

O HUMOR COMO FONTE DE DANO MORAL COLETIVO: O ABUSO DE DIREITO NO CASO DOS IRMÃOS PIOLOGO

Driane Fiorentin de Moraes¹

Iuri Bolesina²

Resumo: O presente estudo debruça-se sobre o humor como abuso de direito e fonte de dano moral coletivo (ou de dano social), a partir de julgado envolvendo os youtubers Irmãos Pio logo. Investiga-se o seguinte problema: por quais razões jurídicas o humor pode tornar-se abuso de direito e configurar dano moral coletivo? Utilizou-se como metodologia a abordagem indutiva, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa de documentação indireta. O texto desenvolve quatro momentos: Primeiro, apresentou-se o caso jurídico que gerou o debate mencionado; segundo, expôs-se as definições acerca do abuso de direito enquanto ato ilícito civil; terceiro, tratou-se da contextualização do humor no cenário jurídico contemporâneo; e, por fim, debateu-se o humor como fonte de dano moral coletivo e/ou de dano social. Por fim, de modo geral, concluiu-se que, mesmo a liberdade de expressão sendo considerada pelo STF como um sobredireito, isto não impede o seu exercício abusivo, nos termos do art. 187, do Código Civil. Logo, mesmo o humor com seu conteúdo satírico, pode tornar-se ilícito e danoso, afetando direitos individuais, coletivos ou difusos. Nos dois últimos casos, a configuração danosa pode tornar-se dano moral coletivo, por lesar interesses transindividuais de um grupo determinável

¹¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED - Passo Fundo, Rio Grande do Sul - Brasil.

²²Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado.

(dano coletivo) ou indeterminável (dano difuso).

Palavras-Chave: Abuso de direito; Dano moral coletivo; Humor; Liberdade de expressão; Responsabilidade civil.

HUMOR AS A SOURCE OF COLLECTIVE MORAL DAMAGE: THE ABUSE OF RIGHT IN PIOLOGO BROTHERS CASE

Abstract: The present study focuses on humor as abuse of rights and source of collective moral damage (or social damage), based on a judgment involving youtubers Piologo brothers. The following problem is investigated: for what legal reasons can humor become abuse of rights and constitute collective moral damage? In this sense, the inductive approach method, the monographic procedure method and the indirect documentation research technique were used as methodology. The text went through four moments: First, the legal case that generated the mentioned debate was presented; second, the definitions about the abuse of rights as a civil unlawful act were exposed; third, it was about the contextualization of humor in the contemporary legal scenario; and, finally, humor was discussed as a source of collective moral damage and / or social damage. Finally, in general, it was concluded that, even though freedom of expression being considered by the Supreme Court as a super right, this does not prevent its abusive exercise, under the terms of art. 187, of the Civil Code. Therefore, even humor with its satirical content, can become illicit and harmful, affecting individual, collective or diffuse rights. In the last two cases, the harmful configuration can become collective moral damage, as it damages transindividual interests of a determinable group (collective damage) or indeterminable (diffuse damage).

Keywords: Abuse of rights; Civil liability; Collective moral

damage; Humor; Freedom of expression.

INTRODUÇÃO



Em Estados adjetivados como democráticos é habitual o debate acerca do alcance das liberdades fundamentais ou, em sentido inverso, sobre a sua limitabilidade. Não escapa destas tensões o direito à manifestação, sobretudo porque intensificado com as relações no seio da internet, em especial nas redes sociais e assemelhados. No âmbito do direito civil, a questão da limitação perpassa a caracterização do abuso no exercício do direito, consoante previsto no art. 187, do Código Civil, pela violação da boa-fé, dos bons costumes, da função social e/ou da função econômica.

Exemplo deste debate que ganhou os holofotes midiáticos foi a decisão da 8ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação civil nº 1059191-91.2016.8.26.0100, no caso conhecido como “Irmãos Piologo”. O julgado, no corpo de Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública, envolveu animações humorísticas publicadas no Youtube, no canal dos irmãos Piologo, outrora conhecido como Mundo Canibal. Na decisão, a corte reconheceu o abuso de direito e condenou os réus ao pagamento de R\$ 80 mil reais em razão de danos morais coletivos.

A partir deste caso, buscar-se-á responder o seguinte problema de pesquisa: por quais razões jurídicas o humor pode tornar-se abuso de direito e configurar dano moral coletivo? Em atenção ao caso exposto, buscou-se desenvolver este artigo com o objetivo de promover o debate em torno dos limites instituídos a liberdade de expressão e aos pressupostos que configuram abuso de direito e o dano moral coletivo.

