

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VINÍCIUS GARCIA NALI

**O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS
DESDOBRAMENTOS NO CENÁRIO HUMORÍSTICO
BRASILEIRO**

VITÓRIA
2017

VINÍCIUS GARCIA NALI

**O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS
DESDOBRAMENTOS NO CENÁRIO HUMORÍSTICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Américo Bedê Junior.

VITÓRIA
2017

RESUMO

O princípio da liberdade de expressão é de muita importância para o ordenamento jurídico e vem sendo usado com frequência no Brasil para sustentar discursos humorísticos preconceituosos e ofensivos. A liberdade do comediante de expor seus pensamentos deve ser sopesada com o princípio colidente de forma a estabelecer precedência de um sobre o outro, sendo que algum deles deve ceder para que seja devida a aplicação do outro. O *hate speech* é um problema latente e não merece ser confundido com o princípio da liberdade de expressão. Comediantes por todo o Brasil possuem processos em andamento justamente por sustentarem suas piadas, de forma raze, alegando apenas a liberdade de dizer o que quiser, como se o fato de ser uma piada fosse condição para que seu argumento não seja relativizado do ponto de vista jurídico.

Palavras-chaves: Humor; Liberdade de Expressão; Colisão de princípios; Lei de Colisão; Hate speech.

SUMÁRIO

1 A ASCENÇÃO DA RELEVÂNCIA DO DISCURSO HUMORÍSTICO.....	05
2 A QUEBRA DE EXPECTATIVA.....	06
3 O PODER DE INFLUENCIAR PESSOAS ATRAVÉS DO DISCURSO HUMORÍSTICO.....	09
4 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	11
4.1 A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	11
4.2 RELATOS DO PRINCÍPIO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS.....	14
4.2.1 Eua.....	14
4.2.2 Alemanha.....	18
5 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E SUA APLICAÇÃO.....	21
5.1 REGRAS X PRINCÍPIOS.....	21
5.2 O CONFLITO DE REGRAS.....	22
5.3 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS.....	24
5.3.1 A lei de colisão.....	24
5.3.2 O caso de Lebach.....	27
6 O DISTINTO CARÁTER “PRIMA FACIE”.....	32
7 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DA NECESSIDADE.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS	40

1 – A ASCENÇÃO DA RELEVÂNCIA DO DISCURSO HUMORÍSTICO

A liberdade de expressão é um direito muito debatido no cenário político brasileiro e até mundial por ser um grande valor para uma sociedade democrática. É notório que devido a grande ascensão dos meios de comunicação, a liberdade de expressão é questionada de diversas formas, seja através de uma simples postagem no Facebook, seja por piadas ou anedotas feitas por um comediante.

O comediante americano, Bo Burnham, em seu especial "Make Happy", afirma que nos dias de hoje, todos somos artistas, pois existe um culto de se auto expressar que já atinge quase o mundo inteiro, "você tem que se expressar, você tem coisas a dizer e todos se preocupam com isso"(MAKE HAPPY, 2016), e milhões de pessoas passaram a se tornar apresentadoras, cultivando em si mesmos uma arrogância que chega a ser autoconsciente.

Desta forma, as redes sociais acabam por ser a resposta mercadológica para toda essa geração que tem essa necessidade de se expressar, "o mercado diz 'esta aqui, presente tudo, uns aos outros, o tempo todo, por motivo nenhum" (MAKE HAPPY, 2016).

Segundo Bo, é como se fosse o artista e o público se fundindo, de forma que causa o sentimento de satisfação ao se deitar na cama e assistir nossas vidas como um público satisfeito.

Todos desejam se expressar, mas, de fato, devemos nos atentar a quando o nosso direito da liberdade de expressão esbarra no direito do outro, ferindo ali a dignidade da pessoa humana, muito recorrente nos discursos humorísticos, de que maneira a sua ascensão foi ganhando relevância, sendo levada cada vez mais "a serio" cada palavra dita por um comediante.

O "politicamente correto" é muito criticado por diversos comediantes ao redor do Brasil, pois, segundo esta parcela de artistas, o humor é uma arte que não deve ser levada tão a sério, afinal, "é só uma piada".

O humor é somente mais uma forma artística de expressão e existem restrições a serem observadas tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo que é alvo de piadas de certa forma consideradas abusivas.

2 – A QUEBRA DE EXPECTATIVA

Ao levantar um breve questionamento com pessoas próximas sobre o que elas achavam que seria o humor, por conceito, a esmagadora maioria, respondeu que humor é simplesmente fazer outra pessoa rir, ou mesmo ter uma boa sacada em detrimento de algum acontecimento, o que implicaria em te classificarem como uma pessoa com um "bom senso de humor", não há nenhum problema com estas definições, porém, o humor não se resume a somente isso.

No que se refere à essência da comédia, o humor, ou sua consequência, é justamente um sentimento ocasionado pela quebra de expectativa, simples assim, o indivíduo propositalmente ou não, induz todos a não conseguirem imaginar o que ele está prestes a dizer/fazer justamente pela "falta de conexão imediata" (HELITZER, 2005) que as pessoas tem em relação àquela história, pois quando feito de propósito, a história contada antes da quebra de expectativa é proposital no sentido de que o indivíduo sabe que ao contar aquilo, todos vão estar pensando a mesma coisa sobre o caso, e daí vem a quebra de expectativa, ele associa tudo que ele falou em um contexto diferente também cabível, a diferença é que ninguém esperava.

Um exemplo bem explicado está no livro "Step by step to stand-up comedy", quando o autor nos apresenta ao dizer que quando acordou, correu 2

kilômetros. Ligeiramente, ligamos essa informação a que ele está praticando exercício, portanto, quando ele completa com qualquer quebra de expectativa em relação ao exercício físico que teoricamente teria sido praticado, as pessoas dão risada justamente devido a essa quebra, ao dizer por exemplo que ele “correu 2 quilômetros quando acordou por estar correndo de sua esposa”. (DEAN, 2011, p. 36)

O humor tem ainda um aspecto importantíssimo quando falamos de sua função social, ajuda a lidar com a dor, sendo assim, diversas ações sociais exploram como forma de ajudar o próximo, um bom exemplo disso são os Doutores da Alegria:

Uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos que utiliza da arte do palhaço para intervir junto a crianças, adolescentes e outros públicos que estão passando por situação de vulnerabilidade e risco social em hospitais públicos e ambientes adversos. (DOUTORES DA ALEGRIA, 1991)

Podemos falar ainda de diversos tipos de humor, tendo o humor ofensivo, quando é destinado certamente a ofender alguém, geralmente uma minoria, pois dessa forma fica mais fácil do comediante se comunicar com o seu público, por exemplo, fazer piadas sobre os ricos, são uma minoria, e a maioria das pessoas vão se identificar ao entenderem o humorista tirando sarro dos ricos. Não se engane, apesar de sua classificação como humor ofensivo, ao contar uma piada obscena para determinada plateia ela pode funcionar muito bem, isso tudo ficara a critério de como a piada foi formulada e de como a plateia se relacionou com aquilo.

Temos também o humor negro, que é bastante conhecido, e por definição, utiliza situações mórbidas para fazer graça, como doenças, desgraças e assim por diante, este estilo se provou bem popular nas redes sociais, mas não agrada a todos já que basicamente é "rir da desgraça alheia".

