



## HUMOR OFENSIVO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA: SÃO COMPATÍVEIS?

### ARE OFFENSIVE HUMOR AND ARTISTIC FREEDOM OF SPEECH ALIGNED?

Nicolas Bortolatto Garcia Costa<sup>1</sup>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0352-2010>

Submissão: 04/02/2026

Aprovação: 23/02/2026

#### RESUMO:

O humor é uma manifestação artística que se enquadra nos limites da liberdade de expressão. Por isso investiga-se quais são alguns dos limites do humor, via normativa e via descritiva com dois casos do STF que exprimem essa dificuldade. Para realizar tal tarefa, foi preciso delimitar a interpretação sobre a liberdade de expressão que o discurso humorístico acarreta; uma possível justificativa para sua interpretação, que foi a de autonomia; para após isto enquadrar o possível dano que este discurso acarreta. Após este percurso, se se analisou a orientação dos tribunais e do STF sobre o assunto e se explicitou os casos “Especial de Natal Porta dos Fundos Netflix” (RCL 38782/RJ) e um dos casos envolvendo o comediante Leo Lins (RCL 60382/SP). Conclui-se que o humor pode ser protegido normativamente e que no plano descritivo há um desacordo entre a jurisprudência dos tribunais com algumas decisões do STF. Assim, a combinar um parâmetro mais explícito da autonomia combinado com a proporcionalidade seria mais preferível para proferir de forma mais livre o humor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Humor. Autonomia. Liberdade de expressão. Liberdade artística. Dano.

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (área de concentração Direito Internacional Público). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bolsista CAPES. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8211275912919393> E-mail: [nicolasbortolatto@gmail.com](mailto:nicolasbortolatto@gmail.com) - Ark:/80372/2596/v17/014

**ABSTRACT:**

The humour is an artistic intervention that falls within the limits of freedom of speech. For this reason, we investigate some limits of humour, both normatively and descriptively, using two cases of Brazilian Supreme Court that expresses this difficulty. To accomplish this task, it was necessary to define the interpretation of freedom of expression that humorous discourse entails; a possible justification for its interpretation, which was that of autonomy; and then to frame the possible damage that this discourse causes. After this review, the guidance of the courts and the STF on the subject was analysed and the cases “Especial de Natal Porta dos Fundos Netflix” (RCL 38782/RJ) and one of the cases involving comedian Leo Lins (RCL 60382/SP) were explained. It can be concluded that humour can be protected normatively and that, on a descriptive level, there is a disagreement between court jurisprudence and some decisions of the STF. Thus, combining a more explicit parameter of autonomy with proportionality would be preferable in order to allow humour to be expressed more freely.

**KEYWORDS:** Humour. Autonomy. Freedom of speech. Artistic freedom. Harm.

## 1. INTRODUÇÃO

O humor é um tipo de manifestação artística que detém proeminência na cultura ocidental contemporânea. É possível ter diversos tipos de intervenções humorísticas, que vão desde espetáculos teatrais, improvisação, comédia do tipo *stand-up*, até programas humorísticos no *YouTube*, *podcasts* e vídeos curtos de comédia em redes sociais na internet. O humor, como tipo de comunicação/discurso gera efeitos na plateia que o assiste<sup>2</sup>. Esses efeitos podem ser positivos e negativos. Um dos efeitos positivos é a satisfação pessoal de indivíduos ou grupos. Alguns dos efeitos negativos podem ser piadas polêmicas, que podem causar um dano na plateia, com piadas preconceituosas – racistas, gordofóbicas, tratando a respeito de crianças hidrocefálicas ou piadas com o nazismo. Principalmente a respeito dos efeitos negativos do discurso humorístico que surgem dúvidas interpretativas. Um discurso

---

<sup>2</sup> Vamos seguir a classificação de Scanlon (2003, p. 84-86) que divide diz que uma teoria da liberdade de expressão está preocupada com certos interesses individuais, que são divididos em três categorias dependendo de como se emite ou recebe o discurso: (i) interesses os quais as pessoas tem ao falar; (ii) interesses daqueles que são expostos a fala; (iii) interesses dos espectadores (*bystanders*), que são pessoas que não estão relacionadas diretamente ao discurso mas podem ser afetadas por ele.

humorístico pode gerar repercussões que reforçam estereótipos e características atribuídas a grupos minoritários, diminuindo o respeito que este grupo tem na sociedade.

Mais especificamente, um exemplo dessa dificuldade interpretativa pode ser representado pelo caso do comediante de *stand-up* Leo Lins, que durante seus shows, apresenta falas polêmicas contra minorias religiosas e sociais. O seu humor é caracterizado como *humor negro*<sup>3</sup>, que é aquele que faz piadas com orientação sexual, cor de pele, origem étnica (como árabes, judeus, entre outros), ou com temas extremamente delicados como o Holocausto produzido pelo nazismo ou características de pessoas com deficiência<sup>4</sup> de diversos tipos, etc. Por conta disto, suas piadas em shows de *stand-up* foram responsabilizadas perante o poder judiciário. E um desses casos envolveu falas a respeito de grupos indígenas, relacionando a utilização de vestimentas indígenas no carnaval com o humor. Leo Lins satirizou grupos pró-indígenas que estavam condenando o uso das vestimentas na celebração festiva aludida. Desta maneira, o comediante fez piada com uma fotografia (que estavam incluídas diversas pessoas) e com a frase “#indionãoéfantasia”. E por isto uma pessoa que estava na fotografia que foi alvo da piada ajuizou uma ação contra ele<sup>5</sup>.

Diante desse caso, é preciso levantar duas considerações para expor a argumentação que conduzirá o artigo. Uma primeira é sobre a possibilidade do humor ser acobertado pela liberdade de expressão, uma vez que primariamente ele é uma manifestação artística, e a segunda retoma a dificuldade interpretativa levantada pelo humor, a aprofundando.

Antes de argumentar sobre as dificuldades interpretativas sobre o limite do humor, surge uma outra dificuldade relacionada a sua interpretação. Como o humor é uma manifestação artística, é preciso primeiro saber se a manifestação artística se encaixa na interpretação da liberdade de expressão. Isto ocorre pois há autores, como Meiklejohn em *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (1948), que consideram que a arte não é acobertada pela liberdade de expressão. Após este autor modifica sua teoria, mas sua citação é para chamar a atenção a dificuldade que permanece de maneira geral, pois dependendo de como a liberdade de expressão é fundamentada, ela pode excluir determinadas atividades de seu escopo. A arte como discurso também apresenta algumas dificuldades, como símbolos

<sup>3</sup> Há um debate sobre a expressão “humor negro” ser adequada. Preferimos manter a expressão como é utilizada no censo comum para evitar neologismos e não se saber como a substituí-la.

<sup>4</sup> Há um debate na literatura acerca da palavra “deficiência” e se ela seria adequada. Há diversos outros termos utilizados na linguagem cotidiana. Para evitar tais polêmicas, a palavra aqui foi utilizada conforme a determinação legal da Lei nº13.146/2015, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

<sup>5</sup> Trata-se da Apelação Cível nº 1008810-25.2020.8.26.0590. Outras ações deste comediante serão citadas e analisadas ao decorrer do texto.

não verbais ou arte representacional (que pode ser humorística). Apesar dessas dificuldades, adotamos que há certas manifestações artísticas como o humor que podem ser consideradas expressão pela sua semelhança, ou por serem vinculadas via discurso (TUSHNET, 2021, p.431-434). Isto ocorrerá por motivos de fundamentação teórica, que será feito no ponto “3.1. Justificativas possíveis para uma liberdade de expressão artística humorística”<sup>6</sup>. Entretanto, vale ressaltar na introdução que a liberdade artística é uma forma de expressão, justamente para possibilitar nossa análise teórica normativa e de alguns casos a seguir.

Ou seja, relacionando-se com a temática principal da introdução (que é problematizar os limites do humor), caracterizar os limites da liberdade artística (mais notadamente o humor) envolve lidar com o direito fundamental da liberdade de expressão.

Desta maneira, uma das grandes dificuldades da liberdade de expressão, segundo Thomas Scanlon, é conseguir atingir uma classificação daquilo que é protegido, e por isso, pode ser falado ou realizado, daquilo que constitui uma classe de atos/expressões<sup>7</sup> não protegidas (2003, p.6-7). E além disso, combinado à uma classe de atos que devem ser protegidas, é preciso delimitar também decidir e justificar certos limites desse direito (SCANLON, 2003, p.84). Inclusive, surge uma outra dificuldade a respeito da determinação daquilo que é dano. O dano pode ser conectado ou não com uma responsabilização jurídica, nesse sentido, podendo proteger ou não o emissor da mensagem. Essa discussão é importante pois também tem efeitos práticos. Os juízes, que vão decidir os casos, necessitam de uma formulação e uma teoria que justifique essa mesma proteção ou não proteção da liberdade de expressão.

Assim, se o humor é uma expressão/fala, caracterizá-lo e determinar seus limites é parte de um dos capítulos da liberdade de expressão. E isto envolve dizer o que é a liberdade de expressão, assim como seus limites, no caso do humor, e a relação do dano/ofensa causado e se este dano/ofensa pode ser um limite para a liberdade de expressão.

Desta forma, em outros termos, a relação entre liberdade de expressão e humor envolve: (i) determinar como este direito será interpretado; (ii) o que é liberdade de expressão artística com fins humorísticos; (iii) quais são os limites do humor (e se um dano ocasionado por uma ofensa é um limite aceitável e passível de responsabilização jurídica); (iv) após esses passos, delimitar os argumentos das cortes e sua orientação jurisprudencial. Logo, este artigo visa esclarecer melhor estas questões via uma resposta dupla, que é normativa e descritiva.

---

<sup>6</sup> Para o humor ser considerado liberdade de expressão é preciso adotar uma justificativa baseada na autonomia (ou categorizar alguns interesses, com foco na autonomia), e não na capacidade de se expressar em uma democracia. Mais uma vez, isso será aprofundado adiante.

<sup>7</sup> Este autor rejeita a distinção entre palavras e ações para sugerir uma nova classificação: (SCANLON, 2003, p.13-14).

Nesse sentido, para responder essas indagações há dois tipos de resposta, que por vezes se misturam, que são a resposta normativa (de teoria) e a feita pelas Cortes do Poder Judiciário.

Nos termos de Frederick Schauer, há o lado normativo e o lado descritivo da questão. O lado descritivo consiste em identificar as diferenças entre expressão e atividades não acobertadas pelo texto constitucional. Por sua vez, o lado normativo lida com a questão de se a diferença acima é necessária para uma teoria subjacente ao texto constitucional (SCHAUER, 1983, p. 1289).

Os parâmetros ou argumentos das cortes constituem a parte descritiva do trabalho, ao passo que o lado normativo visa encontrar justificativas teóricas de interpretação constitucional das regras da liberdade de expressão. Este debate surge na interpretação da liberdade de expressão, pois diferentemente de leis de trânsito ou regras de direito tributário sobre como tributar alguém<sup>8</sup>, há um modo diverso de interpretá-la, que deve levar em conta valores morais. Por isto, mesmo que sucintamente, haverá uma discussão sobre as justificativas da liberdade de expressão. Mas por outro lado, seria preciso delimitar os argumentos que estão sendo utilizados pelas Cortes Constitucionais, e como eles utilizam os argumentos normativos<sup>9</sup>. Assim, é também objetivo mapear os principais argumentos das Cortes em referência a possibilidade de proteção do humorista ou não (acobertado pelo direito de liberdade de expressão). Neste sentido, este tipo de abordagem é coerente com como Schauer entende a interpretação<sup>10</sup> da liberdade de expressão, transitando entre duas vias, uma da teoria política mais abstrata e outra calcada na interpretação constitucional (SCHAUER, 1983, p.1305)<sup>11</sup>:

*A tarefa das cortes, em uma tentativa de interpretar provisões constitucionais indeterminadas e moralmente carregadas – liberdade de expressão, proteção igual, punição cruel e atípica, etc – é desenvolver uma teoria dessas normas, uma teoria que será*

<sup>8</sup> De todo modo, a justificativa do porquê taxar alguém gera debates normativos de filosofia política. Entretanto, o exemplo aludido faz referência à aplicação da regra, que tem seus meandros e tem uma interpretação por vezes diversa de regras como a liberdade de expressão.

<sup>9</sup> Estes argumentos das cortes, diferentemente da academia, não tem uma natureza de investigação até as consequências, mas sim mais pragmática.

<sup>10</sup> Aqui assume-se que os argumentos justificatórios e o trabalho das cortes são ambos importantes para análise deste direito fundamental. Há outros tópicos de interpretação que serão detalhados mais adiante.