Portanto, propõe-se estruturar o artigo em quatro segmentos: de forma inicial, será descrito o caso jurídico que gerou

o debate mencionado no presente trabalho, buscando expor as fundamentações judiciais empregues pelo juízo *a quo* e pela turma recursal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em um segundo momento, será exposto as definições acerca do abuso de direito enquanto ato ilícito civil. A seguir, tratar-se-á da contextualização do humor no cenário jurídico contemporâneo. E, por fim, do humor como fonte de dano moral coletivo e/ou de dano social.

Para o desenvolvimento da pesquisa, a metodologia utilizada será: como método de abordagem o indutivo, visto será partido de um ponto específico para então adentrar em um ponto geral; como método de procedimento o monográfico; e, como técnica de pesquisa a documentação indireta, tendo em vista que se utiliza como fontes obras bibliográficas disponíveis em torno do assunto.

1. O CASO DOS IRMÃOS PIOLOGO (MUNDO CANNIBAL): AÇÃO CIVIL PÚBLICA 1059191-91.2016.8.26.0100 (SP)

Em atenção a alguns vídeos humorísticos publicados no Youtube pelos irmãos Piologo, conhecidos no meio virtual pelo canal “Mundo Canibal”, a Defensoria Pública de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública (BRASIL, 2016). A ação foi processada e julgada pela 44ª Vara Civil de São Paulo, no dia 10 de junho de 2016, objetivando a condenação dos autores em indenização por danos morais coletivos e a remoção dos vídeos.

Os vídeos mencionados no processo continham animações cujo conteúdo foi interpretado como discriminatório pela Defensoria Pública. O primeiro vídeo citado na ação detinha como título “Ensinando carinhosamente pro seu sobrinho que High School Musical não é um filme de homi”, na qual o tio, aparentemente em tom de brincadeira, ataca fisicamente o sobrinho como forma de ensiná-lo que o filme citado no título não

seria adequado para ele.

Em seguida, a segunda animação mencionada, cujo título “Piripaque” seguia a mensagem “sabe aquelas situações onde você sabe o que quer fazer, mas não tem coragem de fazer”, simulavam situações como: aborto provocado por terceiro através de agressão física desferido pelo namorado ao descobrir que sua parceira estava grávida; assassinato da mãe ao contar para seu filho que era prostituta; assassinato do filho ao declarar sua orientação sexual a seu genitor que lhe dá um tiro no estômago e na cabeça.

Ainda, em outro vídeo chamado “Sr. Donizildo em Whatahell Prostituto”, os personagens simulam uma conversa na qual uma prostituta transexual cobra um valor irrisório pelo seu serviço seguido de cenas incitando violência, tortura e mutilação da personagem (a personagem após ser torturada, tendo os seios alongados e os genitais masculinos cortados cruelmente, só se interessa pelo valor irrisório do programa que acertara com seu algoz).

Os criadores, Rodrigo e Ricardo Piologo, foram denunciados pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero, conjuntamente com o Núcleo de Promoção e Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial (NUDDIR); além dos Núcleos de Infância e Juventude e de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulheres, os quais fazem parte da Defensoria Pública de São Paulo. A defensoria postulou nuclearmente: remoção dos vídeos, retratação dos autores e dano moral coletivo. Para tanto, usou como norte o seguinte argumento (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2020):

Nos vídeos supracitados, há clara incitação ao crime de aborto provocado por terceiro, homicídio e lesão corporal (contra o filho por ser homossexual e contra a mãe por ser prostituta), tortura e lesão corporal grave (contra transexual), com inequívoca manifestação de ódio e desprezo a determinados grupos sociais [...]. Este discurso de ódio é incompatível com o respeito à dignidade da pessoa humana, não só da pessoa, individualmente considerada, mas da dignidade das coletividades. A

Defensoria Pública respeita e zela pelo direito à liberdade de expressão. Não entanto, monitora também a sua compatibilidade com outros direitos humanos, como o de não ter a integridade física e psicológica ameaçadas, de não sofrer opressões e ofensas, de não ser inferiorizado no campo social, de não ter agravada a situação de vulnerabilidade na qual se encontram determinados grupos. Além disso, em relação a grupos vulneráveis é, especialmente, dificultosa a caracterização de um “livre mercado de ideias”, tendo em vista que estes grupos, geralmente, possuem pouco ou nenhum poder político e acervo econômico, capazes de possibilitar que se utilizem os mesmos meios de comunicação [...] para contestar as ideias difundidas por estes canais e debate-las, de modo democráticos. Faz-se necessária a intervenção da Defensoria Pública, nesse contexto, para que essa vulnerabilidade seja minimamente superada ou minimizada, estabelecendo a devida proteção a grupos minoritários e vulneráveis [...]