Este ponto é bem importante no tema pesquisado, já que o humor negro é o estilo de humor que tem bastante potencial de gerar um processo para o artista. (HELITZER, 2005, ed. 2, p. 28)

Uma piada pode ser usada para passar uma mensagem, mas não significa que sempre será usada dessa forma.

O comediante Bo Burnham, em seu livro de poesias, nos dá um um belo panorama de como usar o humor dessa maneira, vejamos:

THE SQUARES

The Squares lived Happily,
in their square houses,
in their square yards,
in their square town.

One day, a family of Circles
moved in from the west.

"Get out of here, roundies!" shouted one of the Squares.
"Why?" asked one of the Circles.
"Because this is a metaphor for racism!". (EGGHEAD, 2013)

Como bem ilustrado por Bo, a mensagem foi passada, uma metáfora para racismo precisamente colocada como centro da questão debatida entre o Quadrado e o Circulo.

Pois bem, o ponto da tentativa de conceituar a comédia era justamente para que possamos analisar o que esta sendo passado pelo comediante, de uma maneira que fique claro para o espectador qual é a real intenção da pessoa ao contar aquela piada.

Ja sabemos que o humor é gerado pelo comediante na maioria das vezes pela quebra da expectativa, agora, nos resta saber até que ponto podemos ir ao contar essas piadas, ja que estamos diante de um cenário no qual todo levantamento de opinião é potencial alvo de críticas, de todos os lados, de um país completamente bipolarizado e que toma partido até para escolher seus comediantes preferidos, baseados em suas convicções políticas e sociais expressadas em seus dizeres.

3 - O PODER DE INFLUENCIAR PESSOAS ATRAVÉS DO DISCURSO HUMORÍSTICO

Quando falamos de humoristas, não estamos nos atendo apenas àqueles que fazem *stand-up comedy*, humoristas, são todos os artistas que movem o seu trabalho através textos cômicos ou até mesmo expressões, portanto, há uma gama de indivíduos aqui envolvidos.

Quando falam de “limite do humor”, todos citam os mais conhecidos humoristas da atualidade, como Rafinha Bastos, Danilo Gentili e outros que tiveram uma carreira recheada de polêmica.

No Brasil, tivemos diversos artistas que sofreram com os costumes e regime político de sua época. Conhecido como *Barão de Itararé*, pseudônimo adotado em homenagem à batalha de Itararé, que foi firmada entre as forças chamadas legalistas e os revoltosos da época, Apparício Torelly publicou diversas reportagens sobre a vida de João Cândido, que foi líder da Revolta da Chibata em 1910, e não era menos esperado que ele sofreria com isso. Com a mídia em torno de suas reportagens, “Torelly acabou sendo sequestrado, espancado e depois abandonado com seus cabelos raspados”. (O GLOBO, 2016)

A questão a ser debatida aqui é a liberdade de expressão, que na época, era muito suprimida, tanto pela legislação, quanto pela força que os políticos tinham com o apoio militar e grandes autoridades influenciadoras. O humor, principalmente quando de forma irônica, é capaz de gerar revolta em quem foi alvo de determinada piada, motivo pelo qual o jornalista Barão de Itararé sofreu.

Para um político ou governante qualquer, pessoa que detém poder, ser alvo de críticas, reportagens, é mais do que comum, mas, quando as críticas tem um tom irônico e humorístico isso desperta fúria, vergonha de todos estarem rindo da sua imagem, e até desejo de vingança neste caso.

A cada dia que se passa, as pessoas públicas e não públicas realmente começam a se importar com o que os artistas estão falando deles ou de sua determinada cultura/tribo, as represálias já são mais exageradas e passam a chamar atenção, afinal, os líderes da Al-Qaeda leram o jornal satírico *Charlie Hebdo*, eles já sabiam o que poderia acontecer e acabaram causando forte represália.

Atualmente, pouco restou do espírito do “Je suis Charlie”, slogan criado em solidariedade às vítimas e sobreviventes do ataque à publicação satírica, em 7 de janeiro de 2015. Naquele dia, os irmãos Chérif e Said Kouachi invadiram a redação e mataram cartunistas, colonistas, dois policiais e um funcionário do prédio. No total, foram 12 mortos e 11 pessoas gravemente feridas. (G1, 2016)

O discurso humorístico vem trazendo uma carga de importância política que muitos não imaginariam que seria possível de se atribuir a um texto de comédia. Estamos passando a dar mais importância e atenção para piadas polêmicas, principalmente quando envolvem política e religião.

LOR, cartunista brasileiro, em uma entrevista dada a revista eletrônica *AGENDA*, reforça também o argumento de que a cada dia que se passa a importância do discurso humorístico, por ele retratado através de charges, se torna cada vez mais relevante, sendo gradativo o crescimento da relevância nos meios de comunicação.

Não é só uma piada, não é atoa que aconteceu o que aconteceu no jornal *Charlie Hebdo*, ou seja, nós estamos recuperando a importância política do humor. (LOR, 2015).

Portanto, o que realmente acontece nos debates quando há uma piada como o foco da discussão é literalmente uma briga de ego, de posições religiosas e políticas que são severamente defendidas com o intuito de impor aos outros o que aquela pessoa pensa e acha que é o mais certo a ser aplicado na situação.

Prova real de bipolarização política no meio da comédia é demonstrada quando um espectador gosta de Comediante X, que adota ideias de "direita", ele automaticamente vai negar todo discurso do Comediante Y, que adota ideias de "esquerda, e virse versa. O espectador passa a rejeitar assistir conteúdo,

somente baseado na prévia consciência de que seus ideais são diferentes e eles não terão muito conteúdo para se relacionarem diretamente.

Toda essa força da formação de opinião que pode ser promovida pelo artista é um dos fatores que fazem alguns preferirem não se manifestarem acerca de assuntos como política e religião.

4 – O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

4.1 - A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Segundo a nossa Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão é abarcada em:

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BRASIL, 1988)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

Ao contrário da legislação americana, a liberdade de expressão no Brasil tem um intuito mais relevante no nosso ordenamento quando comparado e sopesado com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é como um norte para que a atuação do interprete seja mais justa.

O princípio da liberdade de expressão não foi abarcado como um princípio cabal e existem ainda outras normas que foram fixadas para impor limites a essa liberdade, um bom exemplo a se dar neste artigo que falamos dos discursos humorísticos é o direito de resposta, intimidade, honra, imagem e outros, todos também elencados como cláusulas pétreas no nosso art. 5º da CF/88.

O principal ponto que deve ser levantado aqui é a importância dada por nosso legislador aos limites da liberdade de expressão.

E o nosso marco constitucional não ficaria completo sem a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, tem-se entendido que, a despeito do caráter plural e compromissório da Carta de 88, os direitos fundamentais nela contidos constituem um sistema, cuja unidade de sentido repousa no princípio da dignidade da pessoa humana, acolhido no seu art. 1º, inciso III119. Considera-se que a dignidade da pessoa humana atua não só como limite para a ação do Estado, mas também como fonte de deveres positivos, compelindo-o a agir para promover e proteger a dignidade dos indivíduos em face das ameaças que a espreitam de todos os lados. (SARMENTO, 2006, p. 252)

Por conseguinte, o ordenamento brasileiro é bem mais preparado, por mais irônico que isso pareça, do que o americano, para tratar do discurso de ódio, tendo em vista todas as garantias elencadas e proteções a demais direitos que ressalvam frente à liberdade de expressão.

