o emissor. Ocorre que ao sofrer a interferência do Estado, que sob o pretexto de reparar um dano acabou simplesmente punindo¹⁴⁹ o humorista de maneira exagerada, potencialmente embaraçando seu direito a se expressar livremente.

4.3. Análise jurisprudencial

Após a análise tanto da liberdade de expressão como direito fundamental – feita no capítulo 2 – quanto do discurso humorístico como aquele que objetiva o riso

¹⁴⁷ Autos de n.º 0201838-05.2011.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹⁴⁸ Recurso Especial de n.º 1.487.089/SP, Superior Tribunal de Justiça.

¹⁴⁹ O próprio acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aponta que os autores afirmaram que doariam a quantia e que a pretensão era efetivamente punir o humorista pela suposta ofensa.

– feita no capítulo 3 –, assim como o estudo das possíveis restrições ao discurso, em particular o humorístico, quando deste decorre alguma violação a outros direitos fundamentais, cabe apontar, de maneira objetiva, o tratamento que tem sido dado à questão pelos tribunais brasileiros.

O primeiro caso é o da ADPF n.º 130¹⁵⁰. Em 30 de abril de 2009, seu julgamento foi concluído, tendo sido julgada procedente a arguição, o que levou à declaração de que a Lei de Imprensa (n.º 5.250/67) não fora recepcionada pela Constituição de 1988, já que não se coadunava com o novo modelo de tutela da liberdade de expressão, tendente a diminuir ou até erradicar a intervenção estatal nesta seara.

Alguns trechos da ementa do acórdão, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, merecem ser destacados. Primeiramente, restou caracterizada a liberdade de imprensa como “categoria jurídica proibitiva de qualquer censura prévia”, sendo tal liberdade – de imprensa – “reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional”.

Ainda, como já fora afirmado, nesta ocasião firmou-se o entendimento, subscrito por nomes como Luís Roberto BARROSO¹⁵¹ e Daniel SARMENTO¹⁵², de que a liberdade de expressão¹⁵³ goza de posição preferencial frente a outros direitos fundamentais – como a honra e a imagem – sendo que estes só incidem *a posteriori*, para assegurar direito de resposta ou mesmo responsabilização do autor pelo discurso que eventualmente tenha violado tais direitos do destinatário.

O segundo caso que merece ser analisado é o do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS¹⁵⁴, julgado pelo Supremo Tribunal Federal – acórdão publicado em 19 de março de 2004 –, que ficou conhecido como “caso Ellwanger”. Trata-se de um autor, editor e distribuidor de livros, Sigfried Ellwanger, que foi denunciado por racismo contra o povo judeu, tendo sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 30 abr 2009.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acessado em 20 de maio de 2015.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

¹⁵³ Com reforço no tocante à liberdade de imprensa.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 17 set. 2003. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004.

do Sul, que entendeu que algumas obras de sua autoria¹⁵⁵ e outras de sua distribuição¹⁵⁶ continham mensagens antisemitas e incitavam ódio.

O referido *Habeas Corpus* foi impetrado para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse não ter havido, na hipótese, crime de racismo, mas sim de discriminação. Fosse assim considerado, estaria prescrito¹⁵⁷. Ao debater a questão, entretanto, os Ministros travaram amplo debate acerca da possibilidade de se limitar a liberdade de expressão. Primeiramente, o Ministro Celso de Mello¹⁵⁸ – denegando a ordem – excluiu a manifestação em questão do âmbito de proteção da liberdade de expressão, entendendo que *in casu* sequer houve conflito de direitos fundamentais, portanto.

Ao também denegar a ordem, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser o caso de discurso de ódio, o qual deve ser proibido para que se preserve, utilizando-se da teoria da proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana¹⁵⁹. No mesmo sentido, e com o mesmo argumento – prevalência da dignidade da pessoa humana – votou o Ministro Carlos Velloso¹⁶⁰. Votaram ainda pela denegação da ordem os Ministros Nelson Jobim – que privilegiou o princípio da igualdade –, o Ministro Cezar Peluso, a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Maurício Corrêa e o Ministro Sepúlveda Pertence.