Em sentença prolatada no dia 18 de setembro do ano de 2017, o juízo de 1º grau julgou improcedente os pedidos iniciais, reconhecendo que, apesar do conteúdo dos vídeos ser questionável, não configuravam conduta criminosa a ser cerceada ou punida pela justiça brasileira. Em sua fundamentação, o juízo *a quo* ressaltou a liberdade de expressão deve ser praticada de maneira conjunta com os demais direitos constitucionais.

Destacou ainda que o entendimento do Supremo Tribunal Federal entende que a liberdade de manifestação de opiniões, desde que não configure crime, não podem ser restringidas. Mencionou que liberdade artística pode ser objeto de percepções diferentes, sobretudo quando se tratar do humor. Por fim, destacou que: “não pode o Estado limitar a liberdade de expressão se não houver ilícito civil ou crime praticado pelos réus. Neste caso estão em uma linha limítrofe e, nesta linha, tenho por princípio que, na dúvida, deve prevalecer a liberdade de expressão”³.

³ “Anoto que os valores representados pela imagem e pelos vídeos produzidos e divulgados pelos réus contam com veemente repúdio por parte deste julgador. A estigmatização e a marginalização de grupos sociais historicamente desfavorecidos (no caso: mulheres e população LGBT) são totalmente contrárias às minhas crenças pessoais. De qualquer forma, o direito não é pautado por juízos estéticos baseados em

Já em sede de recurso, julgado no dia 01 de julho de 2020, a desembargadora e relatora Clara Maria Araújo Xavier, reformou a decisão originária. De plano, destacou que mesmo a liberdade de expressão não configura um direito absoluto, fundamentando tal alegação no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê a responsabilidade em caso de abuso deste direito. Relembrou ainda que o artigo 5º, inciso IV e IX da Constituição Federal prevê a liberdade artística, hipótese defensiva suscitada pelos apelados, não podendo o Estado-juiz impedir esta expressão humorística através da remoção dos conteúdos dos meios virtuais.

Reconheceu, contudo, que apesar de não ser possível decidir pela remoção dos vídeos, não ficam seus autores isentos de responder pelo abuso deste direito, mediante indenização. Desta forma, acolhe a relatora a tese da parte autora de que não há necessidade de reconhecimento de ilícito penal para que se constate o abuso de direito no exercício da liberdade de expressão. Outrossim, menciona as agressões gratuitas direcionadas as minorias pelos responsáveis das animações, afastando a ideia de que os réus não possuíam contato com a realidade pela qual estas minorias diariamente passam.

Por fim, expressou o reconhecimento de discursos de ódio presente nos vídeos e o excesso ao exercício a liberdade de expressão, com fulcro no artigo 187 do Código Civil, além do afronte ao princípio da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade previstos no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Em suma, culminou acolhendo o recurso e fixando indenização por danos morais coletivos no valor de R\$

opiniões, sentimentos e emoções. Em suma, em que pese o desconforto e a repugnância gerados pelo conteúdo em comentário, os réus têm o direito de se manifestar artisticamente nesse sentido, e, por isso, o pedido em seu desfavor deve ser rejeitado. Afinal de contas, é disso que se trata a liberdade de pensamento e de expressão: liberdade para as ideias que eu não concordo, sob pena do outro também querer limitar as minhas ideias com as quais ele não concorda”.

80.000,00 (oitenta mil reais). O valor, por comando judicial, deve ser revertido em favor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para fins de políticas que promovam a igualdade e o combate à discriminação.

Depois da condenação, em sua página no Youtube, no dia 17 de julho de 2020, os irmãos e corréus publicaram um vídeo esclarecendo o ocorrido e alegando em sua defesa que nenhum grupo apontado como “ofendido” pela Defensoria teria de fato reclamado sobre o conteúdo dos vídeos citados no processo. Segundo sua fala, muito pelo contrário, pois receberam apoio destes grupos.

Em sequência, destacaram que ambas as instâncias judiciais reconheceram a inexistência de prática que configurasse ilícito penal. Por fim, demonstraram estar indignados pela mesma decisão que os absolveu de práticas criminosas os condenarem por danos morais coletivo, em especial porque, se o problema eram os vídeos, estes deveria ter recebido ordem para exclusão, o que não ocorreu. No fundo, a decisão, segundo afirmaram, teve como única função converter a situação em mera condenação econômica.

2. DEFININDO O ABUSO DE DIREITO COMO ATO ILÍCITO CÍVEL

O Código Civil de 2002 trouxe na redação do seu artigo 187 o que se conhece por abuso de direito, prevendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)”. Trata-se de uma diretriz jurídica que, embora positivada no Código Civil de 2002, já aparecia de modo assemelhado em decisões judiciais anteriores, em atenção as necessidades sociojurídicas (NETTO, 2015, p. 183).