No cenário humorístico, o discurso de ódio pode ser afirmado de diversas formas, mas o que realmente importa na verdade é uma análise de caso a caso. Piadas com minorias já historicamente prejudicadas, além da represália social, ele provavelmente deve receber também a jurídica, afinal, humor é mais do que brincar com grupos estigmatizados pela sociedade, as piadas de “preto”, “macaco”, ficaram para o passado com os anos de menor acesso a informação e tolerância ao preconceito velado.

O ordenamento jurídico no Brasil, por sua essência, promove o respeito e a dignidade humana quando colididos com a liberdade de expressão, já passamos por muitos anos de relativizações de direitos, como na própria

ditadura, e o legislador teve que levar em conta todo esse tempo de aprendizado para afirmar os direitos e garantias fundamentais.

No intuito de se preservar a essência dos princípios, na falta de um critério concreto para a resolução deste tipo de conflito, criou-se um método denominado Ponderação:

Na Primeira etapa, o intérprete observaria um possível conflito de normas. Nessa etapa, deve-se observar muito bem se o conflito é de fato existente, e o aplicador deveria determinar o âmbito de aplicação de determinada norma a fim de verificar se, de fato, existe uma colisão. A segunda fase demonstra a análise do fato, das circunstâncias concretas do caso, bem como a interação dessas com as normas em discussão. A última fase é a que demonstra por si a própria ponderação. Ou seja, é nessa fase que o intérprete verá qual a norma deverá prevalecer, que peso será conferido tanto a ela quanto à sucumbente. (BEDÉ, 2004)

Poderia citar aqui diversas jurisprudências afirmativas quanto ao humor frente à liberdade de expressão, pois a ponderação não é unânime entre os doutrinadores, mas acho que o que importa mesmo é ter a noção do que a lei prega, para que forme o entendimento de que o mundo já passou por muitas coisas ruins, experiências terríveis, que se defenderam somente na liberdade de expressão, como um escudo, o escudo protetor do *Hate Speech*, protetor das piadas ruins e preconceituosas.

O importante então, é não ter um pensamento de que se fala o que quiser, justamente pela liberdade de expressão não ser um direito absoluto, que encontra restrições em outros direitos também fundamentais. (JUNIOR, 2009)

O ponto é entender o limite da liberdade de expressão, até onde podemos ir com nossos discursos, sendo pessoas públicas isso se torna mais preocupante ainda, pois como já dito acima, o humor tem o poder de influenciar pessoas, podendo ser influenciado a torturar um jornalista, a ponto de quase acabar com a vida dele, como ocorrido com o Barão de Itararé, mas também pode influenciar, principalmente, e até bem mais preocupante (tendo em vista a ocorrência de represálias de agressão física), quando falamos que pessoas públicas influenciam pessoas, querendo elas ou não. É muito fácil um ator da

Globo influenciar alguém a comprar um produto, assim como é muito fácil um comediante fazer alguém pensar como ele, disseminando o preconceito e se escondendo no escudo da liberdade de poder falar o que quiser, afinal, é só uma piada.

4.2 - RELATOS DO PRINCÍPIO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

4.2.1 - Eua

É de extrema importância para este artigo uma extensa explicação do desenvolver histórico da liberdade de expressão, tendo em vista que no decorrer dos anos muitas coisas aconteceram para que hoje tenhamos o padrão e até os ideais quanto essa liberdade. Entretanto, irei me ater a casos de grande repercussão internacional para que possa ilustrar de forma didática o balanço de outra legislação e suas experiências com essa liberdade.

Logo que abordamos o tema “liberdade de expressão”, não restam dúvidas de que seria importante mencionar a legislação Norte Americana, pois, quando tratamos de limites à liberdade de expressão, cita-los nos dá uma imensidão de precedentes para que possamos analisar.

O princípio da liberdade de expressão americana foi incorporado pela sua constituição no ano de 1791, mas “foi no começo do século XX, depois do final da 1ª Guerra Mundial, que este direito começou a ser efetivamente protegido pelo judiciário daquele país”. (SARMENTO, 2006, p. 265)

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1971)

Em outras palavras, o congresso americano é proibido de editar lei que limite a liberdade de expressão, o que dá para eles uma garantia enorme quando falamos de “falar o que quiser”, mas, ao dizer que eles podem falar o que quiser, quer dizer que eles podem falar praticamente tudo mesmo.

O conceito de “Hate Speech” é dado nos países em que, como nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é posta de forma ilimitada, ou seja, falar o que quiser, defender o que quiser, não implicaria ao indivíduo, tecnicamente, nenhuma sanção legal, o que não é o caso do Brasil.

Os Estados Unidos possuem uma divisão no que se refere ao pensamento a livre liberdade de expressão, de um lado temos os libertários e de outro os ativistas:

Uma **libertária**, que vê o Estado como o grande adversário deste direito, e tem como ideal regulativo o modelo do “mercado de idéias”, em que agentes privados comunicar-se-iam uns com os outros livremente, sem qualquer interferência estatal. Esta corrente parte da premissa de que, ainda que o mercado possa ter as suas falhas, elas são preferíveis à intervenção do Estado, cuja atuação sempre tenderia a desfavorecer as idéias que fossem prejudiciais aos governantes ou contrárias às preferências das maiorias. A outra linha é a **ativista**, que aceita e às vezes até reclama a intervenção estatal na esfera comunicativa, visando a suprir e corrigir os desvios e as falhas mercadológicas, a fim de assegurar as condições para um debate público mais plural, do qual também possam participar aqueles que, por falta de dinheiro ou poder, não conseguiram se fazer ouvir num sistema baseado exclusivamente no mercado. (SARMENTO, 2006, p. 267)

Diante dessa bipolarização, ao longo dos anos, a teoria libertária prevaleceu na maioria das vezes quando se tratava da 1ª Emenda, e é desta forma até hoje. Sarmiento salienta um importante marco para a teoria ativista, que foi através da chamada *fairness doctrine*.

Criada pela agência reguladora especialmente dedicada a comunicação eletrônica, FCC (*Federal communications Commission*). A *fairness doctrine* era composta de medidas que serviam para que fosse garantido que a Rádio e a TV incluíssem em sua programação uma cobertura de questões envoltas em interesse pública, para que fosse possível passar a visão de diversos lados e

argumentações que provavelmente nem nunca seriam discutidas devido às emissoras de Rádio e TV possuírem muitas vezes impecílios para a transmissão de alguns temas que seriam colocados em debate.

Embora pouco aplicada, a *fairness doctrine* foi capaz de promover “direitos de resposta” quando indivíduos fossem atacados sobre suas posições no debate ali firmado com assunto de interesse de geral.

Ademais, outro argumento invocado contra a *fairness doctrine* era o de que a sua fiscalização e implementação competiam a um órgão do Estado, composto por pessoas que também tinham a sua agenda e os seus interesses políticos, e não por hipotéticos “guardiões platônicos” neutros em relação aos conflitos deflagrados no espaço comunicativo. Por isso, diziam os críticos, seria preferível confiar na mão invisível do mercado do que na conduta de agentes do Estado para regulação do conteúdo das programações de Rádio e televisão. (SARMENTO, 2006, p. 269)

Com o advento da presidência de Ronald Reagan, os ideais liberais se afloraram dando pouco espaço à interpretação da *fairness doctrine*, pregando contra a intervenção do Estado no setor privado, não durando muito até que a citada doutrina fosse invalidada pela própria agência (FCC). Sendo que, desta forma, nos Estados Unidos, hoje, a visão radical libertária da aplicação da 1ª Emenda é que domina nos debates jurídicos e acadêmicos acerca do assunto.