<sup>11</sup> No original: “the task of the courts, in attempting to interpret the open-ended and morally loaded constitutional provisions – freedom of speech, equal protection, cruel and unusual punishment, and so on – is to develop a theory of these clauses, a theory that will be significantly philosophical but will include a large dose of precedent”.

*significativamente filosófica mas incluirá uma dose generosa de precedentes.*

Mesmo que os argumentos da Cortes não sejam os mais refinados possíveis do ponto de vista acadêmico (pois este não é o propósito e função da Corte), há uma utilização de argumentos de filosofia política, mesmo que de maneira mais sucinta, para embasar algumas decisões, em conjunto com técnicas diversas de interpretação. Conseqüentemente, em vistas de desenvolver o desafio apontado sobre os limites do humor, o texto será dividido em três partes argumentativas, em consonância com as perguntas levantadas acima: (i) delimitar como o direito de liberdade de expressão é interpretado; (ii) quais são as possíveis justificativas para uma liberdade de expressão artística (humorística) e suas repercussões acerca do dano que o discurso humorístico acarreta; (iii) levantar algumas decisões judiciais da Corte Constitucional Brasileira, analisando seus argumentos para uma possível proteção da liberdade de expressão artística (humorística).

## **2. INTERPRETAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: *CONCEPT, CONCEPTIONS* E ARGUMENTOS CONTROVERSOS**

Antes de adentrar no ponto das justificativas filosóficas acerca do que pode ser dito (ou não dito), é importante ressaltar como interpretar o direito fundamental de liberdade de expressão.

Essa dificuldade é latente, pois os textos das mais diversas Constituições são normas gerais sem algum detalhamento. A Constituição Brasileira de 1988 é um exemplo disso. As normas contidas no art. 5 IV, V, VI, VIII, IX, X, e XIV, além do art.220, art.221 pouco dizem como julgá-la ou interpretá-la. De maneira geral, é dito que as pessoas são livres para expressar suas opiniões sem sofrer censura, salvo anonimato. Outros exemplos, como a Constituição Federal da Alemanha de 1949 também dizem pouco, e são muito enxutas. As pessoas têm o direito de livre exercer sua opinião, sem censura e com limites em disposições como a proteção da juventude e o direito de honra pessoal, entre outras<sup>12</sup>. Uma outra

<sup>12</sup> Em 2017 foi aprovada a *NetzDG - Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)*, lei infraconstitucional que estabelece diversas previsões acerca de discurso de ódio nas redes sociais. Ali, o provedor do serviço (a rede social) é obrigado a estabelecer regras para remoção de discurso de ódio. Esta pode ser uma das leis que estabelecem algum tipo de detalhamento. Mesmo assim, casos como a liberdade artística e pornografia foram objeto de decisões da Corte Constitucional Alemã, evidenciando o caráter interpretativo desse direito fundamental.

Constituição que não oferece respostas interpretativas é a dos Estados Unidos, que detém uma norma geral, passível de ser interpretada pela Corte Constitucional. Já no Canadá, país que tem um regime misto de constitucionalismo, por meio do *Constitution Act* de 1982<sup>13</sup> ratificou a *The Canadian Chart of rights and freedoms*, que entrou em vigência em 1984, também estabelece poucas providências, apesar dessa Carta dizer no seu começo que nenhum direito é absoluto, e com isto detendo uma maior limitação do direito de liberdade de expressão, a exemplo da legislação sobre propaganda infantil, que é proibida naquele país. Inclusive agora em 2024 foi ratificada uma legislação sobre discursos de ódio. De qualquer forma, a Carta inicialmente apenas estabelece que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão.

Com estes exemplos constitucionais, alguns mais detalhados e outros um pouco menos, com normas mais gerais e abstratas, como interpretar a liberdade de expressão? Neste debate surgem posições que tentam separar argumentos de filosofia política de argumentos que são propriamente do poder judiciário, como alguns tipos de mecanismos de interpretação (BARENDT, 2005, p.2).

E dentre essas hipóteses está um primeiro tipo de abordagem que é utilizar a interpretação literal da Constituição. Este tipo de interpretação pode funcionar para direitos que não são morais ou provisões como leis de trânsito. Esta teoria se pauta por uma “crença de que o próprio *texto* encerra em si todo o conteúdo e o significado de uma norma, esgotando todo o seu sentido” (SILVA, 2009, p.6). Este tipo de interpretação, surgiu a partir do Código Civil Napoleônico, e procurou oferecer o máximo de neutralidade e objetividade para o intérprete da lei, separando a lei de tradição e costumes. Só que, quando o texto diz que protege a liberdade de expressão ou que o Congresso não pode legislar nenhuma lei sobre liberdade de expressão, tal provisão não fornece nenhuma pista de como interpretar, assim como não esclarece o sentido dessas palavras que estão no texto. Este tipo de interpretação não oferece respostas para novas expressões que inicialmente não estariam protegidas pelo direito de liberdade de expressão. Além disso, torna o juiz como aquele que não há ato de vontade e construção na sua decisão, uma vez que propõe que uma lei necessite ser

---

<sup>13</sup> O regime do Canadá é misto pois apesar de haver um primeiro-ministro, que possui prerrogativas equivalentes à um presidente, seu regime político é uma monarquia parlamentar, tendo como monarca o Rei/Rainha da Casa Inglesa (uma vez que o Canadá faz parte da *Commonwealth* britânica). O *Constitution Act* de 1982 pôs fim a dependência parlamentar do Canadá ao parlamento britânico, assegurando soberania parlamentar. Apesar disso, o país apresenta um passado de acordo mais ou menos implícito da sua independência em relação à Coroa Britânica. Ao contrário dos EUA, que fizeram uma Revolução para assegurar sua independência, o Canadá teve sua independência garantido por meio de um processo longo e pacífico.

interpretada como fatos. Nesse sentido, é uma interpretação monista<sup>14</sup>, atribuindo um único sentido inequívoco às normas (SILVA, 2009, p.6-11). Esse tipo de interpretação tampouco auxilia interpretar a liberdade de expressão artística, uma vez que esta comporta diversas possibilidades que não se enquadram como uma expressão, ou ainda, novos tipos de arte que surgem que não tem uma relação prévia anterior com as provisões do texto.

Logo, uma outra possibilidade seria a interpretação originalista. O sentido do texto é determinado por “o que os constituintes da constituição pretenderam” (BARENDT, 2005, p.2). Isto é, “uma interpretação da Constituição que procure levar em conta a intenção original dos constituintes para só então, e com base nisso, atribuir sentido ao texto” (SILVA, 2009, p.12). Esta interpretação foi defendida por Juizes da Suprema Corte como Antonin Scalia e Clarence Thomas. Só que esta interpretação também pode ser considerada monista ao atribuir um sentido único ao texto. Esta interpretação ignora a possibilidade dos constituintes sofrerem alterações em seu entendimento sobre alguma questão ao longo do tempo. E também ignoram a possibilidade que uma norma não era consensual, mas objeto de um profundo desacordo entre os constituintes (SILVA, 2009, p.12-21). Neste tipo de interpretação é impossível conciliar o entendimento dos constituintes à ação do espaço-tempo, tal como eles regulariam a mídia de telecomunicações (BARENDT, 2005, p. 3) ou a desinformação causada agentes nas redes sociais. Além da comédia, que em novos formatos fogem ao escopo do que os constituintes poderiam ter dito. A interpretação originalista exclui formas mais contemporâneas de humor, como o *stand-up*, além de novas formas de humor feito com as redes sociais, uma vez que atribui o significado da liberdade de expressão como aquela fruto das discussões dos constituintes. Uma interpretação deste tipo poderia até desconsiderar a contribuição de intervenções artísticas como parte da liberdade de expressão, sendo problemática.

Sendo excluídas as vias literalista e originalista, temos uma terceira hipótese de interpretação. E este parâmetro é a via interpretativa, que conecta o direito de liberdade de expressão com valores morais substantivos. A natureza deste direito, seguindo Dworkin neste sentido, confunde argumentos filosóficos com argumentos constitucionais. Dworkin contrapõe a sua interpretação de direitos morais substantivos – como a liberdade de expressão – com o “monismo” em textos mais iniciais de *Taking Rights Seriously* [*Levando os Direitos à Sério*] (DWORKIN, 2010). Precisamos justificar a escolha desse exemplo para tratar esse

---

<sup>14</sup> Uma interpretação monista é aquela que procura atribuir um sentido único ao texto constitucional, ignorando outras possibilidades ou controvérsias interpretativas. Tais interpretações surgem para diminuir a margem de incerteza de aplicação da norma, mas acabam por restringir o texto a um sentido único, sendo reducionistas.

aspecto do interpretativismo que ajuda a clarificar a interpretação da liberdade de expressão em si. Em textos posteriores, como *Law's Empire* [Império do Direito] (DWORKIN, 1999) e *Freedom's Law* [O direito da liberdade] (DWORKIN, 2019), Dworkin desenvolve os chamados direitos morais conectando outros pontos de sua teoria, realizando uma crítica do positivismo no caso de *Law's Empire* e do modelo majoritário de democracia e sua interpretação do *judicial review* em *Freedom's Law*. Apesar de Dworkin inserir outras teses nestes livros posteriores, como a tese do *agulhão semântico*, *Juiz Hércules*, entre outros elementos que são importantes, assim como em *Freedom's Law* uma leitura moral da constituição feita de maneira geral que realiza o trabalho interpretativo de discutir os principais argumentos de uma regra abstrata para após isto decidir a melhor interpretação, levando em consideração decisões judiciais passadas e a exigência de integridade<sup>15</sup>, escolhemos esse outro exemplo em *Taking Rights Seriously*. Isto se deve ao fato de que, apesar de que estes outros elementos de Dworkin serem importantes, neste exemplo se ilustra melhor um combate feito por Dworkin na década de 70, que é justamente este de restringir a interpretação judicial com base em argumentos morais com base em uma estratégia conservadora literalista ou originalista, que Dworkin chama de “monismo”. A partir dessa crítica é possível adotar a posição de Dworkin que é favorável à uma interpretação mais ampla e a favor de justificativas filosóficas para interpretar direitos morais (e no nosso caso, a liberdade de expressão). Ali Dworkin utiliza-se de um exemplo para combater o “monismo” ou a “teoria Nixon”.

O interpretativismo busca superar as dificuldades encontradas por uma interpretação constitucional que restringe o significado dos textos. Segundo Dworkin, este tipo de teoria, apelidada de “teoria Nixon” estabelece que a interpretação de direitos básicos como foram feitos pela Corte Warren (1953-1969) necessitam ser contidos pois não era sua função interpretar direitos. Esta “teoria Nixon”, em busca de uma objetividade, buscou argumentar que era preciso restringir a interpretação com juízes literalistas ou originalistas. Para combater essa visão, Dworkin propõe a distinção entre conceito e concepção em seus escritos mais iniciais<sup>16</sup>. Dworkin explica isto com um exemplo dos pais educando os filhos.

---

<sup>15</sup> Dworkin ao apresentar a leitura moral da constituição, diz que esta teoria geral de interpretação pode ser destacada de aspectos mais substantivos de sua teoria, como a *resposta certa*, *agulhão semântico*, entre outros elementos (DWORKIN, 2019, p.11). Há intérpretes como Macedo Jr. (2013, p.45-46) e Bassham (1997) que acham que isto não é possível. Para uma análise sobre este problema, conferir Costa (2025, p.27-42).

<sup>16</sup> A distinção entre conceito e concepção é inicialmente formulada por Gallie em *Essentially contested concepts* (1956). E em termos gerais o que Gallie propõe é que certos conceitos, longe de terem uma concordância implícita dentre os participantes daquela comunidade entre qual seria seu significado, está sempre aberto a interpretações concorrentes entre si. Assim, em relação a conceitos contestados, dentre os participantes (falantes)

Assim, em questões controversas como a justiça, caso alguém queira ensinar para seu filho o que é justo ou injusto, ele pode, a partir de um conceito geral de justiça estabelecer que teoria (concepção) será aplicada em cada caso ou não (DWORKIN, 2010, p.205-215). Em suas palavras (DWORKIN, 2010, p.213)<sup>17</sup>,

*quando recorro ao conceito de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça, e não atribuo nenhuma importância especial a meus pontos de vista sobre a questão. Quando formulo uma concepção de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça, e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral; quando formulo minha concepção de justiça, tento respondê-la.*

Assim, neste tipo de exemplo dos pais ensinando a atitude mais justa para o filho, ele pode detalhar uma interpretação especial do conceito de justiça mais geral, e isto é a concepção específica deste pai. Com isto, o pai necessitará justificar um conceito controverso que possui algumas posições. Isto impacta na forma como pode-se interpretar direitos, pois, diferentemente da posição literalista ou originalista que são demasiada estreitas, esta distinção supõe que os conceitos necessitam ser interpretados para receber uma justificação mais precisa para embasar o direito.