Em sentido contrário, votou o Ministro Carlos Ayres Britto, que defendeu a concessão do *Habeas Corpus* de ofício. Insta destacar seu entendimento no sentido de que a liberdade de expressão é absoluta no que tange à incontrolabilidade de sua apriorística manifestação¹⁶¹, no mesmo sentido do que defendeu, anos depois, no julgamento da ADPF n.º 130, como mencionado alhures. O Ministro Moreira Alves defendeu a extinção de punibilidade do acusado – pela ocorrência de prescrição – sob o argumento de que os judeus não podem ser considerados uma raça.

Prevaleceu, porém, o entendimento de que a conduta de Ellwanger não estaria protegida pela liberdade de expressão, expressando na ementa do julgado que tal “Garantia constitucional que não se tem como absoluta. [...] O direito à livre

¹⁵⁵ “Holocausto. Judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século.”

¹⁵⁶ “O judeu internacional”; “A história secreta do Brasil”; “Brasil: colônia de banqueiros”, “Hitler: culpado ou inocente?”; “Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra”; “Os protocolos dos sábios de Sião”.

¹⁵⁷ Já que o crime de racismo, ao contrário do de discriminação, é imprescritível.

¹⁵⁸ Voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424/ RS, p. 106.

¹⁵⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes no HC 82.424/ RS, p. 127.

¹⁶⁰ Voto do Min. Carlos Velloso no HC 82.424/ RS, p. 166.

¹⁶¹ Voto do Min. Carlos Ayres Britto no HC 82.424/ RS, p. 285.

expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”¹⁶².

Mesmo derrotado, é de se destacar o voto do Ministro Marco Aurélio Mello, que declarou ter sido este o julgamento mais importante de que havia participado até então¹⁶³. O entendimento de Mello é, definitivamente, o que mais se aproxima do defendido ao longo deste estudo. Nas mais de 72 (setenta e duas) páginas de seu voto, o Ministro defendeu com veemência a liberdade de manifestação do pensamento do paciente. Na linha do que já fora aqui defendido, entendeu que a liberdade de expressão serve justamente para proteger opiniões discordantes das “politicamente corretas”.

Como já dito alhures, por mais que se concorde que o discurso de ódio não se encontra sob o “manto” de proteção da liberdade de expressão, deve ser esse conceito aplicado de maneira restrita, apenas aos casos em que realmente seja observada a manifestação de ideias ofensivas dirigidas a específicos segmentos sociais com o objetivo de estigmatiza-los. Não foi o caso, como precisamente pontou o Ministro Marco Aurélio Mello: “Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo ‘morte aos judeus’, ‘vamos expulsar estes judeus do País’, ‘peguem as armas e vamos exterminá-los’”¹⁶⁴.

O terceiro caso a ser analisado, que trata especificamente da liberdade de expressão e o discurso humorístico é o da ADI n.º 4.451¹⁶⁵. Em 02 de setembro de 2010 o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, suspender as normas do inciso II, da segunda parte do inciso III e dos §§ 4º e 5º do artigo 45 da Lei Federal n.º 9.504/1997¹⁶⁶.

¹⁶² Trecho da ementa de: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 17 set. 2003. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004.

¹⁶³ Na ocasião, o Ministro já exercia essa função por 13 (treze) anos.

¹⁶⁴ Voto do Min. Marco Aurélio Mello no HC 82.424/ RS, p. 359.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.451. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 02 set. 2010.

¹⁶⁶ Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

(...) II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

Destarte, nota-se que novamente – assim como na ADPF n.º 130 – restou entendido que não deve haver limitação prévia à liberdade de expressão, acrescentando-se nesta ocasião que tal dever de omissão se estende à atividade legislativa, vale dizer, o ordenamento brasileiro não admite censura legislativa.