O autor Daniel Sarmiento elenca em seu artigo acerca do problema do Hate Speech, diversos casos polêmicos envolvendo a liberdade de expressão americana, citarei aqui apenas dois casos a título de exemplificação do nível que a liberdade americana dá ao cidadão para “defender seus ideais”.

Um caso bem conhecido, se podemos assim dizer, foi o caso de *Brandenburg vs. Ohio*, ocorrido em 1969, que reformou a decisão da condenação por apologia ao crime de *Brandenburg*, que era nada mais nada menos que um líder da Ku Kux Klan. O que aconteceu foi que o indivíduo promoveu um encontro com outras pessoas dessa entidade, com a presença convidada de um repórter para transmitir tudo ao público. Neste encontro ele proferiu palavras extremamente agressivas e preconceituosas contra negros e judeus, de forma que todos os integrantes estavam encapuzados e queimando cruzes.

Brandenburg disse, por exemplo, que os negros deveriam ser enviados de volta para a África e os judeus para Israel, e logo após, proferiu ameaças tanto ao Presidente quanto para o Congresso e a Suprema Corte, para que parassem de prejudicar a raça caucasiana, porque a sua organização poderia se vingar.

E o resultado de tudo isso não foi nada mais do que o esperado, a Suprema Corte o absolveu porque a condenação proferida a ele no estado de Ohio foi considerada incompatível com a garantia constitucional da liberdade de expressão.

Um outro caso muito marcante para a história da liberdade de expressão frente ao “hate speech” nos Estados Unidos foi o caso *Virgínia vs. Black et al*, de 2003. A suprema corte americana declarou constitucional no Estado da Virgínia, que seja criminalizado o ato de queimar cruzes, quando realizados como afronto, ou como método de intimidação, e acabou que três indivíduos foram condenados pelo estado por esta conduta em específico, porém, tempo depois, a Suprema Corte do estado da Virgínia reverteu todas as três condenações, com fundamento baseado em que a lei violaria a liberdade de expressão sustentada pela Primeira Emenda, sendo então declarada inconstitucional.

Para Sarmiento, o mais impressionante de todo esse debate não é nem o resultado das condenações em sí, até porque já era esperado, mas sim a forma de como foi debatido o tema pela Suprema Corte.

Nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade, previsto na 14ª emenda da Constituição Americana, como se a questão da igualdade racial – verdadeira chaga na história daquele país – não tivesse qualquer relação com o tema. (SARMENTO, 2006, p. 216 e 217)

Toda essa “proteção” conferida ao *hate speech* no sistema jurídico americano os tornaram um dos países com a maior disseminação preconceituosa em sites pelo mundo, fazendo dessa forma, um favor a quem pratica a intolerância dentro do seu país.

4.2.2 - Alemanha

O desenrolar da liberdade de expressão e a maneira de lidar com o *hate speech* da Alemanha é de absoluta importância aqui, já que toda a regra de colisão de princípios que será tratada mais a frente tem como base o sistema jurídico alemão, sobre as palavras de Robert Alexy.

Na Alemanha também temos a liberdade de expressão como princípio primordial para a democracia, porém, ela não recebe o mesmo tratamento do que os americanos. Aqui, para a ordem jurídica alemã, a dignidade da pessoa humana é quem toma o posto de valor máximo do ordenamento.

Artigo 5

[Liberdade de opinião, de arte e ciência]

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

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

(3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Traduzido por Assis Mendonça, Aachen, 2011)

Sarmiento sustenta que a liberdade de expressão alemã possui duplo papel:

Por um lado, trata-se de direito subjetivo essencial para a auto-realização do indivíduo no contexto da vida social. Por outro, a liberdade de expressão, na sua dimensão objetiva, é um elemento constitutivo da ordem democrática, por permitir a formação de uma opinião pública bem informada e garantir um debate plural e aberto sobre os temas de interesse público. (SARMENTO, 2006, p. 225)

Hoje, o Direito Infraconstitucional alemão possui uma série de medidas para que sejam combatidos os discursos que promovem o *hate speech*, sendo eles elencados pelo autor:

- 1) Todo tipo de incitação ao ódio e ataques à dignidade da pessoa humana contra grupos de minorias é criminalizado pelo sistema penal;

- 2) A imposição de penas para indivíduos relacionados a movimentos neonazistas, assim como a ostentação que qualquer símbolo que possa representar a paritipação nestes grupos;
- 3) A possibilidade de impor uma dissolução imediata pelas autoridades a grupos que se reúnem para fomentar o *hate speech*;
- 4) A reunião de livros, periódicos e publicações em geral que praticam o ódio racial em uma lista que permite tanto a vedação de propagandas que vinculem este tipo de conteúdo, quanto a proibição da venda para menores de idade.
- 5) O impedimento de que seja transmitido programas de Rádio e TV que incitem, novamente, tanto o ódio racial quanto religioso e étnico;
- 6) Ações “injuntivas e de reparação de danos morais no Direito Civil”.

Para melhor explicar a aplicação do princípio da Liberdade de Expressão e seus desdobramentos com o *hate speech* no sistema jurídico alemão, daremos exemplos passados por Sarmento a título do melhor esclarecimento da forma de atuação dos Tribunais para com o princípio em pauta.

Em 1994, ocorreram três casos que conseguem representar exatamente a forma pela qual o princípio é tratado no país. O primeiro e muito marcante, envolveu a negação do Holocausto por ato do governo da Baviera. O que nos importa aqui é a análise feita pelo Tribunal, que tratou este problema de forma a considerar que a negação do Holocausto é meramente composta de alegação e fatos inverídicos, que nada contribuem para a formação de opinião pública. Sendo assim, a liberdade de expressão foi afastada com o argumento de que a negação do holocausto constitui uma continuação da discriminação sofrida pelo povo Judeu.

Outro caso emblemático deste mesmo ano envolveu a discussão a respeito da inclusão da obra “Verdade para a Alemanha: A questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial” na lista já tratada acima, que implicaria na proibição de se vincular uma propaganda da obra e também a proibição da venda para menores de idade. A obra tratava-se de um relato pessoal, atribuindo a culpa aos adversários da Alemanha pela eclosão da 2ª Guerra Mundial, e não a eles mesmos.

A Corte entendeu que as informações contidas na obra sustentam a opinião do autor, não podendo ser classificada como disseminação de inverdades como no caso anterior, sendo assim constitucional a não inclusão da obra na lista.

Por último, o caso em que o Tribunal Constitucional Alemão discutiu a condenação de um indivíduo que colou um adesivo em seu carro com os dizeres “Soldados são Assassinos”, sendo condenado por insultar um determinado grupo (Integrantes das Forças Armadas). A Corte concluiu igualmente à decisão anterior, classificando o adesivo como uma crítica que estaria plenamente dentro dos padrões da liberdade de expressão, e que não se trata de acusação de homicídio à classe dos integrantes das forças armadas, fazendo com que o entendimento final fosse de que a condenação por insulto seria uma violação ao princípio da liberdade de expressão.