Nesse sentido, esta abordagem supõe que as regras são controversas, que necessitam recorrer à valores morais substantivos mais gerais para se construir uma posição mais específica sobre a mesma. Isto vale para a liberdade de expressão, que apresenta diversas

---

de uma comunidade, cada punhado de pessoas atribuem a determinados elementos algumas características essenciais, que são justificadas de tempos em tempos. Gallie reforça que nem todas as palavras são assim. Dentre tais conceitos contestados inclui-se a democracia, por exemplo, que dependendo de sua descrição pode apelar à valores de igualdade, a qualidade de eleições periódicas e regulares, etc.. Cada conjunto de considerações avaliativas é uma concepção sobre determinado conceito (GALLIE, 1956, p.167-187). Dworkin se apropria dessa distinção (2010, p.161) para, após alguns anos, incorporá-la em sua teoria interpretativista, que, além dessa distinção, possui: um estágio pré-interpretativo, um interpretativo e um estágio pós-interpretativo. A distinção entre conceito e concepção é utilizada nos três estágios, porém, Dworkin adiciona outros elementos, diferenciando sua análise da de Gallie, como a “resposta certa”, que é uma definição sobre procurar a melhor prática interpretativa que descreve o conceito. Além disso, Dworkin se utiliza do interpretativismo principalmente para descrever a prática jurídica (MORBACH, 2019, p.120-123). Além disso, o seu interpretativismo buscar superar a distinção de direito e moral e integrar os dois domínios, algo que não está presente em Gallie.

<sup>17</sup> Dworkin também expõe esta distinção em Dworkin (1999, p.70-76), e neste texto, como parte de sua teoria interpretativista mais ampla.

teorias acerca de sua justificação, escopo e limites. Tais teorias serão mais detalhadas na próxima seção. De qualquer maneira, é preciso ressaltar que a liberdade de expressão está ligada a algum conceito de justiça.

Esta posição não é apenas de Dworkin, um crítico do positivismo de maneira geral. Há outros intérpretes da liberdade de expressão, como Geoffrey Stone, que ressaltam que a reflexão sobre a liberdade de expressão, pelo menos nos Estados Unidos, surgiu no início do século XX, com as primeiras tentativas de justificação normativa da mesma. Para este autor também é preciso justificar o que a liberdade de expressão é, recorrendo a valores morais. Este intérprete cita a decisão *Schenck vs. United States* (1919)<sup>18</sup> em que o Juiz da Suprema Corte Estadounidense Oliver Wendell Holmes inovou ao argumentar que não é possível restringir ou alargar a liberdade de expressão sem dizer o que ela é. Foi a partir do exemplo de alguém gritar fogo em um teatro lotado que começou a se questionar o que é esse direito e seus limites (STONE, 2008, p.274). Isto significa que a “primeira etapa necessária da análise da livre expressão exige algum tipo de investigação conceitual que está ligada a algum conceito de justiça, e seu significado, portanto, também está ligado a uma rede de conceitos morais e crenças políticas” (MACEDO JR., 2020, p.144).

Apenas esclarecendo esta abordagem, isto não se trata de dizer que os juízes devem decidir casos difíceis (como é o da liberdade de expressão) apenas tendo como base o argumento filosófico abstrato (BARENDT, 2005, p. 4). Isto é, esclarece Barendt, que os juízes não precisam procurar o melhor e mais perfeito argumento, como é feito na academia, mas é preciso que eles ofereçam o melhor que podem, uma vez que o objetivo é outro (resolver o caso) (BARENDT, 2005, p. 5). Desta maneira, a recorrência a valores abstratos é preciso para esclarecer as justificativas da liberdade de expressão, que muitas vezes é mesclado com questões constitucionais. Em decorrência dessa abordagem, distinguimos entre dois planos de análise, que se relacionam, mas ao mesmo tempo são distintos: o normativo, que é palco de análises principalmente acadêmicas, e a possível aplicação (ou não) dessas questões gerais à um plano fático, decidido pelos juízes reais.

Logo, é preciso analisar algumas justificativas da liberdade de expressão que possam servir como parâmetro normativo. Após isto analisa-se as decisões do Supremo Tribunal Federal, que constituem a parte descritiva deste artigo. Após a apresentação da parte descritiva se fará uma crítica dessas decisões, que poderiam incorporar alguns argumentos normativos para embasar a liberdade de expressão artística.

---

<sup>18</sup> Trata-se do caso, segundo a citação da Corte de Justiça dos EUA: *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

### 3. JUSTIFICATIVAS FILOSÓFICAS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO (HUMOR OFENSIVO?)

#### 3.1. JUSTIFICATIVAS POSSÍVEIS PARA UMA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA HUMORÍSTICA

Há diversas justificativas aceitáveis para a liberdade de expressão. Contudo, conforme assinala BeVier (1978), as justificativas, principalmente a democrática e a teoria da verdade, focaram quase que exclusivamente no aspecto político da liberdade de expressão. E isto, pelo menos para os fins de delimitar como o humor é acobertado pela liberdade de expressão não é suficiente. Isto ocorre principalmente pelo caráter não político do humor, que pode ser consumido em locais restritos (como casa de shows) ou nas redes sociais. Seria necessário encontrar outra justificativa viável que consiga explicitar o caráter não político da liberdade de expressão, principalmente na liberdade artística. Além disso, há também o desafio peculiar de delimitar a liberdade artística e essa modalidade de expressão, por consequência, proteger piadas ofensivas. Uma vez que há certos casos de arte que nem são expressões em si. Desta maneira, há duas questões a serem delimitadas: uma a respeito da justificativa viável da liberdade de expressão, e outra, a respeito do debate envolvendo o que é liberdade artística e seus limites. Porém, primeiro, é preciso explicitar estas outras duas teorias de liberdade de expressão não fornecem um arcabouço necessário para delimitar os limites da liberdade artística.

A teoria da verdade, em primeiro lugar, é um dos aspectos da defesa da liberdade de expressão fornecida por John Stuart Mill. Nela, Mill estava principalmente preocupado com os abusos do governo perpetuados em sua época<sup>19</sup>. Sua teoria da liberdade de expressão tem como escopo delimitar um espaço para que opiniões possam ser veiculadas sem sofrer opressão pelo Estado. Em seus termos o tema do seu ensaio *Sobre a liberdade* (2016) é sobre a liberdade civil ou social, nos termos a delimitar “a natureza e os limites do poder legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo” (MILL, 2016, p.27). Seu objetivo é fornecer um espaço para o desenvolvimento da sociedade como um todo. E por isto que nenhuma opinião pode ser suprimida. Inclusive as falsas. Pois o ser humano é falho e com isto jamais pode cravar certeza absoluta. Quem impede o processo de auto-determinação das

<sup>19</sup> A teoria da liberdade de expressão de Mill é complexa e não procura unicamente valorizar o desenvolvimento de um espaço público mais verdadeiro a longo prazo. É importante ter essa distinção em mente, pois discutiremos principalmente o aspecto da teoria de Mill que valoriza mais a melhora da esfera pública a longo prazo, que pode estar em desacordo com o humor, que é lacunoso e tem vários interesses.

peçoas (no caso o governo) toma uma decisão errada, necessitando procurar outras alternativas decisórias. Assim, segundo Mill, seria preciso fornecer ao ambiente público um espaço para que as peçoas deliberem sobre os assuntos em mais ampla liberdade, não suprimindo as opiniões. Neste sentido, segundo Scanlon, ao haver em Mill o argumento de fomentar um ambiente público mais favorável aos cidadãos expressarem suas opiniões, a ênfase deste filósofo inglês em partes recai nos interesses de garantir uma plateia mais informada, e apenas de maneira secundária na possibilidade do indivíduo se expressar (2003, p.93)<sup>20</sup>:

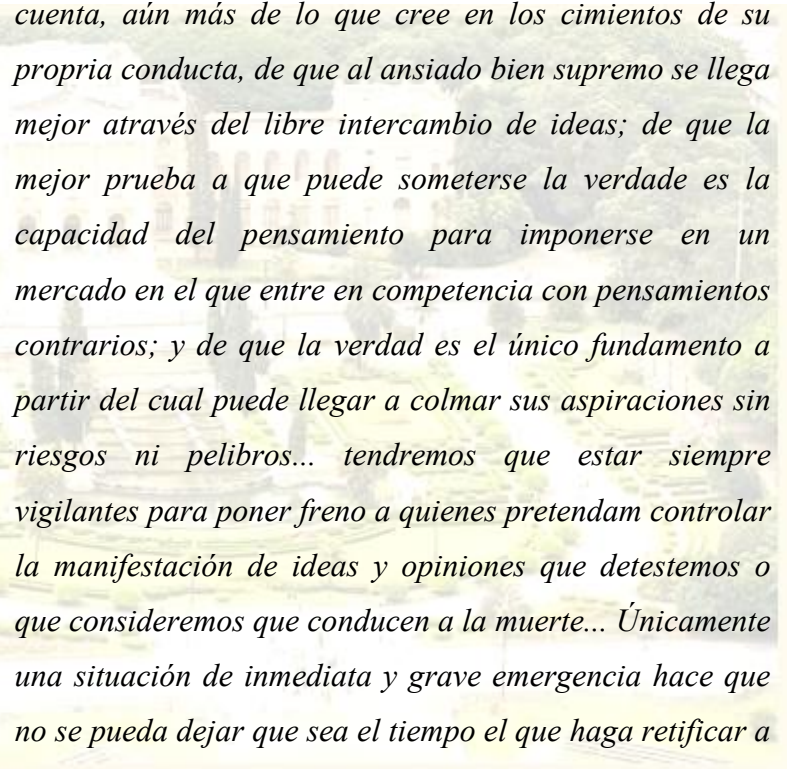
*Embora “liberdade de expressão” parece se referir a um direito dos participantes não serem reprimidos de se expressarem, defesas teóricas da liberdade de expressão estariam preocupadas principalmente com interesses das audiências e, em um menor grau, dos expectadores (bystanders). Isso é verdade, por exemplo, na famosa defesa de Mill em Sobre a liberdade, que argumenta que uma política de não interferência com expressão é preferível a uma política de censura por dois motivos: primeiro, é mais provável promover a propagação de crenças verdadeiras, e, segundo se contribui para o bem-estar da sociedade ao fomentar o desenvolvimento de melhores (mais independentes e questionadores) indivíduos.*

Apesar de Mill ressaltar que há um interesse dos cidadãos se tornarem mais críticos e se desenvolverem intelectualmente, há uma ênfase em partes em subordinar esse interesse ao desenvolvimento do bem-estar da sociedade como um todo. Desta maneira, estaria conectado o desenvolvimento da capacidade crítica dos cidadãos ao fomento do bem-estar, que seria protegido ao restringir que haja uma censura estatal na maior parte dos casos de liberdade de expressão.

---

<sup>20</sup> “Although ‘freedom of expression’ seems to refer to a right of participantes not to be prevented from expressing themselves, theoretic defenses of freedom of expression have been concerned chiefly with the interests of audiences and, to a lesser extent, those of bystanders. This is true, for example, of Mill’s famous defense in *On Liberty*, which argues that a policy of noninterference with expression is preferable to a policy of censorship on two grounds: first, it is more likely to promote the spread of true beliefs and, second, it contributes to the well-being of society by fostering the development of better (more independent and inquiring) individuals”.

Podemos observar esse raciocínio em uma teoria que segue de certa forma alguns dos passos da teoria de Mill, principalmente o aspecto da melhora da sociedade a longo prazo. Este argumento foi desenvolvido uns 60 anos depois, pelo Juiz da Suprema Corte estadunidense Oliver Wendell Holmes. Holmes foi o responsável por cunhar a famosa frase de que a liberdade de expressão deve ser fomentada para assegurar um amplo “mercado de ideias”<sup>21</sup>. Carbonell coteja este trecho o qual Holmes argumenta sobre o mercado de ideias (CARBONELL, 2010, p.77-78):



*Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor através del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdade es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni pelibros... tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendam controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte... Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga retificar a quienes incitan el mal.*

Esta argumentação tem consequências importantes, que se alinham a alguns dos propósitos utilitários de Mill, que é a melhora da humanidade como um todo<sup>22</sup>. As opiniões falsas não deveriam ser suprimidas, mas este processo, no final, levaria a um melhor

<sup>21</sup> O caso onde este termo foi utilizado pela primeira vez foi: *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 626 (1919).