Demais disso, entendeu-se que o discurso humorístico está abarcado pela liberdade de expressão, especificamente porque compõe as atividades de imprensa. Nesta toada, goza da proteção conferida pela Constituição de 1988, devendo observar, inclusive, os limites por ela impostos, especialmente os deveres de reparação por eventuais excessos, bem como à garantia de eventual direito de resposta ao ofendido.

A situação em questão tratava especificamente da possibilidade de censurar – pela via legislativa – certas manifestações de cunho humorístico em período de eleições. Entretanto, como bem apontado, não se deve confundir período de eleições com período de sítio e, como em outras ocasiões estas manifestações gozam de plena liberdade, não faria sentido restringi-las apenas pela proximidade de eleições, ressalvando-se os casos em que, a pretexto de se fazer humor, se descambe para o campo da propaganda político-partidária, o que ensejaria potencial desequilíbrio no pleito.

A ressalva é importante tendo em vista que é cediço haver no Brasil uma concentração dos meios de comunicação, isto é, poucos grupos empresariais detêm quase todos os veículos de maior abrangência. Desse modo, caso fosse conferida irrestrita liberdade de informação no período eleitoral, mesmo que pela via humorística, não seria difícil imaginar um cenário em que apenas um dos candidatos fosse o alvo – ou apenas um fosse “poupado” – de sátiras, caricaturas, ou outras manifestações jocosas.

Cabe ressaltar, por fim, que ainda não houve decisão definitiva no referido processo, já que o *decisum* a que aqui se faz referência tratou da concessão do pedido liminar.

(...) § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

§ 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (...)

O último caso a ser analisado é o do Recurso Especial n.º 736.015/RJ¹⁶⁷, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 27 de setembro de 2005. Trata-se, a ação originária, de indenizatória ajuizada por Eugênia Cecília Smith Vasconcellos Aragão e outro em face da Editora Pererê Revistas e Livros Ltda., alegando que a publicação da revista humorística “Bundas” teria exposto ao ridículo o nome do pai e do avô das autoras.

Ao contrário dos outros casos, em que se discutiu a possibilidade de restrição prévia à liberdade de expressão – censura –, neste o que esteve em debate foi necessidade (ou não) de reparar danos causados por um eventual excesso no direito à livre expressão. A expressão “Castelo de Bundas”, segundo as autoras, referia-se à propriedade por elas herdada, e a expressão “Barão de Merda”, que consta da reportagem em questão, aludiria ao antepassado destas, o Barão Smith de Vasconcellos, que teria feito fortuna a partir de uma fábrica de papéis higiênicos.

A Ministra Relatora, Nancy Andrighi, observou que as expressões apontadas como injuriosas deveriam ser analisadas no contexto em que se encontravam, qual seja, uma sátira que objetivava apontar os excessos no fenômeno da explosão do interesse público acerca da vida de pessoas públicas. Assim, o exemplo utilizado – “Barão de merda” – não passou de instrumento para atingir o alvo que era o costume social mencionado.

Não houve, assim, um ataque pessoal que ensejasse qualquer reparação, ainda mais, como destaca a relatora, tendo em vista o sentido alegórico empregado, coerente com a finalidade humorística da publicação. Outra questão apontada pelas autoras, a do “nível do humor”, não é tema a ser discutido pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, como nota a relatora, “Não cabe ao STJ (...) dizer se o humor é ‘inteligente’ ou ‘popular’. Tal classificação é, de per si, odiosa, porquanto discrimina a atividade humorística não com base nela mesma (...) levando a crer que todos os produtos culturais destinados à parcela menos culta da população são (...) pejorativos (...) e, só por isso, já dariam ensejo à compensação moral (...)”¹⁶⁸.

De maneira precisa e irretocável, entendeu-se que a crítica por meio de humor tem ampla proteção, não cabendo ao judiciário discutir a “qualidade” do

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 736.015/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 27 set. 2005.

¹⁶⁸ Voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp 736.015/RJ, p. 08.

conteúdo do discurso humorístico, devendo esta tarefa ser desempenhada pelos setores especializados da imprensa. O que é tarefa do poder judiciário é a de observar se houve ou não ofensa aos direitos dos “alvos” das piadas que enseje reparação, seja por indenização, seja por direito de resposta.