Neste contexto, “o sujeito aparentemente age no

exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento (CARPENA, 2002, p.381)”. Logo, o comportamento do agente é lícito *a priori*, porém, no seu exercício, viola a ordem material e descumpre o sentido social do direito que executa (NETTO, 2015, p. 184):

Para bem se compreender o abuso do direito, precisa-se partir de que o direito tem sempre uma finalidade, em razão da qual a norma jurídica à protege. Por que se protege o pátrio poder [sic]? Para que o pai eduque o filho. Por que se protege a livre concorrência? Para que as empresas possam servir melhor ao público e obter lucros. Por que o patrão tem direito de admitir e despedir empregados? Para que escolha melhores empregados e assim por diante. Todas as situações jurídicas, que se conceituam como direito subjetivo, são reconhecidas e protegidas pela norma tendo em vista uma finalidade, que se poderá chamar de finalidade econômica e social do direito. Todas as vezes que o direito é exercido de acordo com essas finalidades, está dentro de seus quadros teleológicos. Acontece, porém, que o titular de um direito, em vez de exercê-lo no sentido destas finalidades, o faz no sentido de finalidade contrária, contrastando expressamente, com a finalidade para a qual o direito foi instituído. Tem-se, então, o exercício antissocial do direito e este exercício antissocial é que se conceitua como abuso de direito. [...] O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão [...] (CAVALIERI FILHO, 2015).

Note-se, ante de tudo, que o título “abuso de direito” é uma contradição em si mesmo, podendo conduzir a erros de interpretação. Como bem advertiu Planiol (1923, p.287): “o direito termina onde o abuso começa” (*le droit cesse où l’abus commence*); se é abuso não pode ser Direito. Portanto, embora o direito em si seja, em tese, tutelado, a ilicitude floresce no critério objetivo-finalístico do seu exercício, visto que afronta os princípios ou as funções que regem tal direito (NETTO, 2015, p.189).

Em razão a essa subjetividade finalística, a noção de culpa é preterida, sendo suficiente que o titular exceda de forma notória o direito, deixando de observar o princípio da boa-fé, os

bons costumes e/ou a função social da norma em exercício, consoante orientação do Enunciado 37, do CJF. O mesmo pode ser dito sobre o dano, pois, o ato ilícito é apartado de responsabilidade civil, e o dano é requisito apenas desta (Enunciado 539, do CJF)⁴.

A definição global de abuso de direito, porém, não prescinde do entendimento sobre seus dois requisitos de concretização, sendo eles: violação funcional e excesso manifesto. A violação funcional opera-se sobre a boa-fé, a função social, a função econômica e/ou os bons costumes. Já, por seu turno, o excesso manifesto é a métrica utilizada para definir quando um direito deixa de sê-lo para tornar-se abuso. Vejam-se cada um deles:

A boa-fé aparece como pressuposto da adequada convivência social e a sua prática é juridicamente exigida em todas as interações entre as pessoas. É, atualmente, uma condição-*sine qua non* (conditio sine qua non) não há que se falar em exercício regular de direito (USTÁRROZ, 2010, p. 27). Condutas como a falta de transparência, a deturpação da verdade, a quebra da confiança, a deslealdade, a ardisosidade, sobretudo quando visam enganar ou lesar, são considerados atos de má-fé. Com efeito, a boa-fé não é um ato de boa vontade, mas um padrão de conduta exigido juridicamente. Aí é que se fala em “boa-fé objetiva”, ou seja, não perquirindo os aspectos psicológicos do agente, mas, tão somente, se sua conduta (em seus aspectos factuais) foi leal, confiável, transparente, honesta. Assim, costuma-se dizer que atendeu a boa-fé aquele que se portou de modo irrepreensível, sendo honesto, leal, confiável e ético (dentre outros adjetivos positivos).

⁴ “Caracteriza o abuso do direito pela conduta daquele que exerce um direito subjetivo ou potestativo de forma desproporcional, independente das suas consequências concretas. Mesmo que não resultem danos patrimoniais ou morais do comportamento do agente, poderá o sistema sancionar o ofensor pela nulidade do ato, pela decadência de um direito, perda de uma situação jurídica favorável ou mesmo simplesmente punir o agente, a par de qualquer outro reflexo de seu comportamento” (NETTO, Felipe Peixoto et al. Curso de direito civil: Responsabilidade civil. 2015, p. 190).

Martins-Costa (2008, p.83-91) entende que a boa-fé é a que melhor sistematiza a concretização do art. 187 enquanto barreira ao exercício jurídico desleal das liberdades na vida em sociedade. Nessa função de baliza, explica a autora, a boa-fé co-liga-se à confiança, a fim de impedir condutas que defraudem a expectativa de confiança. A boa-fé, assim, atua como o elo de integração entre as liberdades coexistentes. Não por outro motivo, Farias e Rosendal (2017, p.709) lecionam que a boa-fé configura o núcleo violado em todas as questões de abuso de direito.