<sup>22</sup> Conforme Scanlon (2003, p.93-94) explicita, é importante fazer uma distinção aqui. Apesar de Mill ter alguns dos seus propósitos alinhados ao utilitarismo, seus argumentos sobre a liberdade de expressão não enfocam em uma teoria do balanceamento em relação aos diversos bens que entram em consideração ao se sopesar os argumentos sobre proteção ou não da liberdade de expressão. A sua teoria versa mais sobre a teoria da verdade e sobre o crescimento individual.

estado de coisas. O único limite imposto aos cidadãos seria o princípio do dano, que é um limite imposto por Mill (que por sinal, Holmes não formula ou se aproveita desse argumento milliano). Este princípio, de maneira geral, impõe que não se faça dano aos outros ao exercer sua individualidade.

Desta maneira, esta teoria poderia ser criticada principalmente por sua pretensão de que em um futuro mais maduro se atingiria uma melhora no estado de coisas<sup>23</sup>. Ao garantir um ambiente mais livre para as pessoas se expressarem, não é possível induzir que este ambiente haverá mais pessoas com opiniões mais verdadeiras no futuro<sup>24</sup>. Isto ocorre pois há também nos fatores decisões irracionais ou opiniões ruins que são também levadas em conta em uma decisão de um indivíduo. O mero decurso do tempo com a ideia verdadeira não assegura uma preponderância da opinião correta (COSTA-NETO, 2014, p.30-31). Inclusive uma não regulação do ambiente público, em vistas de um indivíduo poder melhor se determinar (assegurando limites com o princípio do dano), atualmente encontra-se problemática. Pois um dos novos desafios da liberdade de expressão é aquele concernente às redes sociais. A desinformação é vista como um dos grandes inimigos atuais da democracia (ALVIM; ZILIO; CARVALHO, 2023). Além disso, essa teoria, com preocupações acerca da melhora do estado de coisas, está preocupada com a liberdade de expressão no contexto político principalmente. E piadas e a expressão humorística usualmente não são sobre questões políticas (por mais que haja humor político). O humor tem uma característica de ser lacunoso e aberto a vários significados, que podem não ser o político propriamente.

Em segundo lugar há a teoria democrática. Esta teoria é uma teoria do tipo instrumentalista que tem como objetivo que a liberdade de expressão seja promovida a fins de se garantir a participação de todos na esfera pública, para se deliberar democraticamente. O objetivo é garantir o máximo de participação, para que o debate seja “aberto, desinibido e robusto”, nas palavras do *justice* Brennan em *New York Times vs. Sullivan* (1964)<sup>25</sup>. É melhor defender a liberdade de expressão para aperfeiçoamento da democracia. Inclusive, Owen Fiss (1998) condena decisões que não garantem a efetiva participação dos cidadãos na sociedade,

<sup>23</sup> Apesar disto, a presunção de falibilidade é justamente não considerar que se está sempre certo, e com isto, abrir espaço para opiniões falsas ou desagradáveis, inclusive, aos propósitos do artigo, para discursos humorísticos ofensivos.

<sup>24</sup> Entretanto, entende-se que, um ambiente que garante o direito a liberdade de expressão, onde as pessoas possam se auto-determinar, é uma das condições para uma sociedade justa. Isto é, um ambiente com uma forte censura estatal não contribui para a autonomia dos indivíduos (seja esta autonomia considerada errada ou certa por alguns). O ponto aqui é o direito em si, e não possíveis consequências advindas dele. Tal indagação fugiria ao escopo do artigo, mas poderia se questionar se um indivíduo em uma sociedade como a norte-coreana, que sofre ingerência do governo em todas as esferas da vida, poderia ser considerado livre. Acredita-se que não.

<sup>25</sup> Caso da Suprema Corte dos EUA: *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

como aquela que proíbe protestos em locais privados como *shopping centers*. A crítica da teoria democrática é contra a teoria clássica do chamado *streetcorner speaker*, aquele indivíduo, que protesta sob uma *soapbox* (caixa de sabão) em um local público. Esta teoria também se importa com o impacto do dinheiro sob a liberdade de expressão, propondo regulação para garantir um debate mais efetivo, inserindo pessoas marginalizadas que não tem voz na esfera pública (FISS, 1998, p.14).

Tal teoria também é defendida por um autor clássico, Meiklejohn (1948). Para este autor, a defesa da Primeira Emenda da Constituição dos EUA representa um compromisso do povo com o auto-governo, sendo que o auto-governo é relacionado à responsabilidade do povo se governar, oposto a uma tirania (MEIKLEJOHN, 1948). O ponto central é justamente expor os cidadãos aos mais variados pontos de vista, para que estes fiquem mais informados politicamente (BARENDT, 2007, p.18-19), podendo se autogovernar de uma maneira mais autêntica. Apenas após os cidadãos estarem expostos a diversas opiniões, mesmo aquelas que são injustas ou perigosas, é que eles poderão julgar aquilo que é mais justo ou não (COSTA, 2025, p.67). Desta maneira, a preocupação democrática é primordialmente com a expressão política, feita no debate público.

Esta teoria tem sido criticada por não considerar a arte, literatura, humor e pornografia, pelo menos em sua primeira versão de Meiklejohn ou abstratamente pelos outros autores citados. Esses tipos de discursos não têm valor para democracia ou até para a questão da verdade, mas não é por isso que não devam ser levados em consideração ao analisar a liberdade de expressão. Até em relação a arte, por exemplo, ela não foi considerada na teoria clássica de Meiklejohn (1948), mas ela indiretamente contribui para o aperfeiçoamento da democracia. Isto fez a exemplo de Meiklejohn reformular a sua teoria, incluindo a arte e a literatura como protegidas pela liberdade de expressão (TUSHNET, 2021, p. 431). De qualquer forma inicialmente estas formas de expressão não eram consideradas nesta teoria, provocando questionamentos. Além disso, surgem questionamento pois por outro lado, as piadas possuem diversos tipos de significado, não contribuindo sempre para a democracia. É apenas resgatar as piadas do comediante Leo Lins, na introdução deste texto. Acreditamos que nenhuma melhora da sociedade está sendo promovida ali, apenas uma piada com o intuito de ser ofensiva e fazer os outros rirem.

Pode-se apresentar uma saída teórica, que tem dois desdobramentos<sup>26</sup>: (i) autonomia e teste da proporcionalidade; (ii.1) autonomia como estado mental; (ii.2) autonomia como autoexpressão. Um dos possíveis desenvolvimentos da teoria forte de (ii.1) é proteger aquilo que é essencial para liberdade de expressão por meio de interesses humanos fundamentais<sup>27</sup>. Estas justificativas conseguem por vezes encaixar a expressão artística como parte da liberdade de expressão pois não se limitam a valorizar primordialmente aspectos reativos de como os interesses da sociedade/platéia<sup>28</sup> serão melhorados a longo prazo. Assim, ao contrário das duas teorias anteriores, teorias da autonomia (e por consequência, de interesses humanos) tem um foco maior na capacidade que um indivíduo tem em se expressar. Apresentaremos duas teorias da autonomia, uma elaborada por Thomas Scanlon, que protege a autonomia contra a possibilidade de falseabilidade por parte do governo; e uma segunda, de Edwin Baker, que relaciona a autonomia com a auto-expressão, oferecendo um “escudo” contra interferências arbitrárias do governo nessa auto-expressão.

Em primeiro lugar, uma saída teórica é procurar fundamentar a liberdade de expressão artística na autonomia, em conjunto com algum teste de proporcionalidade, que defina alguns fins a serem protegidos. Nas palavras de Scanlon (2003, p.7)<sup>29</sup>,

*[a] definição da classe de atos protegidos e a justificação para tal privilégio dependem de considerar balancear interesses ou fins competidores entre si e em qual extensão eles permanecem sobre direitos ou outros princípios não consequencialistas absolutos.*

<sup>26</sup> Essas justificativas teóricas não são exclusivas e há outros modos de valorizar a expressão artística como parte importante da liberdade de expressão.

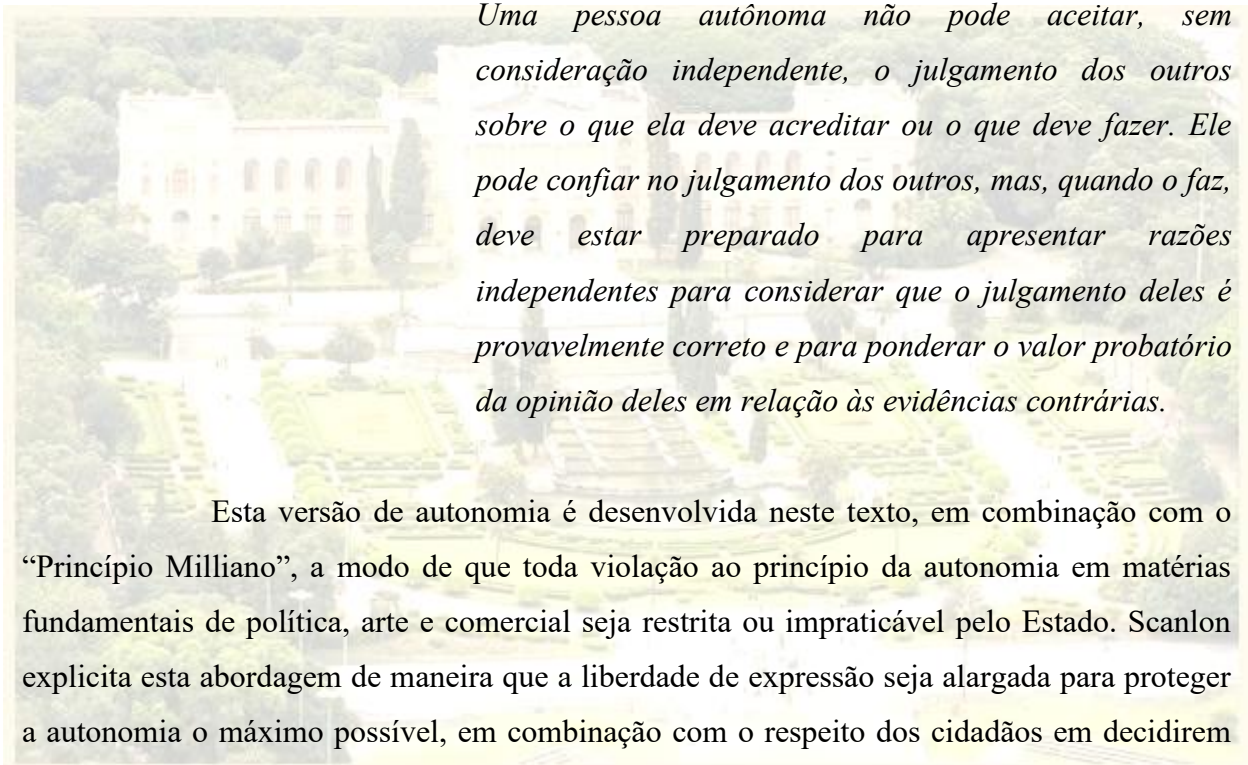
<sup>27</sup> Isto vale para o desenvolvimento da teoria de Thomas Scanlon, que começa com uma defesa da autonomia em “A Theory of freedom of expression” (SCANLON, 2003, p.6-25), reformulando a teoria em “Freedom of expression and categories of expression” (SCANLON, 2003, p.84-112) e “Content regulation reconsidered” (SCANLON, 2003, p.151-168). Esta teoria é diferente de uma outra teoria da liberdade de expressão que categoriza interesses fundamentais para fornecer uma justificativa robusta para a defesa da liberdade de expressão, como a de Joshua Cohen, “Freedom of expression” (1993).

<sup>28</sup> Isto é, a platéia/audiência é conjunto de pessoas que recebem os discursos e tem o interesse de participar deste mesmo. Essa audiência pode ser exposta a ideias e atitudes diferentes, mesmo que desagradáveis. Essa audiência tem como objetivo final em ter um bom ambiente para formação de crenças e desejos e isto pode em vezes envolver outros direitos, como direito à educação, e não apenas o direito de expressão. Ao passo que o “participante” ou falante tem como interesse poder veicular suas ideias e opiniões, tanto aquelas que estão presentes no momento da fala mas também ganhar atenção mesmo daqueles que não considerariam a sua mensagem (Scanlon, 2003, p.88-89; p.91-92).

<sup>29</sup> No original: “definition of the class of protected acts and the justification for their privilege depend upon a balancing of competing goals or interests and to what extent they rest instead on rights or other absolute, i.e. nonconsequentialist principles”

Ou seja, segundo este autor, haveria estes dois critérios majoritários. Se estes são combináveis ou não resta a dúvida, mas a princípio seriam critérios diversos. Um privilegia um a autonomia e por outro lado, há outro privilegiando interesses escolhidos intencionalmente. Defender os dois argumentos ao mesmo tempo não está isento de problemas, e isto será ressaltado na parte descritiva da liberdade de expressão. O essencial, porém, nesta defesa de Scanlon é sua formulação inicial de autonomia.