O discurso humorístico, como mencionado alhures, deve estar imbuído do *animus jocandi*, e jamais do *animus injuriandi*. Sendo, portanto, discurso humorístico, jamais poderá ser censurado e apenas deve sofrer alguma restrição posterior quando acaba por ofender de maneira grave o “alvo” da piada, ocasião em que a reparação do dano deve ser feita de modo proporcional, evitando que uma indenização exagerada acabe se tornando verdadeira censura disfarçada.

5. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão nem sempre gozou do *status* de direito fundamental. Nesse sentido, o “*Bill of Rights*” (1689) inglês, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789) francesa e o “*U. S. Bill of Rights*” (1791) podem ser considerados marcos importantes para o estabelecimento formal de tal liberdade, mesmo que o texto presente nesses documentos não tenha sido cumprido de maneira integral.

O Brasil teve, no início de sua história constitucional, nítida influência do espírito revolucionário francês ao assegurar a proteção, ainda que tímida se comparada à atual, da liberdade de expressão. A evolução de tal direito fundamental brasileiro seguiu, em certa medida, o “nível” de democracia encontrado, sendo flagrantemente violado em momentos ditatoriais. O trauma da ditadura militar fez com que a Constituição de 1988 tivesse clara influência estadunidense ao proteger de forma ampla e até repetitiva a liberdade de expressão, extirpando qualquer tipo de restrição prévia e limitando restrições posteriores.

Por sua vez, o discurso humorístico sempre esteve presente na humanidade, ou melhor, ao menos desde quando foi possível estabelecer um canal de comunicação entre dois ou mais seres humanos. Ocorre que, por incrível que pareça, nem sempre se pode rir, oficialmente (seja por imposição de governo ou de Igreja), o que nunca significou que em algum momento se parou, efetivamente de rir.

Há diferenças, porém, entre um discurso humorístico proferido em um churrasco de família, em que o emissor sabe exatamente como são os seus ouvintes, e certamente goza de maior liberdade do que um humorista profissional quando conta uma piada em rede nacional, ocasião em que a possibilidade de que ofenda alguém é muito maior.

Entretanto, é essencial entender que o objetivo do discurso humorístico é o de fazer rir, vale dizer, tal discurso está imbuído de *animus jocandi*. Nessa medida, para que possa ser restringido oficialmente (por um ente estatal), conquanto tenha o objetivo de divertir, deve conter ofensa realmente grave a algum grupo ou a alguém específico.

O que se tem visto, infelizmente, em muitos casos, é que o Poder Judiciário tem tomado para si o papel de avaliar o “nível” do humor, punindo piadas por serem grosseiras, popularescas e “de mau-gosto”, e não por conterem ofensa apta a gerar qualquer tipo de restrição (indenização ou mesmo direito de resposta).

O papel de avaliar a “qualidade” do discurso humorístico é apenas e tão-somente de seus destinatários. Cabe aos outros familiares – no caso do “churrasco em família” – ou mesmo à audiência – no caso de programas televisivos – rirem, criticarem, ou então permanecerem calados, evidenciando que o discurso não atingiu seu objetivo, o de fazer rir.

É na sociedade, portanto, que o discurso humorístico pode sofrer as críticas e mesmo o silêncio pertinentes, o que certamente fará com que o emissor relute em repetir o ato. Um humorista que observa um público calado após uma de suas piadas provavelmente não mais a contará, porque não atingiu o seu objetivo. Assim, não só é válido como é também importante que haja reação social quando uma piada é – ao menos para alguns – preconceituosa ou sem graça, já que assim como o emissor deve ter liberdade para proferir o discurso, tem o destinatário ampla liberdade para criticar.

Ao Poder Legislativo cabe a tarefa de jamais limitar a liberdade de expressão, como preceitua a Constituição brasileira; ao Poder Judiciário cabe apenas a tarefa de verificar se outros direitos fundamentais são violados através do discurso, ocasião em que pode ser imposto algum tipo de restrição posterior, na exata medida do dano causado, isto é, não pode servir esse tipo de situação de pretexto para a imposição de restrição abusiva, que acabe tendo caráter censório.