Portanto, vê-se que a Corte Alemã soube distinguir o *hate speech* de manifestações que, conquanto pudessem ferir as suscetibilidades e até ofender os integrantes de determinados grupos, configuravam legítima expressão de opinião em tema de relevância pública. (SARMENTO, 2006, p. 229)

O forma de aplicação do princípio pelo sistema jurídico alemão de forma humanitária, pode ser explicado por influência da história do país com o Nacional-Socialismo do passado, o que os faz ficar cada dia mais atentos com o surgimento de discursos e ideologias que contém a disseminação de ódio como ponto chave e evidente, afinal, os alemães não devem desejar passar por outra crise humanitária em seu país.

5 - A COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E SUA APLICAÇÃO

5.1 - REGRAS X PRINCÍPIOS

Para que possamos aplicar a ponderação de princípios de Alexy, se faz necessário inicialmente a distinção entre regras e princípios. A distinção é um elemento fundamental para a dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também muito importante para os direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito.

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 85).

Em sua obra, Alexy faz questão de deixar bem claro que estaria tratando da regra e do princípio como uma norma, e não como se a norma fosse outra variante da distinção, aqui, todos os dois são normas pois ambos dizem o que deve ser, sendo portanto, uma distinção entre dois tipos de normas.

O modelo de distinção utilizado com mais frequência para o autor é o da generalidade. O que este método de análise da distinção nos diz é que os princípios possuem graus diferentes das regras no que se refere a generalidade, enquanto os princípios possuem grau de generalidade relativamente alto, as regras possuem grau de generalidade baixo.

Diante disso, podemos exemplificar que, ao se deparar com o grau de generalidade da norma, é possível pensar em classificar como princípio ou regra. Para o autor, outros critérios podem ser discutidos nesse âmbito, como a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito e a importância para a ordem jurídica.

Tendo como base os critérios estabelecidos por Alexy, são dadas três teses "inteiramente diversas" sobre a distinção aqui estabelecida. Primeiramente, temos que toda tentativa de se executar essa distinção entre as regras e princípios estão fadadas ao fracasso justamente pela diversidade existente, podendo então nos colocar em uma situação que estaríamos diante de critérios que permitem apenas uma diferenciação gradativa, podendo serem combinados da maneira que se desejar.

A segunda tese apontada nos diz que embora as normas poderem ser divididas em regras e princípios, essa diferença será somente de grau. Para o autor, os adeptos dessa tese geralmente são aqueles que usam a generalidade como critério decisivo para a realização dessa distinção.

Por fim, a terceira tese sustenta que a distinção entre as regras e princípios não são somente abarcados com a generalidade como critério final, não existe apenas uma diferença gradual, mas também qualitativa. Para Alexy, essa tese é a correta.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, p. 90).

5.2 – O CONFLITO DE REGRAS

Faz-se necessário uma breve análise sobre o conflito de regras para que fique estabelecida novamente sua diferença para quando falamos de princípios. Para o autor, o conflito de regras somente pode ser solucionado se em uma das regras for incluída uma cláusula de exceção que acabe com o conflito, ou, se ao menos uma das regras for declarada inválida para o ordenamento jurídico.

Vejamos o exemplo a seguir:

A = regra que proíbe os alunos de saírem da sala de aula antes que o sinal toque.

B = regra que impõe o dever de sair da sala de aula caso o alarme de incêndio seja disparado.

Neste caso em questão, a cláusula de exceção resolve o problema, tendo em vista que essas regras conduzem a um juízo de serem contraditórias entre si, se a solução da cláusula de exceção não for possível em algum caso, Alexy afirma que ao menos uma delas haverá de ser declarada inválida, retirando-a do ordenamento jurídico.

Mas de fato, esse meio de resolução do conflito não quer dizer nada a respeito de qual regra deverá ser tratada da forma exemplificada acima. Nesta situação, o problema deverá ser solucionado através dos critérios de: Lei posterior revoga lei anterior (*lex posterior derogat legi priori*) ou Lei específica derroga lei geral (*lex specialis derogat legi generali*). "O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade". (ALEXY, 2015, p.92).

Vejamos outro exemplo para concluir o raciocínio:

A = Lei Federal alemã permite que as lojas fiquem abertas no horário entre 7 e 19h nos dias úteis.

B = Lei Estadual que diz proibida a abertura de comércio após o horário das 13h nas quartas-feiras.

Temos um conflito que implica primariamente na possibilidade da abertura de comércio semanalmente (dias úteis), enquanto outra regra proíbe a abertura nas quartas-feiras após as 13h, sendo assim inviável a validade simultânea dessas normas já que seria tanto permitido quanto proibido a permanência de funcionamento do comércio após as 13h nas quartas-feiras.

Fato é que no ordenamento jurídico alemão, ordenamento esse tirado como base para o exemplo do autor, possui regra constitucional que dispõe:

Artigo 31
[Preeminência do direito federal]
O direito federal tem prioridade sobre o direito estadual.
(Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Traduzido por
Assis Mendonça, Aachen, 2011)

Portanto, a questão de se considerar uma cláusula de exceção está excluída, restou então ao Tribunal Constitucional Federal resolver no sentido de declarar a nulidade da norma estadual.

5.3 - COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

As colisões de princípios não se resolverão da mesma forma que o conflito de regras, mas sim de forma totalmente diversa. Quando princípios colidem, sendo que para um princípio determinada conduta é permitida e para outro é proibida, Alexy afirma que um dos princípios terá que ceder.

Aconte que alguns princípios podem, por importância, estar em primeiro lugar frente a outro princípio (precedência), porém, a questão da precedência em alguns casos será resolvida de forma diversa.

Os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com mais peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorre, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (Alexy, 2015, p.94).

O autor, para melhor exemplificar a situação, nos deu dois casos de sopesamento utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que serão explicados mais detalhadamente em conjunto com a aplicação da Lei de Colisão.

5.3.1 - A lei de colisão

O primeiro exemplo é sobre a incapacidade de um indivíduo participar de um audiência processual. O caso relatado por Alexy reflete sobre uma audiência

em que, o acusado por estar diante de muita tensão, poderia ser vítima de um derrame cerebral ou um infarto.

A “relação de tensão” neste caso, em que de um lado o Estado tem o dever de aplicação do direito penal, e do outro o Estado também precisa assegurar a observância de direitos fundamentais garantidos pelo mesmo, como uma proteção constitucional.

Temos que essa relação não pode ser resolvida tendo como base somente a precedência absoluta, pois aqui, nenhum desses deveres possui uma prioridade absoluta. O conflito então passa a ser resolvido por sopesamento entre os interesses aqui em conflito.

Para Alexy, o objetivo principal do sopesamento é definir qual dos interesses possui maior peso no caso concreto, vemos então que a análise não deve ser feita de forma geral, mas sim adotando e cuidando das particularidades de cada caso concreto.

Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade. (ALEXY, 2015, p. 95)

Ademais, a solução para este tipo de colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão. No caso em questão, essa relação de precedência condicionada, nada mais é que a delimitação das condições pelas quais um princípio tem precedência sobre o outro em questão.

Alexy mostra de forma mais didática a relação de precedência no caso concreto por intermédio das fórmulas a seguir que demonstram que se isoladamente considerados, levariam à contradições em juízo.

P1 = direito à vida e integridade física

P2 = operacionalidade do direito penal

Portanto, temos que essa colisão poderá ser resolvida por intermédio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada.