Isto é, é no texto, “A theory of freedom of expression” que Scanlon apresenta uma justificativa da liberdade de expressão calcada em uma autonomia, que é entendida como (SCANLON, 2003, p.16)<sup>30</sup>:



*Uma pessoa autônoma não pode aceitar, sem consideração independente, o julgamento dos outros sobre o que ela deve acreditar ou o que deve fazer. Ele pode confiar no julgamento dos outros, mas, quando o faz, deve estar preparado para apresentar razões independentes para considerar que o julgamento deles é provavelmente correto e para ponderar o valor probatório da opinião deles em relação às evidências contrárias.*

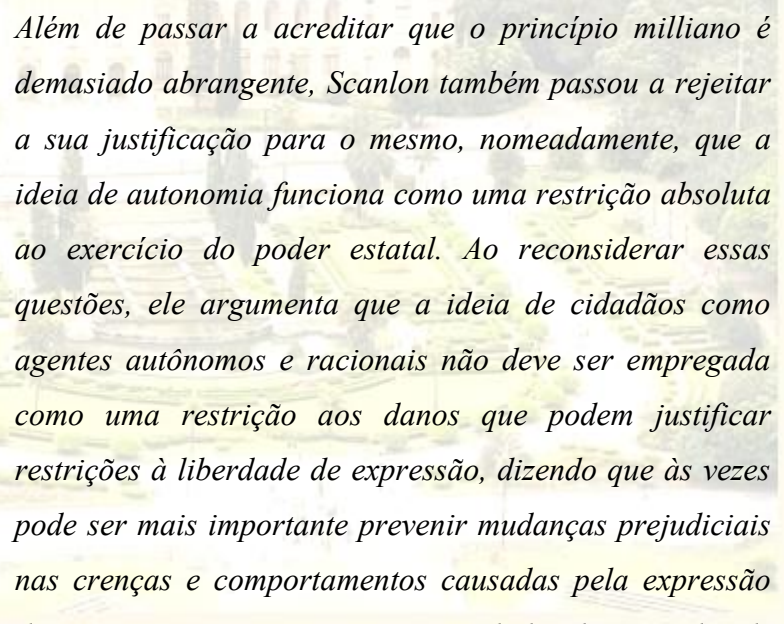
Esta versão de autonomia é desenvolvida neste texto, em combinação com o “Princípio Milliano”, a modo de que toda violação ao princípio da autonomia em matérias fundamentais de política, arte e comercial seja restrita ou impraticável pelo Estado. Scanlon explicita esta abordagem de maneira que a liberdade de expressão seja alargada para proteger a autonomia o máximo possível, em combinação com o respeito dos cidadãos em decidirem questões essenciais em matéria de expressão. Com esse alargamento, se espera que haja mais proteção deste direito sem haver uma censura de determinadas posições. Scanlon acredita que autonomia é alguém efetivamente decidir como crer e agir, logo o governo restringir a expressão é restringir a autonomia, não os tratando como iguais. Por isso que a expressão não deve ser restringida quando houver expressões falsas e até atos nocivos que são consequência de expressões (princípio milliano). Se o governo restringe estes tipos de expressão, ele não

---

<sup>30</sup> No original: “An autonomous person cannot accept without independent consideration the judgment of others as to what he should believe or what he should do. He may rely on the judgment of others, but when he does so he must be prepared to advance independent reasons for thinking their judgement likely to be correct, and to weigh the evidential value of their opinion against contrary evidence”.

estaria fornecendo espaço para os cidadãos deliberarem sobre a expressão, “controlando” ou restringindo a sua autonomia (MACKENZIE; MEYERSON, 2021, p.63-65).

Após esta formulação Scanlon acredita que pode haver alguma ingerência do governo em algumas matérias, porém sua justificativa permanece forte a respeito da interferência sobre a expressão. Scanlon em uma segunda abordagem prefere categorizar aqueles atos que seriam protegidos pela expressão, justamente para não cair no problema de Meiklejohn de haver o risco de justificar apenas a liberdade de expressão política (SCANLON, 2003, p.98-99). Além do mais há certas áreas, como a publicidade e a propaganda falsa que detém um grau menor para sofrerem algum tipo de interferência estatal. Ou seja, se antes a autonomia era defendida de maneira absoluta, em uma segunda formulação Scanlon continua defendendo a autonomia de maneira forte, mas não absoluta, segundo Mackenzie e Meyerson (2021, p.65-66)<sup>31</sup>:



*Além de passar a acreditar que o princípio milliano é demasiado abrangente, Scanlon também passou a rejeitar a sua justificação para o mesmo, nomeadamente, que a ideia de autonomia funciona como uma restrição absoluta ao exercício do poder estatal. Ao reconsiderar essas questões, ele argumenta que a ideia de cidadãos como agentes autônomos e racionais não deve ser empregada como uma restrição aos danos que podem justificar restrições à liberdade de expressão, dizendo que às vezes pode ser mais importante prevenir mudanças prejudiciais nas crenças e comportamentos causadas pela expressão do que “aumentar nossa capacidade de tomada de*

---

<sup>31</sup> No original: “In addition to coming to believe that the Millian principle is too sweeping, Scanlon also came to reject his justification for it, namely, that the idea of autonomy functions as an absolute constraint on the exercise of state power. In his reconsideration of these issues, he argues that the idea of citizens as autonomous, rational agents should not be employed as a constraint on the harms that can justify restrictions on freedom of speech, saying that it can sometimes be more important to prevent harmful changes in belief and behaviour caused by speech than to ‘enhance our decision-making capacity’. At the same time, Scanlon continues to defend a theory of free speech which is autonomy-based, in the sense that he believes that the reason to protect freedom of speech is that it protects and advances important interests in substantive autonomy—not only of audiences in deciding what to believe and what reasons to act on, but also of speakers who seek to communicate and express their values to others, and bystanders or members of the general public who benefit from living in a society that enjoys freedom of speech. [...] In his re-examination of his earlier views, Scanlon also suggests that autonomy might in some cases be ‘better advanced’ by shielding ourselves from certain influences. He claims, for instance, that audience interests in receiving information can be enhanced by restrictions on false and misleading advertising that increase the reliability of information”.

*decisão”. Ao mesmo tempo, Scanlon continua a defender uma teoria da liberdade de expressão baseada na autonomia, no sentido de que acredita que a razão para proteger a liberdade de expressão é que ela protege e promove interesses importantes na autonomia substantiva — não apenas do público ao decidir em que acreditar e por que motivos agir, mas também dos oradores que buscam comunicar e expressar seus valores aos outros, e dos espectadores ou membros do público em geral que se beneficiam de viver em uma sociedade que desfruta da liberdade de expressão. [...] Em sua reavaliação de suas opiniões anteriores, Scanlon também sugere que, em alguns casos, a autonomia pode ser “melhor promovida” ao nos protegermos de certas influências. Ele afirma, por exemplo, que o interesse do público em receber informações pode ser aumentado por restrições à publicidade falsa e enganosa, o que aumenta a confiabilidade das informações.*

Assim, de uma maneira ou de outra, o objetivo de explicitar Scanlon nas justificativas sobre a autonomia é que esse tipo de posição radical pode ser utilizada para a defesa do humor. Ao contrário das duas outras teorias levantadas, que são a da verdade e a da autonomia, a versão de Scanlon sobre a liberdade de expressão propõe uma maior responsabilidade dos cidadãos por meio de conceder uma maior autonomia a esses. Assim, o humor seria justificativamente permissível, e cairia no escrutínio dos cidadãos que o avaliaria. Inclusive o humor que é ofensivo, pois o cidadão teria a autonomia de dizer algo, e a audiência o julgar. O humor, ao invés de ser judicializado porque auferiu algum dano aos ofendidos, seria combatido via reflexão dos falantes, que detém a possibilidade de julgá-lo. Apenas após essa deliberação, que estes cidadãos achariam determinada matéria correta ou não, de acordo com a responsabilidade de cada um. Há razões importantes de promoção do humor, que é protegido de certas influências e ingerências do governo (principalmente a sátira contra políticos). Assim, seguindo esta lógica, tanto o humor agradável quanto o desagradável são passíveis de um escrutínio dos cidadãos, que preferem esta via do que “entregar na mão”

do governo sua capacidade de reflexão que é proporcionada pela defesa da autonomia. Ou até, em uma segunda versão, pois é interessante para os falantes, para o público e para os espectadores julgarem este comportamento ou também, ridicularizar, em último caso.

Em segundo lugar, um outro tipo de autonomia apresentada neste artigo, com propósito de justificar uma maior proteção ao humor é aquela formulada por Edwin Baker. Conforme Mackenzie e Meyerson pontuam essa justificativa sobre a autonomia de Baker é muito atrativa do porquê que a arte deve ser protegida e uma ingerência nesta é uma violação da liberdade de expressão. As teorias da verdade e democrática detêm problemas em justificar tal área da liberdade de expressão por enfocarem na audiência e não no indivíduo (MACKENZIE; MEYERSON, 2021, p. 69). Passemos para uma breve análise desta teoria, para após seguirmos para a questão do dano.

A teoria da autonomia oferece uma justificativa não instrumental que pode contornar alguns dos problemas apresentados pela teoria da verdade e a teoria democrática a respeito da arte. Esta teoria tem como ênfase a autodeterminação dos indivíduos ou o livre desenvolvimento da personalidade. Conforme Baker explicita, se engajar em um ato de expressão é se engajar em uma auto-expressão ou auto-definição significando auto-preenchimento ou auto-realização (MACKENZIE; MEYERSON, 2021, p.68). Um exemplo fornecido por este autor e cotejado por Mackenzie e Meyerson é um manifestante pacifista, que protesta contra guerra. Ao gritar palavras de que ele é contra a guerra, ele se define publicamente (MACKENZIE; MEYERSON, 2021, p.68).

Ao explicitar a auto-expressão há algumas características a serem ressaltadas. A auto-expressão não considera o caráter de uma personalidade “verdadeira” ou falsa, mas se propõe que o indivíduo escolha o que melhor lhe satisfazer. Baker (2011) alega que todas as experiências estéticas afetam como um indivíduo tem sua visão de mundo. E isto significa dizer que não há diferença entre um indivíduo escolher esquiar em uma área remota e ajudar na criação de gado. O mesmo valeria para a arte e performances pessoais (BAKER, 2011, p.271-272). Isto é, há uma pressuposição de que, se um indivíduo tem o direito de se determinar, seria arbitrário eleger um tipo específico de autodeterminação ao prejuízo dos demais ou proibi-lo de se autodeterminar. É claro que essa liberdade não é ilimitada e quando há uma expressão que causa dano minando a vontade dos outros (desrespeitando a autonomia formal destes), o Estado pode restringir a fala. É o caso de uma expressão utilizada para cometer um crime, coagir uma outra pessoa (no caso de uma chantagem, por exemplo) ou tendências manipulativas (MACKENZIE; MEYERSON, 2021, p.69).

De qualquer forma, mesmo com essas limitações a teoria de Baker é uma alternativa robusta às teorias da verdade ou democráticas, tendo como seu centro a capacidade do indivíduo escolher seus planos de vida, ou sua auto-expressão. E este argumento encaixa-se com a liberdade de expressão artística no humor, que não está focada na qualidade, veracidade ou certeza do humor. Com base em Baker, e por meio da autonomia, poderia-se justificar que, por não haver uma forma de “bom gosto” mais preferível do que outra, humor ofensivo teria o mesmo espaço de um humor sem ofensas. Este argumento é oferecido tanto em relação a um humor ofensivo à pessoas religiosas, quanto um humor ofensivo a minorias. Assim, pelo humor ser uma manifestação individual, parte da auto-expressão, ele deveria ser protegido, sendo bom ou ruim.

### **3.2. DEBATE SOBRE OS CONTORNOS DO DISCURSO DE ÓDIO (OU HUMOR OFENSIVO): DANO GERA CONSEQUÊNCIAS?**

Tendo definido quais são as justificativas acerca da liberdade de expressão em relação aos discursos humorísticos, podemos traçar uma conexão com a questão do dano. Essa conexão com o dano será feita mesclando algumas características de decisões judiciais em conjunto com a análise normativa. Assim, a questão do dano significa principalmente responder uma pergunta: será há dano responsabilizável judicialmente causado por um emissor de um discurso humorístico? Em outros termos, essa pergunta delimita o seguinte: havendo um emissor A de um discurso humorístico X, será que o dano causado por um humor ácido à uma audiência B é responsabilizável criminalmente?