A função social diz respeito ao fato de que todos os institutos jurídicos possuem uma destinação social, ou seja, uma finalidade que lhes dá sentido na vida em sociedade, ao lado de outras funções⁵. Uma vez que os direitos não são absolutos (não podem ser fruídos ilimitadamente como se cada pessoa fosse um soberano de si e de todos), seu exercício deve compatibilizar-se com os preceitos éticos e morais de convivência social. A função social representa um interesse que é relevante para a sociedade, mas não necessariamente que atende as paixões ou desejos da maioria.

Desse modo, no caso das liberdades comunicativas, pode-se dizer que a função social possui duas faces inter-relacionais: uma face individual e outra social. A face individual prestigia a identidade pessoal e a autonomia, tanto para fins de manifestação, quanto para fins de livre e condigno desenvolvimento pessoal e crítico, de sujeito que é e está no mundo. A face social, por sua vez, prestigia o princípio democrático possibilitando a multiplicidade, a pluralidade e a diversidade de

⁵ “Em linha de princípio, um mesmo direito subjetivo pode ter fim econômico e fim social específicos que, todavia, devem coincidir ou ao menos não se contradizer em vista da coerência lógico-sistemática do ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, os direitos de crédito têm o fim econômico de assegurar o cumprimento e a satisfação do crédito pelo devedor, e aí reside igualmente seu fim social, em vista da proteção da utilidade, previsibilidade e segurança das relações econômicas” (MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 133).

manifestações e de pensamentos, assim como o maior acesso possível às informações de interesse público e ao conhecimento produzido, sem, contudo, chancelarem-se manifestações opressoras ou que gerem risco ou danos a direito alheio (MELLO, 2005, p.600-601). Daí porque aquilo que vai além desse desiderato constitucional pode ser limitado em forma e/ou em conteúdo, nunca por meio da censura, mas, sim, valendo-se da responsabilização. A lógica constitucional brasileira acerca da liberdade de manifestação tolera o exagero, a galhofa e, em certos casos, até mesmo a mentira, desde que ela não seja prejudicial ou exponha terceiro a perigo.

A função econômica ou o fim econômico dos direitos diz respeito a utilidade ou ao benefício econômico que se pode obter com o exercício de certo direito; também pode referir-se as perdas econômicas que se terá pelo seu não exercício (CAVALIERI FILHO, 2015, p.245). Em termos de reponsabilidade civil, portanto, refere-se a abusar deste perfil econômico de modo a lesar terceiro. Logo, o atendimento da função econômica exige harmonia ou proporcionalidade entre aquilo que se ganha (ou deixa de perder) diante de eventual prejuízo suportado por terceiro.

Por fim, os bons costumes, desde a Constituição Federal de 1988 e da repersonalização do direito civil, podem ser entendidos como a matriz de moralidade, cambiável no tempo e no espaço, que coordena a eticidade coexistencial em sociedade (CASTRO, 2017), ou seja, os padrões de comportamento desejados constitucionalmente em torno da moral para uma coexistência social fundada em respeito recíproco, na pluralidade e na razoabilidade (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 213). Essa leitura desfilia-se por completo daquela perspectiva que por muito tempo orbitou o direito penal, gerando-se a conotação de que “maus costumes” era algo muito próximo de condutas criminosas ou afeta a “moralidade sexual”. Hoje, no civil, “bons costumes” é aquilo que se deseja de cada um para uma sociedade democrática.

O último ponto a ser tratado no exame do abuso de direito diz respeito à expressão “manifestamente” que consta no art. 187. Ela trata do contexto em que, apenas será considerado como abuso de direito, o excesso evidente, ou seja, que se apresentar ostensivamente intolerável perante o Direito, de modo claro e notório objetivamente⁶. Logo, essa notoriedade impede que o intérprete, por uma leitura muito própria – subjetivamente –, reconheça o abuso de direito – não obstante seu reconhecimento ocorra caso a caso (RODOVALHO, 2011, p. 198). De qualquer sorte, como cautela jurisdicional, entende-se que os julgadores, ao reconhecerem o abuso de direito, devem apontar expressamente o “porquê” e “em qual momento” do exercício do direito da parte manifestamente excedeu-se. Com esse ponto sendo tratado especificamente na decisão, tem-se maior segurança jurídica e menor margem para o aparecimento da discricionariedade judicial (CAVALIERI FILHO, 2015, p.244).