P = relação de precedência entre os princípios

C = condições atribuídas para uma relação de precedência condicionada

Diante do caso concreto aqui elencado, teremos então quatro possibilidades para a decisão a partir da solução da colisão entre princípios:

- (1) P1 **P** P2.
- (2) P2 **P** P1.
- (3) (P1 **P** P2) C.
- (4) (P2 **P** P1) C.

Diante do exposto, observa-se que (1) e (2) são relações incondicionadas, pelas quais um princípio tem precedência sobre o outro. Já o caso presente na resolução (3) e (4), são a fórmula para resolver a colisão tendo como base a relação de precedência condicionada.

Logo, no caso concreto, se a audiência tem potencial de causar risco concreto à vida do indivíduo, ela viola direito fundamental garantido pelo art. 2, § 2º, da constituição alemã elencada abaixo:

Artigo 2

[Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

(Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Traduzido por Assis Mendonça, Aachen, 2011).

A lei nos diz as condições pelas quais o direito fundamental deve ser respeitado, sendo considerado inviolável. Então, se a lei vai de encontro com preceitos fundamentais constitucionais, ela é proibida no ponto de vista dos direitos fundamentais. Situação essa que pode ser ilustrada da forma que **C**, são as condições de precedência, podendo ainda serem interpretadas com um duplo papél.

O autor explica melhor o duplo papél de **C**, de forma que ao analisar a precedência de P1, ou seja, de sua garantia constitucional do Art. 2º, § 2º, P1 tem exercido seu poder de precedência sobre o outro princípio por ele colidido, nos quais estão presentes as condições **C**, quer dizer que as consequências jurídicas geradas a partir disso, só ocorrerão com a presença das condições de **C**.

Conforme o exposto acima, podemos afirmar que P1 terá sua precedência sobre P2, por estar exposto às condições **C**, e que a relação jurídica produzida por P1 sob as condições **C** foi chamada de **R**, temos **C** como o real suporte fático da colisão, e **R** como consequência jurídica, representada da forma: **C** -> **R**.

Essa lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. (ALEXY, 2015, p.99)

Essa lei nos faz entender os princípios com uma natureza de mandamentos de otimização, que ao mesmo tempo que nega a existência da precedência absoluta em relações de colisão de princípios, faz referência a casos concretos que não tem potencial para serem quantificados, sendo assim, a forma de resposta a toda argumentação que tenha como base a teoria dos princípios com a teoria dos valores.

5.3.2 – O caso de Lebach

Com relação à "lei de colisão" um caso muito marcante para bem se exemplificar e entender, é o caso Lebach. De forma simples, o caso consistiu

em uma emissora de TV querendo colocar em sua programação um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach", contava a história do assassinato de quatro soldados, que trabalhavam como sentinela em um depósito de munições do Exército Alemão, eles foram assassinados enquanto dormiam, e os assassinos também roubaram diversas armas que, segundo a história, seriam roubadas com a intenção de usá-las para cometer outros crimes.

A real relevância desse caso para o assunto tratado até aqui, é ilustrada quando um dos envolvidos nesse caso, um cúmplice, que já estava prestes a ser libertado da prisão, cumprindo sua pena, foi citado diretamente no documentário, tanto nominalmente quanto com algumas fotos. Segundo ele, o documentário seria de extrema problemática para ele tendo em vista que dificultaria toda a sua ressocialização, violando direitos fundamentais garantidos a ele pela Constituição Alemã, mais precisamente colocados no art. 1º, § 2º, e o art. 2º, § 1º:

Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

Artigo 2

[Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Traduzido por Assis Mendonça, Aachen, 2011)

Com o andamento do caso, O Tribunal Estadual Alemão rejeitou o pedido cautelar para cancelar o documentário na programação da emissora, e o Tribunal Superior também rejeitou o recurso realizado frente a decisão anterior, portanto, o autor teve que ajuizar uma “reclamação constitucional” contra as decisões do Superior Tribunal e do Estadual.

No que se refere a colisão de princípios ocorrida no caso, a decisão do Tribunal Constitucional Federal, foi dividida em três etapas.

1ª ETAPA:

O Tribunal na primeira fase identificou a colisão entre os princípios da proteção da personalidade, garantido no art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, já citados acima, da Constituição Alemã, e o princípio da liberdade de informar por meio da radiodifusão, garantidos no art. 5º, § 1º e 2º. Importante frisar a forma de tratamento do Tribunal Constitucional Federal, chamando de “situação de tensão” ou “conflito” a colisão tratada.

Artigo 5

[Liberdade de opinião, de arte e ciência]

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

(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Traduzido por Assis Mendonça, Aachen, 2011)

Alexy usou do modelo da “lei de colisão” para aplicar no caso concreto, portanto, o primeiro princípio aqui será simbolizado por P1, e sendo assim, o segundo princípio será colocado como P2. Como já explicado anteriormente, temos que analisar os princípios isoladamente para garantir a ocorrência da colisão.

Sendo assim, se somente aplicado o primeiro princípio, garantindo o direito da personalidade para o autor da reclamação, temos a proibição do documentário entrar na programação da emissora, enquanto o segundo princípio, se isoladamente aplicado, levaria a permissão da exibição do documentário.

Como estamos diante de uma colisão de princípios, não podemos aplicar um princípio isoladamente, declarando assim a invalidade do outro, devemos tratar essa colisão com o “sopesamento” dos princípios, não devendo aplicar uma

precedência geral/absoluta de um sobre o outro, mas sim uma análise de “qual princípio deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais” (ALEXY, 2015, p.101).

Diante disso, a solução deve se basear em como os princípios serão sopesados, levando em consideração todas as peculiaridades do caso concreto e de como as peculiaridades pesam em relação aos princípios colidentes, devendo ser acrescentada aqui, mais um critério de avaliação, o critério dos “valores constitucionais”.

2ª ETAPA:

Nessa etapa, o Tribunal Constitucional Federal sustenta que no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos” (**C1**), P2 teria uma precedência geral/básica sobre P1.

- (P2 **P** P1) **C1**

Aqui, Alexy nos passa uma visão muito importante acerca da relevância das condições do caso concreto que podem servir como fator determinante da aplicação da precedência geral de um princípio sobre o outro – aqui, de P2 sobre P1 – que ainda assim possuem limitações.

Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções. (ALEXY, 2015, p. 101)

O autor faz questão de que fique claro que o Tribunal decidiu o caso por meio do sopesamento dos princípios, mas questiona se esse era o melhor caminho a ser traçado. A crítica à decisão é dada quando o Alexy questiona se seria possível que tudo não fosse decidido na ultima etapa pelo sopesamento, mas sim nas etapas anteriores, da adequação e necessidade, sendo assim, seria possível que a emissora transmitisse o documentário retirando o nome e

identificação do autor de toda a programação, mas aqui, o tribunal supõe que nesse caso, o reclamante teria os seus direitos violados da mesma forma.

3ª ETAPA:

A decisão é dada aqui, na terceira etapa, e o Tribunal Constitucional Federal Alemão decide de forma a considerar que o caso não está revestido de interesse novo/atual para ser informado a todos. Sendo assim, a decisão é de que o princípio da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, proibindo então, a veiculação do documentário “O assassinato de soldados em Lebach”.