Temos três alternativas para responder essa questão: (i) o emissor A emite um discurso humorístico ácido X, mas não há um impacto causal desse dano na audiência B; (ii) o emissor A, ao emitir um conteúdo humorístico problemático X, causa um dano na audiência B, tendo um impacto causal e, logo, sendo passível de responsabilização criminal por isso; (iii) o emissor A do conteúdo X causa um dano na audiência B, tendo um impacto causal decorrente desse dano (e havendo uma ofensa consciente desse conteúdo X), mas não há uma responsabilização judicial por esse dano causado.

Sobre a primeira hipótese, ela escamoteia o problema, uma vez que seria como se o dano não fosse considerado pela audiência ou plateia. De qualquer maneira, essa audiência, apesar de querer restringir alguns discursos que não são desejáveis, de maneira racional, a conseguir separar aquilo que se é exposto do que aquilo que não é, elas podem ser influenciadas pelos mesmos (SCANLON, 2003, p.89-90), e implicitamente pode haver o dano

ou uma consideração sobre o assunto mais ou menos favorável. Desta maneira, essa hipótese é desconsiderada pois não há ser humano da audiência ou platéia que consiga sempre racionalmente separar um discurso indesejado ou nunca se afetar por um discurso ou piada que seja considerada ofensiva.

Diante dessa situação, partimos para a segunda hipótese. A segunda hipótese é chamada de “comunitarista”<sup>32</sup>, e normalmente faz um sopesamento em relação aos valores de uma parte da comunidade atingida em contraposição ao valor da liberdade de expressão, emitida pelo falante. Neste tipo de teoria, o Estado não é neutro em relação as concepções de vida boa, e apresenta uma certa visão de bem comum. Neste tipo de teoria, quando há um embate entre valores de grupos minoritários não serem discriminados e a liberdade de expressão, a liberdade de expressão é restringida em nome desses valores comunitários, e para assegurar uma legitimidade democrática que alguns cidadãos não sejam silenciados diante de um dano produzido por um conteúdo considerado ofensivo (CRAM, 2009, p.329). O objetivo final da restrição da fala considerada ofensiva é assegurar um bem-comum da comunidade em geral, conjugado com a possibilidade de garantia de participação do grupo minoritário sem ser molestado. Ou seja, aqui a restrição pode se utilizar de teorias de participação democrática onde a restrição de uma fala X pelo emissor A é justificada para assegurar o direito de fala de parte da audiência B, que é um grupo minoritário.

Neste sentido, dependendo da expressão, ela pode ser restringida se atacar a dignidade de grupos minoritários, que detém um valor a ser protegido diante de consideráveis exclusões históricas ao longo do tempo. Assim, diante do binômio proteção da liberdade de expressão, e proteção de valores de grupos minoritários (representado pela dignidade), há a valorização dos grupos minoritários em detrimento da liberdade de expressão. Nos termos de responsabilidade e dano, o dano causado por um emissor de um discurso pode ser responsabilizado se atacar a vulnerabilidade do grupo atacado, tendo uma relação causal entre o discurso e o dano, e este dano sendo restringido juridicamente (dependendo do país, a restrição é criminal ou civil).

---

<sup>32</sup> A referência ao comunitarismo é uma corrente na filosofia política contemporânea. Esta corrente inicialmente surge com o embate entre Hegel e Kant na filosofia política moderna e é representada na filosofia política analítica contemporânea por diversas críticas de natureza diversa contra o liberalismo igualitário de John Rawls. Sinteticamente, a crítica comunitarista (entendida de maneira ampla) acusa Kant e Rawls de não valorizarem valores da comunidade, tendo as obrigações e a visão de liberalismo como sendo abstratas, deslocadas da vida cotidiana. Um comunitarismo assim, valoriza um aspecto no qual o liberalismo é acusado de não ter: a que é preciso considerar que o indivíduo é moldado pelos valores compartilhados pela sociedade e que isso influencia no modo o qual o arranjo é construído (GARGARELLA, 1999, p.125-127).

Este tipo de teoria pode representar a posição do Tribunal Constitucional Alemão acerca do dano de um discurso considerado ofensivo. Assim, esse tribunal pode considerar restrita a liberdade de expressão em um caso como o chamado *Auschwitz Lie* (BverfGE 4,7), que proibiu constitucionalmente uma palestra revisionista do Holocausto Alemão. Ao mesmo tempo, no caso *Tcholski II* ou *Soldaten sind Mörder* (Soldados são assassinos) (BVerfGE 93, 266), foi analisado a utilização por quatro pessoas de uma expressão cunhada pelo escritor pacifista Kurt Tocholsky “Soldados são assassinos”, e foi decidido que as expressões são tuteladas pela liberdade de expressão. O que ocorre é que no primeiro caso são protegidos os valores da comunidade, protegendo-se grupos historicamente vulnerabilizados (judeus, no caso da Alemanha), garantindo-se o bem comum geral. Ao passo que no segundo caso, mesmo que a expressão tenha ofendido funcionários públicos (exército), a frase foi proferida por radicais pacifistas, incidindo a proteção da liberdade de expressão em detrimento do grupo atingido (FILGUEIRAS; BARBOZA, 2024, p.3039-3040).

O problema desse tipo de abordagem é que os grupos historicamente vulneráveis são contingentes de local para local, principalmente no caso do humor, que detém uma característica lacunosa e pode versar sobre piadas religiosas, por exemplo, como o “Especial de Natal Porta dos Fundos”, ou piadas em forma de cartuns como aquelas do *Jyllands-Posten* (2005), retratando o profeta Maomé como se fosse um terrorista (CRAM, 2009, p.311). Assim, se há esse problema de, dependendo do tipo do humor, haver uma restrição via uma determinada ofensa de uma maioria que se sentiu ofendida.

Não consideramos que nenhuma forma de humor seja ilimitada, e que, caso o dano seja considerável e casualmente explicitado, poderíamos optar por restringi-lo. Porém, em um trabalho de procurar fundamentar as decisões da parte descritiva, consideramos que o humor merece larga proteção, principalmente aquele praticado contra autoridades públicas. A fundamentação feita pela parte descritiva é de garantir a liberdade de expressão em questões humorísticas. Havemos algumas considerações do STF que pode embasar nossa posição, apesar dos tribunais brasileiros serem largamente restritivos, mesmo em questões de humor e comédia, conforme veremos adiante. Não podemos se esquecer também de nossa justificativa normativa: se optarmos por uma fundamentação embasada na autonomia (ou de certos interesses específicos, os categorizando), consideramos que determinados tipos de dano são

arbitrários<sup>33</sup>, uma vez que o humor também parte da capacidade de autonomia dos sujeitos, não devendo ser restringido se tiver esse fundamento.

Diante da insatisfação da segunda justificativa, que não atende os critérios humorísticos usualmente considerados pela nossa parte descritiva, e pelo fato de que, normativamente, alguns de seus argumentos apresentam um problema considerável, que é o da ofensa à determinados grupos, chegamos a terceira hipótese de dano. A terceira hipótese de dano é aquela que o falante do discurso é blindado de responsabilização pelo discurso X que atinge a audiência/plateia B. Neste tipo de caracterização do dano, ele poderia até fazer algum efeito em uma audiência, mas ele não seria responsabilizado. Isto ocorre principalmente pois a autonomia é apresentada como “escudo” diante de uma possível interferência estatal. Assim, tanto pela teoria de Scanlon ou Baker, que foram as elencadas para justificar a autonomia, o falante teria um certo espaço ou para agir ou para se autoexpressar de maneira que exprima de melhor maneira sua personalidade. E tanto uma, quanto a outra justificativa, apesar de apresentarem algum tipo de ingerência na expressão comercial, fornecem uma maior proteção para a expressão artística, que seria parte da personalidade de cada indivíduo. Seria arbitrário o Estado interferir neste direito. Ao mesmo tempo, isso não significa que piadas de mau gosto, ao terem algum tipo de dano na plateia, não possam ser combatidas. Apenas que a via judicial, segundo essas teorias, não seria a melhor via, mas sim o debate público de ideias, que poderia por meio de uma ridicularização ou uma contra argumentação contra piadas de mau-gosto constranger a pessoa que faz tal tipo de afirmação. Logo, a via judicial não é adequada como mecanismo de constranger a autonomia dos cidadãos, pelo menos se considerarmos a justificativa da autonomia como preferível para explicitar a liberdade de expressão artística.

#### 4. DECISÕES JUDICIAIS DE CORTES CONSTITUCIONAIS

As Supremas Cortes do Ocidente têm diversas decisões envolvendo estes casos. No Brasil, não é diferente. Há casos envolvendo o humorista Leo Lins, mas além disso outros casos importantes, como o do Especial de Natal Porta dos Fundos. Tanto no debate

---

<sup>33</sup> A questão aqui não é criticar o teste da proporcionalidade *in totu*, não entraremos nessa questão. A questão é que consideramos arbitrário embasar a justificação da liberdade de expressão nos interesses de um grupo específico da sociedade, como é usualmente feito em casos de restrição da liberdade de expressão. Assim, esse argumento seria arbitrário pois as posições e gostos formados pelas pessoas mudam ao longo do tempo. Entretanto, não se fará uma crítica da utilização da proporcionalidade no embate de valores (como igualdade x liberdade) no caso do discurso humorístico odioso, e nem nosso objetivo aqui neste artigo é este.

normativo e no debate descritivo, as perguntas são diferentes mas os dois campos estão preocupados com uma pergunta em especial. No debate normativo se pergunta a conexão da liberdade de expressão com a liberdade artística e justificativas embasadas em valores políticos (que legitimam ou não o discurso humorístico). Já no debate descritivo, as Cortes (e em especial, a brasileira) estão preocupadas em delimitar os limites do humor. Mas os dois campos têm uma preocupação primária: delimitar se o humor causa dano passível de responsabilização jurídica/legal. Ou seja, se o humor ofensivo deve ser proibido ou permitido.

Para analisar essa questão na jurisprudência brasileira foram escolhidos por um lado, uma pesquisa jurisprudencial das Cortes brasileiras e seus pressupostos, com alguns casos principais, e por outro lado, dois casos jurisprudenciais: (i) a Reclamação Constitucional RCL 38782/RJ o caso Netflix – Especial de Natal Porta dos Fundos; (ii) a Reclamação Constitucional RCL 60382/SP, que constitui um dos casos em que foi ajuizada uma ação contra o humorista Leo Lins.

O objetivo é mostrar que, por mais que as cortes tenham acertado nas posições dos dois casos exemplares, e que até há previsão da corte constitucional para tanto (principalmente no caso humorístico em relação a políticos), as cortes: por um lado poderiam fundamentar melhor seus argumentos na autonomia (ou certos interesses humanos, os categorizando), e por outro lado, poderiam estar alinhadas com estas decisões constitucionais, não restringindo o humor rotineiramente em matéria de liberdade de expressão.

Para isto, cotejamos uma pesquisa empírica realizada em 2019, mostrando que usualmente os tribunais brasileiros vão de contramão as decisões abaixo, e, após isto, realizamos uma análise da orientação jurisprudencial do tribunal constitucional brasileiro (ou STF), assim como alguns dos argumentos utilizados por esse tribunal, para clarificar melhor sua posição, antes de adentrar nos dois casos analisados.

Assim, segundo a pesquisa quantitativa acerca do humor ofensivo encontrado na internet de Oliva, Antonialli e Santos (2019, p.28-30) coletou-se decisões de tribunais de segunda instância e do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), somando em um total de 1004 decisões, sendo que foram selecionadas 148 decisões como sendo relevantes (dentre estas 119 são apelações e 29 são agravos de instrumento). Neste espaço amostral, foi perguntado o seguinte: se o judiciário protege a liberdade de expressão ou a personalidade (sendo favorável a punibilizar o réu em crimes contra honra, como difamação, calúnia) nos casos envolvendo humor e liberdade de expressão? Quais são os

critérios de análise do judiciário? Que pedidos o judiciário defere? (OLIVA; ANTONIALLI; SANTOS, 2019, p.30-31).

Antes de responder essa pergunta, cabe ressaltar alguns dados gerais levantados pela pesquisa. O estudo descobriu que o polo ativo do espaço amostral é composto por 36% de pessoas comuns e 35% de políticos. No polo passivo, os provedores de conteúdo offline seriam 50% e 47% de pessoas físicas (lembrando que pode haver co-responsabilidade no polo passivo). Por sua vez, os pedidos em 99% dos casos do espaço amostral pleiteiam indenização por danos morais (sendo que o fundamento é o direito à honra e o direito à imagem em 78% dos casos), e apenas 25% pedem a retirada de conteúdo (44% de pessoas comuns e 19% de políticos). Por sua vez, as decisões optaram por proteger a honra ou a personalidade dos afetados, em prol da liberdade de expressão. No caso das pessoas físicas que ajuizaram ações, 71% delas teve o pedido deferido em relação aos danos morais, e 81% delas o pedido já foi deferido em primeira instância. No caso de ações ajuizadas pelos políticos contra o emissor do conteúdo humorístico, 50% tiveram seu pedido deferido, sendo 60% em primeira instância (OLIVA; ANTONIALLI; SANTOS, 2019, p.32-34).