3. O HUMOR NO CENÁRIO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Como se disse em outra oportunidade (BOLESINA, 2017, p.213), as liberdades comunicativas (todas as manifestações do pensamento e da expressão) estão inseridas em um contexto onde todos (ofensores, ofendidos, interessados, coniventes, irrisignados) rogam pela tolerância e pelo seu respeito⁷. Tudo

⁶ A expressão “manifestamente” não é imune de críticas, já que o termo gera dubiedade: deve-se analisa-lo em grau (excede exageradamente os limites) ou em quantidade (excede de modo a ser notado pelo julgador)? Soma-se a tal crítica o argumento segundo o qual o abuso de direito configura-se no momento da conduta, de modo que o manifesto excesso seria apenas a medida do abuso a ser absorvida pelo intérprete (CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 416).

⁷ “*Se ha dicho que cuando una sociedad y sus gobernantes recurren con mucha insistencia a la tolerancia, quiere decir que algo no funciona correctamente. Cuando se recuerda constantemente la necesidad de respetar las opiniones y creencias de los*

isso pode indicar que algo vai mal em relação à liberdade de expressão, mas também pode indicar que há uma resistência, um incômodo, em relação a certas práticas nefastas a tal liberdade. Para ser exato, é justamente nesta relação entre liberdade de expressão e censura, manipulação e violência, que se insere o diferencial entre uma liberdade de expressão formalmente democrática e uma liberdade de expressão substancialmente democrática⁸.

De plano, significa (I) entender que, apesar da grande importância, mesmo as liberdades comunicativas não são absolutas e podem sofrer limitação; e (II) que, justamente pelo seu caráter não-absoluto, deve-se evitar os extremos (censura ou liberdade ilimitada). Reconhecer que se vive em uma sociedade na qual há disparidade nas relações de fruição de poderes e tendência a constância de conflitos é o primeiro e mais importante passo para um estudo crítico da liberdade de expressão. Esse movimento que impele ao conflito não é necessariamente negativo, pois a sua ausência pode significar letargia e/ou tirania e barrar

demás, de admitir y tolerar la diferencia, indica que hay, al menos, síntomas preocupantes para la convivencia e, incluso, para la cohesión social” (PISON, José Martínez de. Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. Tecnos: Madrid, 2001, p. 11).

⁸ A noção da liberdade de expressão formalmente democrática é aquela na qual o foco recai eminentemente sob a adequação jurídica (sendo irrelevantes ou pouco relevantes as realidades sociais). Assim, os elementos normativos limitam-se a não obstruir, suprimir ou punir a liberdade de manifestação. Há um amplo e geral direito de expressão, inclusive no que tange a pautas discriminatórias, por exemplo. Por seu turno, uma liberdade de expressão substancialmente democrática pauta-se pela avaliação crítica do cenário e pela noção de proporcionalidade, isto é, considera elementos sociais que afetam o jurídico e não adota postura absoluta em prol ou contra a liberdade de expressão. Aqui o Estado age como o fiel da balança da liberdade de expressão tendo como norte a ideia de proporcionalidade. Lhe cabe o dever de respeitar, defender, promover e assegurar mecanismos de distribuição igualitária do poder de manifestação e acesso ao discurso e as informações, bem como impondo limites ou punições aos excessos cometidos por meio dessa liberdade ou contra essa liberdade (MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. Trad. Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007, p. 59).

a mudança. É a premissa segundo a qual “não há democracia sem entropia. A ordem perfeita é a dos cemitérios (SILVA, 2016).

Essa mesma lógica se aplica a liberdade artística voltada para o humor ou para pessoas que se aventuram a tentar humor (independente da via artística), pois, diferente da comunicação como algo geral, o humor intencional é um fenômeno fundamentalmente social e humano. Esta temática é atravessada atualmente por discussão não apenas jurídicas, mas político-sociais, que dizem respeito ao “politicamente (in)correto”. De regra, evita-se a “caça às bruxas” – para não responder intolerância com intolerância –, buscando harmonizar direitos e filtrar efetivas ilicitudes de manifestações apenas moralmente reprováveis ou opiniões impopulares⁹.

Cita-se, por oportuno, que o termo “politicamente correto” refere-se à ideia de respeito à diversidade e ao acolhimento

⁹ “Quando foi lançado o filme “Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameaça Fantasma”, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jah Jah Binks [...] lembraria os negros do movimento rastafári, com suas gíngas e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado. Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito. Mas o pior não é isso. Exageros à parte, talvez estes caçadores do vício tenham a sua dose de razão. Afinal, vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. [...] Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias. Portanto, se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos. A utopia do respeito mútuo no discurso público converter-se-ia na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis” (SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

substancialmente democrático dos chamados grupos socialmente vulneráveis, evitando perpetuar privilégios e discriminações históricas e socioculturais¹⁰. O oposto disso seria o “politicamente incorreto”¹¹. Nos moldes atuais, este debate nasceu nas universidades e na sequência alcançou as redes e mídias sociais. Hoje, o termo é aceito por visões moderadas que entendem a insustentabilidade democrática de certas situações, pois defasadas, anacrônicas, preconceituosas ou discriminatórias. A manifestação “politicamente incorreta”, via de regra, não chega ao nível criminoso do discurso de ódio. Ela fica aquém, consubstanciada em uma posição impopular ou opinião cujo preconceito é velado ou simbólico, naturalizado ou tolerado socialmente. Ainda assim, têm repercussões em quem é seu alvo, mesmo que, supostamente, em menor dimensão.