A conclusão então de que P1 tem precedência sobre P2, o enunciado de preferência segundo a “lei de colisão” fica ilustrada da seguinte forma:

- (P1 **P** P2) **C2**

Sendo que **C2** são condições que “colocam em risco a ressocialização do autor” tendo quatro composições como suporte fático. Primeiro temos o documentário é uma notícia repetida, sobre um grave crime, que põe em risco a ressocialização do autor, e que é proibida perante a análise dos direitos fundamentais do autor.

(enunciado de preferência, de **C2** [Condições] -> **R** [Consequência jurídica] de Robert Alexy, no qual **T** corresponde a um atributo do suporte fático):

T1 e T2 e T3 e T4 -> R.

Para analisar os atributos, é importante entender a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas pela Constituição, e normas de direitos fundamentais atribuídas.

Toda vez que a atribuição possibilitar uma fundamentação de direitos fundamentais, ela é uma norma atribuída, portanto, uma norma de direito fundamental. Isso nos leva a concluir que poderemos ter uma norma de direito

fundamental composta por uma estrutura de princípios, e uma norma de direito fundamental composta por uma estrutura de regras.

6 – O DISTINTO CARÁTER “*PRIMA FACIE*”

Até este momento da análise da teoria dos princípios e das normas de direito fundamental, os princípios foram definidos por Alexy como mandamentos de otimização e as regras de uma forma que são aplicadas ou não. Estes são as características básicas, portanto o autor nos introduz a característica do distinto caráter “*prima facie*” das regras e dos princípios.

Entende-se que os princípios não possuem mandamento definitivo, porque ao ser concedido sua precedência em face de outro, o princípio não possui uma “determinação de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2015, p.104). São exatamente o contrário das regras, pois de acordo com a forma de sua aplicação diante de conflito, ou ela aplica exatamente o que determina a regra, ou não aplica, tendo então a exata determinação de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Passa então a entender os princípios como *mandamentos prima facie*, e não definitivos como as regras entendem.

No que se refere o caráter *prima facie* das regras, ele será aplicado somente quando perder o seu caráter definitivo para outra. Mas, o caráter *prima facie* das regras é muito diferente dos princípios, justamente porque um princípio é superado pura e simplesmente por conferirem um peso maior ao outro princípio, tendo então que ceder. A regra não é superada somente pela conferência de maior peso sobre o princípio sustentado pela regra, ela deve superar também princípios que estabelecem critérios formais para as regras, como por exemplo terem que ser criadas pelas autoridades legítimas. Os critérios formais que devem ser superados caso a caso são chamados pelo autor de “princípios formais”.

A diferença entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios está exatamente entorno dessa diferença do que precisa ser superado para as regras, que são os princípios formais, e ainda que possa se atribuir carga argumentativa a para um princípio em face de outro, é possível afirmar o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

A aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. Mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência do caso concreto. Ela tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida. (ALEXY, 2015, p.106)

Então, é fundamentalmente distinto, o caráter *prima facie* dos princípios e das regras.

7 – A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DA NECESSIDADE

A máxima da proporcionalidade é a exigência de sopesamento, de identificar a possibilidade jurídica, que é aplicado após as etapas da Adequação, Necessidade. Exemplificando, quando P1 colide com P2, a aplicação do princípio de P1 produzindo o resultado jurídico **K**, depende do princípio que esta cedendo. “Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (ALEXY, 2015, p. 117).

Há de se falar na diferença da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, e das máximas da necessidade e adequação, sendo que a proporcionalidade é uma situação em que se realiza a análise das possibilidades jurídicas, enquanto nas outras máximas, da necessidade e da adequação, possibilidades fáticas. Enquanto uma já tem as possibilidades acertadas e devidamente feitas, nas outras máximas elas são moldadas pelas possibilidades fáticas de cada caso.

Alexy ainda tenta esclarecer como a máxima da necessidade decorre do caráter princípiológico das normas, que implica a necessidade de sopesamento quando princípios colidem. Ele nos dá o seguinte exemplo:

Z = Objetivo

O objetivo é fundamentado com base no princípio P1, tendo duas medidas a tomar, sendo elas M1 e M2 que serão a base para o objetivo, e todas elas são devidamente adequadas.

M2 = afeta menos ou não afeta

M1 = afeta mais ou afeta

Para P1 tomar uma escolha ela é indiferente, pois para ela nada irá mudar escolhendo uma ou outra. Portanto, sendo P1 indiferente, e P2 não indiferente quanto a escolha da decisão, a escolha de M2 para P2 é de extrema importância pois é uma otimização tanto para as possibilidades jurídicas quanto para as possibilidades fáticas de P2, daí decorre o resultado que de que para P1 e para P2 apenas M2 será permitida.

A dedução do exame da *adequação* não constitui problema. Se M1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z – que é requerido por P1 ou é idêntico a ele -, então M1 não é exigida por P1. Para P1 é, portanto indiferente se adota a medida M1, ou se não, a adoção de M1 é verdade por P2 sob aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame de adequação também decorre do caráter princípiológico das normas de direito fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 120)

E essa é a fundamentação de Robert Alexy, acerca da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, desde de que tenha caráter de princípio. Outras fundamentações como do princípio do Estado de Direito, prática jurisprudencial não são excluídas, mas podem até ajudar na fundamentação tendo como base os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De modo a rebobinar o conhecimento até aqui passado, vimos que o humor vem ganhando muita relevância no campo político do Brasil, e também que o discurso humorístico esta contagiando mais e mais pessoas, fazendo se filiem a certos comediantes que possuem ideias relacionadas às deles. Portanto, levando em consideração todos os extremos e variáveis possíveis da liberdade de expressão poderemos aplicar a lei de colisão de Alexy.

Tendo como base o estudo passado pela colisão de princípios de Robert Alexy, o que nos interessa aqui, é usar este conhecimento e modelo de resolução de conflitos como fundamento para a potencial colisão de princípios que pode ocorrer quando tratamos do discurso humorístico.

Como aplicado na Alemanha, o Brasil não tem o princípio da liberdade de expressão como máxima para o ordenamento jurídico, mas sim, a dignidade da pessoa humana. Podemos aqui afirmar que esta informação ja é de muita significância quando sopesados os princípios colidentes de um texto humorístico que produzirão uma consequência jurídica caso a caso.

Vimos que as circunstâncias de cada caso são condições para a aplicação, ou não, da precedência do princípio da liberdade de expressão frente ao outro princípio colidade – que aqui será o princípio da personalidade -, sendo as circunstâncias o suporte fático do enunciado de preferência de Alexy.

Tendo que considerar então, que nenhum princípio terá precedência absoluta sobre outro, sendo necessário o sopesamento para que seja determinado qual princípio irá ceder para que a aplicação de um princípio seja determinada.

Portanto, a diferenciação entre o uso da liberdade de expressão e propagação do *hate speech* deverá ser constatada caso a caso de acordo com a maneira que as circunstâncias influenciam a tomada de decisão.

Como o presente estudo dos limites da atuação do princípio da liberdade de expressão no cenário humorístico brasileiro, considerar-se-a que a “situação de tensão” aqui é composta por elementos de caráter de princípios. O conflito de regras nos serviu para que seja possível a compreensão do diferente modo de aplicação dos princípios, de suas grandes e diferentes características – como o citado distinto caráter *prima facie* entre regras e princípios -, e que no serviu também para entender o porquê do diferente modo de tratamento em relação aos princípios.