Os autores concluem que um número tão alto de deferimento a favor dos direitos da personalidade exerce um *chilling effect* sobre os produtores do humor, uma vez que uma das funções da democracia é formar a vontade coletiva por meio do embate de ideias e que os políticos principalmente poderiam ter tolerância maior a críticas. Entretanto, conforme alguns casos observam, estes critérios não são usualmente observados pelo poder judiciário, que defere casos atacam honra de políticos. Cita-se dois casos: o primeiro um humorista foi condenado por fazer um vídeo satírico de um político. Dentre os argumentos levantados pelo juiz, um dizia que não se poderia ridicularizar pessoas no exercício da função pública, e que a opinião tinha que corresponder à verdade, não devendo ter ofensas na sátira. O segundo diz a respeito de um blogueiro que foi condenado por ter publicado uma fotomontagem do então prefeito de Osasco, no corpo de um corpo. O objetivo da sátira era denunciar a “máfia do lixo” (OLIVA; ANTONIALLI; SANTOS, 2019, p. 35-38).

Diante disso, diversos desses casos demonstram o *chilling effect* que o poder judiciário pode fazer com suas decisões, inibindo críticas e sátiras, principalmente de políticos. O efeito em relação ao humor como crítica social é devastador. E isto é problemático diante da jurisprudência levantada a seguir, a contradizendo. Assim, esse padrão decisório em relação ao humor teria um problema normativo, impedindo certas pessoas de apresentarem sátiras principalmente em relação à políticos, mas também descritivo,

contrariando jurisprudência de tribunais superiores. De acordo com nossa interpretação acerca da liberdade de expressão envolvendo humor, foi constatado que jurisprudência no STF em alguns casos protegeu a expressão, não auferindo responsabilização para o polo passivo. A interpretação de alguns casos jurisprudenciais será feito a seguir.

Qual é a orientação e os argumentos do Supremo Tribunal Federal? No contexto brasileiro, os principais argumentos utilizados são a quebra de proteção da liberdade de expressão em apenas *ultima ratio*, tendo o teste da proporcionalidade um dos parâmetros para considerar se a lesão é passível de responsabilização. Além disso, há a pressuposição de ausência de determinar o que é um conteúdo relevante por parte do poder judiciário (tendo como exemplos a pornografia e a comédia). No campo político haveria diversas restrições, mas principalmente no campo artístico, a postura do STF é contrária, tendo uma postura mais permissiva em relação a diversos conteúdos.

Em primeiro lugar, é importante discutir a ADPF 130, caso o qual o STF entende como sendo primordial no parâmetro decisório da liberdade de expressão. Ali se assume o parâmetro de teste da proporcionalidade, alegando que será analisado em cada caso concreto se o emissor de um conteúdo foi além dos limites estipulados. Mas, a princípio, em questão de matéria jornalística, o emissor está acobertado.

Em segundo lugar, a decisão ADI nº4.451/DF de 2018 é outro caso paradigmático. Neste caso, se discute os limites da montagem ou trucagem em rádio e TV na sua propaganda partidária. Nesta decisão, assumiu-se que a liberdade de expressão é fundamental para a democracia, necessitando ser protegida por este motivo. A liberdade de expressão é contrária a censura prévia. Além disso, há um parâmetro decisório ali, pois nela assume que as normas fundamentais não possuem hierarquia entre si. Mas, segundo o Ministro Barroso em seu voto, é preciso garantir a posição preferencial da liberdade de expressão diante outros direitos. Ou seja, apesar de se assumir o teste da proporcionalidade para decidir casos, a liberdade de expressão desfruta de uma primazia *prima facie*. Apenas em último caso, se for provado uma lesão ilegal ou algum dano substancial que, por meio de uma justificação, a liberdade de expressão não será protegida. E em relação ao humor, há a permissão de utilizá-lo em contexto eleitoral uma vez que a proibição constitui restrição à participação democrática que não pode ser restringida em argumentos valorativos que ofendem uma minoria. Este caso é importante para firmar a posição do humor em relação ao campo político, indo contra a orientação usualmente tomada nos tribunais inferiores. Já nesta ADI 4.451/DF (2018), podemos observar a discordância em relação a maior parte das outras

decisões nos tribunais, pelo menos até 2019. Os tribunais inferiores acabam levando em consideração o binômio da proporcionalidade entre reputação e liberdade de expressão, protegendo a reputação dos políticos. Na nossa visão, isso vai contra a orientação normativa da liberdade de expressão artística calcada na autonomia e também contra a orientação jurisprudencial do STF, tendo um efeito deletério e muitas vezes silenciador (ou o chamado *chilling effect*)<sup>34</sup> de piadas e conteúdos humorísticos, mesmo na época de eleições.

Em terceiro lugar, cabe ressaltar o caso Ellwanger (HC 82.424/2003), que comparou o antissemitismo com o racismo. A postura brasileira em relação à criminalização do nazismo em esfera política é latente. Este caso é, em linhas gerais, a condenação de um editor e autor negacionista sobre o holocausto. Siegfried Ellwanger foi condenado por ter uma editora que publicava obras, inclusive de sua autoria como “Acabou o gás! O fim de um mito...” ou “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”. Tal postura foi considerada reprovável pelos ministros do STF, argumentando que a liberdade de expressão não comporta conteúdo antissemita. A postura desse julgamento tem consequências no julgamento do discurso de ódio, que a Corte, conforme se verá adiante, é contra.

Há um outro caso importante para delimitar como que o STF julga conteúdos artísticos ou pornográficos. A questão neste caso é se alguns tipos de expressões ferem algum outro valor constitucional ou constituem dano passível de responsabilização. Tal tipo de caso tem relevância na questão artística e pornográfica. Esse foi o Tema de Repercussão Geral 716/2014<sup>35</sup>. O tema desse recurso é um ensaio fotográfico pornográfico pela revista *Playboy* envolvendo a atriz Carol Castro em 2008, que posou nua com um crucifixo, em alusão à personagem Gabriela de “Gabriela, Cravo e Canela”, do escritor baiano Jorge Amado. A ação foi ajuizada com a alegação que estas fotos seriam ofensivas a fé religiosa. Aqui, o STF decidiu que não houve ofensa aos princípios religiosos, e que não cabe ao poder judiciário definir o que é certo e errado na sociedade. Além disso, foi dito que é preciso assegurar o caráter igualitário ao pluralismo de culto religioso. Esta decisão do STF dissociou o dano da ofensa, considerando que os atos perpetrados não constituem nexos de causalidade necessária para causar algum dano ilegal que enseje intervenção do judiciário. Além disso, dizer que o

---

<sup>34</sup> Conforme Stone explicita, o *Chilling effect* ou “efeito inibidor” é aquele efeito no qual considera que usualmente a expressão tem pouco valor, e por isso, as pessoas seriam facilmente dissuadidas de exercitar sua palavra. Neste sentido, se a pessoa souber que pode ser presa por postar em um blog um conteúdo polêmico, ela normalmente não teria o trabalho de fazer esse post. A outra questão é que o governo (judiciário e executivo) poderia exercer esse efeito para manipular o debate público e silenciar seus críticos (STONE, 2008, p.277). Assim, as pessoas podem desistir de exprimir sua palavra ou um conteúdo humorístico se souberem que podem ser presa ou pagar uma indenização. Usualmente isso ocorre no Brasil.

<sup>35</sup> Este Tema de repercussão geral tem como origem o Recurso Extraordinário com Agravo (aRE) 790.813 SP.

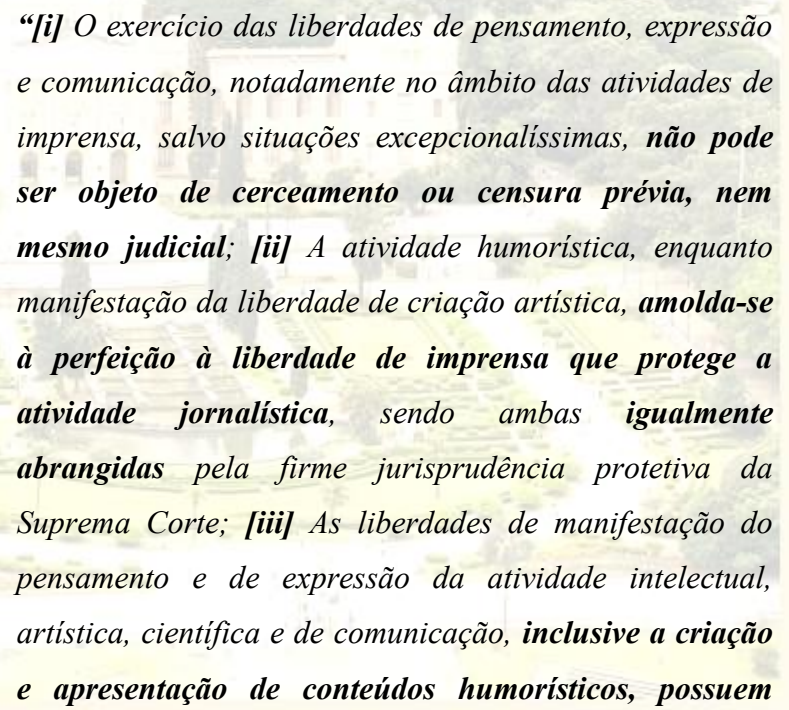
judiciário não define o “certo e o errado” significa oferecer uma justificativa que não conta com a vontade da maioria que se ofende por uma questão, mas permitir um tratamento igualitário a respeito da ofensa religiosa ou não, tudo isto tendo como modelo as balizas consolidadas na APDF 130.

Com isto, se passa aos dois casos. Em primeiro lugar, há a RCL 38782/RJ, ou o Caso do “Especial de Natal do Porta dos Fundos”, a ser exibida no serviço de *streaming* Netflix. Este caso foi polêmico pois envolveu a satirização de elementos religiosos da fé cristã. Em consequência disto, foi ajuizada uma ação contra o *streaming* Netflix e a produtora “Porta dos Fundos”, alegando que o conteúdo seja retirado de circulação. Após ser decidido em instância inferior que o conteúdo continue em circulação, e que fosse exibido uma mensagem de alerta antes da sua exibição no *streaming* para quem fosse assistir, foi determinado a completa suspensão do filme. A justificativa foi a de que o discurso humorístico ofenderia e causaria danos irreparáveis a aqueles de orientação cristã. Assim, quando o caso chegou ao STF, foi determinado a cassar as decisões que determinaram a suspensão do filme. Este caso, relata a principal pergunta do texto, que é a possibilidade de dano responsabilizável com respeito ao humor. As justificativas do relator, Min. Gilmar Mendes foram várias, e entre elas se destacam a separação entre ação e ação ilegal, sendo que aquelas que envolvem discriminação, discurso de ódio são considerados ilegais, e assim, parâmetros de limite da liberdade de expressão. Também há a desconsideração da importância da verdade ou falsidade de uma opinião. Além disso, foi utilizado o teste da proporcionalidade, sendo que a arte tem preponderância em frente a outros princípios, que não incita elementos particulares de indivíduos, mas satiriza elementos do cristianismo. E em um terceiro bloco de argumentos, há a valorização de elementos como o democrático em uma liberdade de expressão.

Realizando-se um breve comentário sobre a decisão, os seus argumentos oscilam entre um parâmetro não instrumental de liberdade de expressão, valorizando a liberdade de expressão artística, e um parâmetro instrumental, como o da proporcionalidade. Entre os parâmetros não instrumentais se destacam a dissociação entre ação/ofensa e ação ilegal. Esta distinção considera que há uma cadeia de causa e consequência até haver um dano efetivo que enseje responsabilização. *A prima facie*, o que é considerado é que por mais que o discurso seja ofensivo, não hánexo de causalidade entre humor e dano como um discurso de ódio (que para o Relator é considerado ação ilegal). Em conjunto estes argumentos, por outro lado, há o teste da proporcionalidade, que sopesa o direito de liberdade de expressão. Este

argumento, é instrumental, ou seja, nem sempre a liberdade de expressão será protegida, uma vez que há outros interesses finalísticos do governo. E em terceiro lugar, o terceiro bloco argumentativo é caracterizado pela defesa democrática da liberdade de expressão artística, sendo considerado benéfico sua proteção para a sociedade.