A expressão é atualmente objeto de uma batalha semântica entre os extremos da Esquerda e da Direita. Como refere Moira Weigel (2016), de uma bandeira de emancipação, a expressão “politicamente correto” vai se tornando um inimigo-fantasma de todo o movimento “anti-politicamente correto”, que

¹⁰ Dentre vários efeitos, tem-se, por exemplo, a defesa pelo abandono de certas expressões dado o seu caráter pejorativo, preconceituoso ou francamente discriminatório, tais como “da cor do pecado” (ofensa racista mascarada como elogiou estético, mas que, de fato, conecta o negro aos pecados carnisais) ou “veado” (ofensa homofóbica que animaliza o gay ou o conecta a expressões como transviado e desviado adotadas pela ditadura).

¹¹ O termo “politicamente correto” já teve inúmeros significados ao longo da história como leciona Moira Weigel. Especula-se que sua primeira menção foi em 1793, na Suprema Corte Norte-americana significando quase nada. Posteriormente, ele ganhou uma conotação positiva, quando Toni Cade Babara, ativista feminista negra, em *The Black Woman*, escreveu: “um homem não pode ser politicamente correto e chauvinista também”. Bambera lutava pela igualdade de gênero e, com o termo, advogava contra os homens que defendiam abertamente a superioridade masculina em relação às mulheres. Mais adiante, a polarização se inicia quando a expressão se torna objeto de batalha semântica entre direita e esquerda. A chamada “direita política” – liberais, libertários e conservadores – e também pelos adeptos das teorias conspiratórias, buscam indicar uma conotação pejorativa para o termo, orbitando a ideia de censura e imposição cultural ou ideológica (WEIGEL, Moira. *Political correctness: how the right invented a phantom enemy*. The Guardian, v. 30, p. 41-48, 2016).

não raro apela para afirmações genéricas e levianas de que a geração atual é narcisista e deveras sensível, buscando impedir que qualquer um opine sobre aquilo que entendem ofensivo. A batalha chegou-se ao ponto míope de inversões como “racismo reverso” e “orgulho hétero”, dando a entender que, na atualidade, brancos e heterossexuais sofrem preconceitos ou são discriminados negativamente. Tal lógica também vai aparecer de modo assemelhado no chamado “humor politicamente incorreto”, ou melhor, na sua defesa¹².

Juridicamente, o Brasil, em termos constitucionais, prevê a liberdade de manifestação artística em variados artigos, sendo destacável a previsão fundamental do art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

¹² Em entrevista, o jornalista Leonardo Sakamoto questionou o seguinte para Pedro Arantes: “Por que esse humor autoproclamado “politicamente incorreto” insiste em satirizar pobres, pessoas com deficiência, homossexuais, negros, mulheres e, apenas raramente, se aventura a criticar ricos e poderosos? Acho que o humor “politicamente incorreto”, com raras exceções, nada mais é que o velho humor que sempre ridicularizou esses grupos que você aponta. Acontece que, com a organização desses grupos e a conquista gradual de direitos, é cada vez menos aceitável que se faça piadas desse tipo, ridicularizando um negro por ser negro, uma mulher por ser mulher, um homossexual por ser homossexual. É menos aceitável não porque o mundo está mais chato ou careta, mas porque esses grupos historicamente ridicularizados, ao se organizarem, conquistaram direitos e voz para reagir. A partir do momento que esse humor passa a ser menos aceitável, existe uma reação daqueles que querem continuar fazendo essas velhas piadas. Essa reação, que se diz libertária na medida em que combate a “ditadura do politicamente correto”, de fato está reagindo contra a perda de uma liberdade: a liberdade de um grupo historicamente dominante de oprimir, pela via do humor, os outros grupos sociais. A liberdade de alguns em limitar a liberdade e o direito dos outros. Uma liberdade que, no fim das contas, não passa de privilégio. Assim, ao invés de dizer que o humor politicamente incorreto insiste em satirizar esses grupos que você aponta, o melhor seria dizer que o velho humor que insiste nessa sátira revestiu-se de uma nova roupagem e se autoproclamou, como reação, politicamente incorreto. Esse humor pode até criticar ricos e poderosos, mas raramente o objeto da crítica será o fato de serem ricos e poderosos. Eles serão ridicularizados por serem mulher-gay-gorda-velho etc. Criticar os ricos e poderosos por serem ricos e poderosos não faz parte da pauta dos “politicamente incorretos” porque no fim das contas, eles dividem os mesmos privilégios” (SAKAMOTO, Leonardo. O humor deve ter limites ou vale tudo em nome da liberdade de expressão? 2012. Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2012/12/17/o-humor-deve-ter-limites-ou-vale-tudo-em-nome-da-liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 09 jul. 2017).