Pois bem, quando um comediante é acusado de abusar de seu direito a liberdade de expressão, geralmente teremos de um lado o potencial violado princípio da dignidade da pessoa humana, quando o abuso da liberdade versar sobre indivíduos e grupos de minorias, tendo toda influência dos Direitos Fundamentais para que sirva de apoio e força ao argumento que será sustentado pelo indivíduo que sentiu que teve seu direito violado. E por outro lado, teremos o lado dos humoristas, que se apoiarão no princípio da liberdade de expressão como vertente absoluta em suas justificativas.

Então, segundo a “lei de colisões” de Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana P1, se aplicado isoladamente, implicará o resultado jurídico **R**, e, o princípio da liberdade de expressão, aqui representado por P2, se aplicado isoladamente produzirá a consequência jurídica **K**.

Se P1 exercer precedência (**P**) sobre P2, produzirá **R**.

Se P2 exercer precedência (**P**) sobre P1, produzirá **K**.

Contudo, como já foi dito, o importante em cada caso será a análise das condições (**C**). Colocaremos uma situação hipotética para que seja bem exemplificado:

Jorge é um comediante de renome no Brasil, já rodou por várias cidades com turnê de seu especial de *stand up comedy*, porém, em um de seus textos, Jorge faz uma piada a respeito de uma instituição - que ajuda crianças com problemas físicos e mentais -, fazendo uma relação com seus órgãos genitais,

dizendo que: se seu órgão reprodutor continuar com o desempenho atual, ele o internará na instituição acima colocada.

Essa foi uma piada que rendeu para Jorge uma ação judicial, pela qual o Tribunal, ao analisar que mesmo não sendo uma fala com o objetivo da disseminação do ódio, ou de alguma forma de *hate speech*, ela certamente afeta o princípio da dignidade da pessoa humana, garantida pela Constituição Brasileira em seu art. 1º, III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Logo, quando estamos diante de uma situação que ensejou violação a direito fundamental, podemos afirmar que segundo o ponto de vista dos direitos fundamentais, a conduta será proibida, sendo atribuído aqui, peso maior para a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que vem defender os deficientes atacados e ridicularizados diante a piada contada. Este peso maior atribuído ao princípio da dignidade o fará ter, em tese, precedência sobre o outro princípio colidente.

Para concluir, podemos considerar que as condições são o suporte fático determinante para que se possa estabelecer uma consequência jurídica. Se **C**, condição do caso, nos coloca na situação de aplicar certo princípio ou não, baseado em que ao menos neste caso hipotético, as condições são: comparar um órgão genital que está fazendo um péssimo trabalho com crianças portadoras de deficiência física e mental, além de se de extremo mal gosto, nos dá a brecha necessária para que a precedência do princípio da dignidade da pessoa humana tenha uma carga de peso maior do que o princípio da liberdade de expressão.

E da mesma forma devem ser tratados os discursos humorísticos que tem como foco a ridicularização de minorias raciais, religiosas e étnicas. Vivemos em um país que não tem a Liberdade de expressão como fundamento principal

da Constituição, e assim deve ser mantido, para que tanto o Estado quanto indivíduos possam intervir na relação.

Lembrando que para Alexy, o sopesamento não é a única forma para a defesa de princípios violados, podendo a situação ser resolvida nas etapas da Adequação e Necessidade, gerando um resultado prévio, que na situação hipotética ilustrada poderia ser resolvido pela proibição do humorista vincular material que cite a tal instituição, além do sempre desejado pedido de retratação, que na maioria das vezes é ignorado pelos comediantes justamente por estarem apoiados na argumentação de que tudo é só uma piada. Mas, o Tribunal pode interpretar como o exemplo no campo jurídico alemão, de que a parcial aplicação do princípio ainda pode ser considerada violação de um direito, tendo que ser predominante sua aplicação, levando o caso para a aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, sendo então necessário o sopesamento dos princípios como etapa final.

O humor de fato sempre tem um alvo, sendo possível identificar em cada piada uma minoria atingida. A questão que gira em torno do objetivo deste trabalho consiste no exercício humorístico da prevenção ao *hate speech*, sendo uma forma completamente possível de se trabalhar quando o humorista não dá brechas para a interpretação de uma condição que o faça exagerar de seu princípio da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é um princípio maravilhoso previsto pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro e não deve ser usada como escudo para disseminar discursos de ódio e que tem o potencial poder de influenciar pessoas, já que a cada dia que passa, é atribuído mais significância e relevância ao que é dito pelos comediantes, o princípio deve ser usado de forma a fomentar discussões de interesse público, de melhor forma ainda quando é exposto uma posição que tem “pouca voz” e representabilidade.

Por conseguinte, os comediantes brasileiros não devem se apoiar no princípio da liberdade de expressão sem mesmo saberem a forma e o tratamento por ele recebido no ordenamento jurídico brasileiro e nos outros ordenamentos que

podem ser usados como referência para sua aplicabilidade para justificar todas suas piadas.

Temos uma Constituição que preza pela dignidade da pessoa humana e que de acordo com as condições de caso a caso, o nosso ordenamento tende a pender para o lado do cerciamento da liberdade de expressão quando colidida com o princípio da dignidade, dando maior peso para o segundo.

A nossa liberdade de expressão como princípio, portanto, termina logo onde começa o princípio da dignidade da pessoa humana de *outrem* que não deve ser afetado de forma a causar ridicularização.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01 de Novembro de 2017.

BURNHAM, Bo. **MAKE HAPPY**, Netflix, 2016. Disponível em: <https://www.netflix.com/search?q=bo%20burnham>. Acesso em 01 de Novembro de 2017.

HELITZER, Mel. **Como escrever humor**, ed. 1, 2005. Traduzido por Rick Goodwin, Rio de Janeiro, 2014.

HELITZER, Mel. **Como escrever humor**, ed. 2, 2005. Traduzido por Rick Goodwin, Rio de Janeiro, 2016.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 01 de Novembro de 2017.

DOUTORES DA ALEGRIA, **organização da sociedade civil sem fins lucrativos**.

Disponível em: <https://www.doutoresdaalegria.org.br/conheca/sobre-os-doutores/>

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States**, Amendment I, 1971. Disponível em:

https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

O GLOBO. **Dos anos 20 aos 60, Apparício Torelly, o Barão de Itararé, fez do humor uma arma**. 2016. Disponível em:

<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/dos-anos-20-aos-60-apparicio-torelly-barao-de-itarare-fez-do-humor-uma-arma-1-20527005>

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

G1, **Ataque em sede de jornal Charlie Hebdo em Paris deixa mortos**, São Paulo. 2015

Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/tiroteio-deixa-vitimas-em-paris.html>

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

JUNIOR, Edilson Pereira Nobre. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade**. CEJ V.13, n. 45, abr./jul. 2009. Disponível em:

<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1163/1257>

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

BEDÊ, Américo. **A extensão e limites dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e da vida privada**. Revista de Direito Das Faculdades de Vitória – FDV, N. 8 Janeiro/Dezembro de 2004.

G1, **Um ano após massacre do Charlie Hebdo França se mostra dividida**, São Paulo. 2016

Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/01/um-ano-apos-massacre-do-charlie-hebdo-franca-se-mostra-dividida.html>

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

ALEMANHA, **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, 2011.

Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

Acesso em 01 de Novembro de 2017.

DEAN, Greg. **Step by Step to Stand Up Comedy**. 2000. eBook.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição, 4ª Tiragem, 2015, São Paulo. Tradução por Virgílio Afonso da Silva