Em segundo lugar, há uma das ações ajuizadas contra o humorista de *stand-up* Leo Lins. Ela constitui o Rcl 60382/SP. Outrossim, o parâmetro decisório da corte foi a favor da absolvição de Leo Lins, considerando que este não cometeu crime ao realizar suas piadas. As piadas, por mais que possam ter o conteúdo considerado ruim, há pessoas que gostam, e não cabe a Corte decidir o gosto particular de cada um. Nesta decisão, ainda, foi oferecida um rol de cinco premissas para interpretar casos envolvendo liberdade de expressão artística envolvendo humor:



*“[i] O exercício das liberdades de pensamento, expressão e comunicação, notadamente no âmbito das atividades de imprensa, salvo situações excepcionalíssimas, **não pode ser objeto de cerceamento ou censura prévia, nem mesmo judicial;** [ii] A atividade humorística, enquanto manifestação da liberdade de criação artística, **amolda-se à perfeição à liberdade de imprensa que protege a atividade jornalística, sendo ambas igualmente abrangidas pela firme jurisprudência protetiva da Suprema Corte;** [iii] As liberdades de manifestação do pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **inclusive a criação e apresentação de conteúdos humorísticos, possuem posição apriorística preferencial (preferred position) – o que não se confunde com superioridade (inexistente) – em relação aos demais direitos fundamentais constitucionalmente protegidos;** [iv] Tendo em vista o caráter relativo dos direitos fundamentais, eventuais abusos no exercício dessas liberdades **devem, preferencialmente, ser objeto de exame posterior, nos termos da legislação civil ou até mesmo penal, dispondo o ordenamento jurídico brasileiro de mecanismos***

*normativos e processuais aptos a equacionar os bens jurídicos conflitantes; e [v] Somente em situações absolutamente excepcionais, vale dizer, em que restar concreta e objetivamente demonstrada a evidente lesividade para a sociedade, à luz inclusive dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode ser cogitado o afastamento cautelar, initio litis, do amplo exercício das liberdades em comento, surgindo pesadíssimo ônus argumentativo para justificar decisão judicial que implique censura prévia.”*

Outro comentário acerca dessa decisão é que, seguindo o parâmetro das outras decisões, há a diferenciação de censura e liberdade de expressão; a liberdade de expressão artística tem uma posição preferencial em relação a outros direitos, necessitando uma justificação robusta para não ser protegida; apenas em caráter excepcional esta liberdade, com base no argumento/teste da proporcionalidade, haverá uma desconsideração do direito. Mais uma vez há o conflito entre parâmetros não instrumentais, que garantem o direito de liberdade de expressão artística com parâmetros mais instrumentais, como o teste da proporcionalidade. Além disso, cabe mencionar que dentre os critérios adotados foram a equiparação entre liberdade de expressão jornalística e liberdade de expressão artística, promovendo a liberdade de expressão artística como um conteúdo jornalístico (político), e tendo posição preferencial na proteção constitucional. Pode se dizer que esse parâmetro confunde um conteúdo político de um não político, como é o caso do humor.

Neste sentido, acredito que faltou algum padrão jurisprudencial mais robusto que pudesse ao menos se utilizar de maneira mais extensa da autonomia (ou uma categorização de áreas desse direito). Assim, a proteção do discurso humorístico e sua subsequente responsabilização seria mais evidenciada com esses padrões decisórios não instrumentais. Assim, estes argumentos não instrumentais poderiam se somar ao teste da proporcionalidade como padrão decisório<sup>36</sup>. Além disso, poderíamos tecer uma crítica aos

<sup>36</sup> A questão aqui nem é rejeitar o teste da proporcionalidade, nem criticá-lo, mas o problema com essa sucinta crítica que fazemos aqui é que os tribunais brasileiros tomam quase que exclusivamente como seu padrão decisório o teste da proporcionalidade; a dignidade humana, somado a um alto grau de discricionariedade ao decidir os limites da expressão (MACEDO JR., 2020, p.128). Apesar do autor que constata esse problema ser crítico da utilização do teste da proporcionalidade (MACEDO JR., 2020, p.140-141), levantamos a constatação de Macedo Jr. do uso restrito do teste da proporcionalidade para dizer que este poderia ser complementado por

tribunais inferiores nesta matéria, pois além de estarem em desacordo com jurisprudência de tribunais superiores (STF), exercem um *chilling effect* sobre os humoristas, principalmente no campo político, e isto é problemático. O problema é principalmente essas decisões terem o efeito de silenciarem a crítica de autoridades públicas, e no plano normativo a crítica recai à valorização do politicamente correto, e isto seria elencar uma posição de uma parcela da população como argumento para justificar a proibição. A liberdade de expressão, principalmente a humorística, não deveria ser restringida porque um grupo se sentiu ofendido com tais sátiras. Isto seria elencar uma posição acerca uma matéria, e seria arbitrário de um ponto de vista moral.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do texto foi analisar se é possível responsabilizar judicialmente discursos humorísticos ofensivos, na esfera normativa e na esfera descritiva. Para realizar tal tarefa, foi assumido alguns parâmetros interpretativos, alegando que tanto a parte normativa, quanto a parte descritiva da questão se fundem e são importantes. Na parte normativa, foram explorados elementos de interpretação constitucional, rejeitando o literalismo e o originalismo em matéria de liberdade de expressão e assumindo uma postura interpretativa. Dito isto, na parte normativa, foram feitas considerações de principalmente três teorias, defendendo que a teoria da verdade e a teoria democrática não oferecem uma posição de destaque a respeito da liberdade de expressão artística e questões que não são propriamente políticas. Assim, o parâmetro interpretativo assumido foi o da autonomia, em sentido lato, pois este assegura a possibilidade das pessoas escolherem os seus caminhos em concordância com seus projetos de vida. Alguns caminhos não são tão nobres, mas nem por isto devem ser punibilizados. E em último lugar, foi analisado o papel do dano, que está interligado com qual justificativa normativa se assume. Se elencou três possibilidades, que são o discurso não auferir nexos causal; o discurso auferir nexos causal de dano e ser responsabilizado por isso; o discurso auferir nexos causal de dano e não ser responsabilizado por isso. Mostramos que a terceira posição é a mais próxima do fundamento da autonomia e dos discursos humorísticos, e nesta lógica de procurar justificar fundamentos para defender o discurso humorístico, esta posição seria a mais adequada. Já, em vias descritivas, foi primeiro analisado quantitativamente que as

---

outros argumentos, principalmente para diminuir a arbitrariedade decisória dos tribunais decisórios em matéria de liberdade de expressão. Assim, não criticaremos o teste da proporcionalidade.

cortes brasileiras usualmente restringem a liberdade de expressão para proteger o direito a honra. Essas decisões estão em desacordo com nossa interpretação normativa e com as decisões que foram cotejadas pelo STF. Após isto, foram analisadas decisões do STF que constataram uma proteção da liberdade de expressão artística, principalmente pelos seguintes argumentos: o poder judiciário não tem competência para decidir o que é melhor moralmente para sociedade; a dissociação entre dano e ofensa, alegando que o conteúdo produzido pelo humor, em regra, é apenas uma ofensa, não devendo ser responsabilizado judicialmente; a dissociação entre ação e ação ilícita; a proteção da liberdade de expressão, com a restrição apenas em último caso; a utilização do teste de proporcionalidade para detectar abusos. Acreditamos que poderíamos fazer uma crítica da parte descritiva principalmente na questão de poder se utilizar mais de argumentos normativos como o da autonomia para fundamentar a liberdade de expressão nesse campo, caso a decisão for favorável. Além disso, acreditamos ser possível fazer uma crítica do padrão usualmente assumido pelos tribunais de maneira geral, que tem um efeito censório em relação ao humor, sendo isso prejudicial pela questão de que o humorista não deveria ser punibilizado para tanto, principalmente por ter criticado com sátiras figuras públicas.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Frederico Franco; ZILIO, Rodrigo López; CARVALHO, Volgane Oliveira. **Guerras cognitivas na arena eleitoral. O controle judicial da desinformação.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2023.
- BAKER, Edwin C. “Autonomy and hate speech”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2009, p.139-157.
- BAKER, Edwin C. “Autonomy and free speech”. **Constitutional Commentary**, vol. 27, 2011, p.251-282.
- BAKER, Edwin C. “Hate Speech”. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed. by). **The content and the context of hate speech. Rethinking regulation and responses.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 57-80.
- BARENDT, Eric. **Freedom of speech.** Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BASSHAM, Gregory. “Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution”. **Notre Dame Law Review**, vol. 72, issue 4, p.1235-1276, 1997.



BEVIER, Lillian. “The first amendment and political speech: an inquiry into the substance and limits of principle”. **Stanford Law Review**, vol.30, no.2, jan., 1978, p.299-358.

BUMKE, Christian; VOSSKUHLE, Andreas. “Art. 5 GG: Freedom of communication and art”. In: **German constitutional law. Introduction, cases and principles**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

CARBONELL, Miguel. “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”. In: HOMERO, Vázquez Ramos (coord.). **Cátedra nacional de derecho Jorge Capizo. Reflexiones Constitucionales**. Ciudad del México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p.75-88.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. “O antissemitismo em mutação: narrativa e representação nas caricaturas e charges”. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (org.). **Discursos de ódio. O racismo reciclado nos séculos XX e XXI**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2024, p.169-191.

COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 22, No. 3, 1993, p. 207-263.

COSTA, Nicolas Bortolato Garcia. **Dois concepções de dignidade: uma análise (e contribuição) acerca do debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre liberdade de expressão e discurso de ódio**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Lucas Fucci Amato. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025, 288ff.

COSTA-NETO, João. **Entre Cila e Carídis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional**. Tese de Doutorado. Orientador: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

CRAM, Ian. “The Danish Cartoons, Offensive Expression, and Democratic Legitimacy”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.311-330.

DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.



FILGUEIRAS, Louise Vilela Leite; BARBOZA, Maria Cristina Angelim. “Humor e discurso de ódio. Da aplicação da disciplina legal e constitucional dos limites à liberdade de expressão ao discurso humorístico”. **Revista Sociedade Científica**, vol.7, n. 1, p.3029-3064, 2024.

FISS, Owen M. **The irony of free speech**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.

GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política**. Barcelona; Buenos Aires: Ediciones Paidós, 1999.

GRIMM, Dieter. “Freedom of speech and human dignity”. In: In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. **The oxford handbook of freedom of speech**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p.106-117.

HAREL, Alon. “Hate speech”. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. **The oxford handbook of freedom of speech**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 455-476.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. “Liberdade de expressão: Que lições podemos aprender com a experiência americana”. In: FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020, p.127-167.

MACKENZIE, Catriona; MEYERSON, Denise. “Autonomy and Free Speech”. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. **The Oxford handbook of freedom of speech**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p.61-81.

MARKO, Leslie. “Discursos de ódio: entre o passado, o presente e agora”. In: In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (org.). **Discursos de ódio. O racismo reciclado nos séculos XX e XXI**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2024, p.305-330.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper and brothers, 1948.

MOLNAR, Peter. “Responding ‘Hate Speech’ with Art, Education and Imminent Danger Test”. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed. by). **The content and the context of hate speech. Rethinking regulation and responses**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.183-197.

MORBACH, Gilberto. **A Terceira via de Jeremy Waldron**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Lênio Luiz Streck. São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019, 211ff.



OLIVA, Thiago Dias; ANTONIALLI, Dennys Marcelo; SANTOS, Maike Wile. “Censura Judicial ao humor: análise de decisões judiciais envolvendo liberdade de expressão na internet”. Santo Ângelo: **Revista de direitos culturais**, vol.14, no.34, maio/ago., 2019, p.19-44.

POST, Robert. “Hate Speech”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.123-138.

REICHMAN, Amnon. Criminalizing Religiously Offensive Satire: Free Speech, Human Dignity, and Comparative Law. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.331-356.

SCANLON, Thomas. **The difficulty of tolerance: essays in political philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SALIBA, Elias Tomé. “Humor e ódio na esfera pública digital”. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (org.). **Discursos de ódio. O racismo reciclado nos séculos XX e XXI**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2024, p.145-168.

STONE, Geoffrey. “Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century”. **Pepperdine Law Review**, v.36, n.2, p. 273-299, 2008.

SCHAUER, Frederick. “Must speech be special?”. **Northwestern University Law Review**, vol.78, no.5, p.1284-1305, 1983.

TUSHNET, Mark. “Music and Art”. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. **The oxford handbook of freedom of speech**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p.431-443.

VALE, Rony Petterson Gomes do. “Humor, humoristas e problemas de topia discursiva. Linguagem em (Dis)curso”. Tubarão, SC: **LemD**, v. 15, n. 2, p. 267-283, maio/ago. 2015.

VALENTE, Mariana Giorgetti. “Liberdade de expressão e discurso de ódio na internet”. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2020. p. 79-94.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

[academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br](mailto:academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br)

[www.apd.org.br](http://www.apd.org.br)



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)