O discurso humorístico deve ser analisado com ainda maior cuidado, já que tem o objetivo de fazer rir, e não de ofender (quando é este o objetivo, já não mais pode ser considerado um discurso humorístico). Importa rememorar que por muitas vezes tal discurso pode ser visto como ofensivo justamente porque trabalha com o bizarro, com o caricato, com o exagerado e deve ser isso levado em conta ao se estabelecer – ou não – qualquer tipo de restrição.

Por todo o exposto, portanto, resta repisada a importância de se proteger a liberdade de expressão – ainda mais se tratando de discurso humorístico – em uma democracia, na qual, como bem aponta Ronald DWORKIN, ninguém tem o direito de não ser insultado.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, M. Humor, esclarecimento e miditadura. In: XIII Encontro Anual da Compós, 2004, São Bernardo do Campo. **Anais do XIII Encontro Anual da Compós**. São Bernardo do Campo: Anais da Compós, 2004, p. 1.

ALEMANHA. **Paulskirschen-Verfassung**, 1849. Disponível em: <<http://www.documentarchiv.de/nzjh/verfdr1848.htm>> Acessado em 05 de abril de 2015.

_____. **Grundgesetz**, 1949. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/grundgesetz>> Acessado em 05 de abril de 2015.

ARANTES, Pedro. **O riso dos outros**. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54>. Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acessado em 20 de maio de 2015.

BERGSON, H. **O Riso**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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 Brasileira de Direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30026>> Acessado em: 15 de fevereiro de 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Princípios da interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93-98.

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

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CRIME. ARTIGO 140 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE INJÚRIA. Os termos proferidos, mormente quando não dirigidos à querelante, não configuram tipo penal, porque ausente elemento subjetivo característico, traduzido pela vontade livre e consciente de injuriar. RECURSO DESPROVIDO. Acórdão em Recurso Crime Nº 71003085933, Turma Recursal Criminal, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 12 set. 2011.

CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar e SARLET, Ingo (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. **O direito de ofender**: sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Revista Brasileira de estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009.

DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**, *The New York Review of Books*, 23 March 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/23/the-right-to-ridicule/>> Acessado em: 21 de fevereiro de 2015.

ESTADOS UNIDOS. **Bill of rights**, 1791. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html> Acessado em 05 de abril de 2015.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FISS, Owen M. **The Supreme Court and the problem of hate speech**. *Capital University Law Review*. Columbus, 1995

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**, 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acessado em 05 de abril de 2015.

GRUDA, Mateus Pranzetti Paul. Uma análise do discurso do humor. *In: Travessias*: Revista eletrônica de pesquisas em educação, cultura, linguagem e artes da Unioeste, n. 11, Paraná, p. 747-760.

HALFELD, Paula Crespo. **A produção do humor na rede social Facebook**. *In: Soletas Revista*, n. 26, 2013.2, UFRJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/soletas/article/view/7319/7896>>. Acessado em: 23 de fevereiro de 2015.

KARPEN, Ulrich. "Freedom of expression.". **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

LINS, Léo. **Notas de um comediante stand-up**. Curitiba: Nossa Cultura, 2009.

MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political freedom**: The constitutional powers of the people, 1960

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. Versão *online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=discurso>> Acessado em: 20 de fevereiro de 2015.

MINOIS, Georges. **História do riso e do escárnio**. Trad.: Maria Elena O. Ortiz Assumpção. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, mai-ago, 2007.

SCHWARTSMAN, Helio. Limites do Humor. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 22 jan. 2015. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/01/1400716-limites-do-humor.shtml>> Acessado em: 19 de fevereiro de 2015.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2 ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988.

Tribunal condena França por censurar livro sobre Mitterrand. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 18 mai. 2004. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u44281.shtml>> Acessado em: 17 de abril de 2015.