comunicação, independentemente de censura ou licença”. Em termos jurisprudenciais, há o famoso precedente da ADPF 130, no STF, no qual veda-se a censura e reconhece-se o caráter não-absoluto das liberdades de manifestação e a sua limitabilidade diante de abusos, inclusive por meio de condenações por dano moral¹³. Mais especificamente quanto ao humor, um dos principais julgados do assunto no Supremo Tribunal Federal foi a ADI 4451-DF (com a mesma lógica no voto da sua Medida Cautelar), onde ementou-se o seguinte:

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. [...] 5. *O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias.*

¹³ Consta na ementa da ADPF 130: “Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. *Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas.* Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inftetem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa”.

Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

Ainda no campo do Judiciário, ademais, há o estudo realizado por Oliva, Antonialli e Santos (2019, p. 19-44), o qual analisou 148 decisões sobre restrições à liberdade de manifestação ligadas ao humor. Os resultados mostraram que um terço das decisões envolviam pessoas comuns; outro terço a classe política; e o terço final coube a celebridades, empresas, dentre outros. Nestes casos, em 2º grau, as pessoas comuns obtiveram sucesso na causa em 71% delas e a classe política em 50%. Quanto aos pedidos, 99% dos casos pleiteou danos morais, 25% a retirada do conteúdo, 9% direito de resposta e 3% a abstenção de exibição.

Isso evidencia como o Poder Judiciário ao mesmo tempo que tutela da liberdade de humor, inclina-se a sancionar aquilo que entende como excessos manifestos que configuram abuso de direito. Não obstante, é preciso observar que a ADI 4451-DF tinha um contexto muito próprio, um plano de fundo particular da sátira política, sobre políticos específicos. Isso a afasta, parcialmente, de outros tipos de sátiras que atingem grupos socialmente vulneráveis, enquanto coletividade. Como efeito, reflete na divergência de ao menos duas frentes: 1) de um lado ter-se um alvo/vítima concreta e, de outro lado, vítimas genéricas porque o grupo é difuso ou coletivo; 2) de um lado enfrentar mais o atentado aos direitos da personalidade (não exclusivamente) e, de outro lado, mais preconceitos e discriminações veladas/toleradas/naturalizadas/simbólicas¹⁴.

¹⁴ “[...] violência simbólica é essa coerção que se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro, etc.) resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto” (BOURDIEU,

No caso de grupos socialmente vulneráveis, como se verá na sequência, a ocorrência de dano moral coletivo ou de dano social é propícia a acontecer. Isso se dá justamente pelo fator vulnerabilidade, o qual exige uma tutela chamada pelos estudiosos dos direitos da personalidade como “quanto mais – tanto mais” (BARRETO, 2015, p. 21), ou seja, quanto mais ameaça/violação, tanto mais devem ser os esforços para evitar/repárrar a ameaça/dano.

4. O HUMOR COMO FONTE DE DANO MORAL COLETIVO E/OU DE DANO SOCIAL

Não se dúvida, como referido no julgado do STF, que o humor exerce importantes funções sociais, políticas e psicológicas com reflexos nos fóruns públicos, sociais e particulares¹⁵. No mesmo sentido, ratifica-se que o humor pode ser um canal pelo qual o pensamento crítico e a dúvida são suscitados do mesmo modo que o jornalismo tradicional consegue. Como refere o jornalista Carlos Lins da Silva (2019), o humor e os temas de relevância social sempre andaram juntos, podendo ser abordados de modo sério ou satírico. Enquanto àquele interpela pelo o *common sense* (bom senso), este aborda pelo *nonsense* (o disparate, o contrassenso), ambos sendo aptos para fins os informativos que se propõem. O ponto crítico, todavia, reside na circunstância de que existem múltiplas formas de humor, das mais ingênuas,

Pierre. O poder simbólico. 6. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 47). Trata-se, em suma, de violências naturalizadas, exercidas de modo inconsciente, com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem e a exercem.

¹⁵ “Although it is essentially a form of social play enabling us to have fun and derive emotional pleasure from nonserious incongruities, humor serves a number of important and “serious” psychological functions. The psychological functions of humor can be classified into three broad categories: (1) emotional and interpersonal benefits of mirth, (2) tension relief and coping, and (3) social functions in group contexts” (MARTIN, Rod A.; FORD, Thomas. The psychology of humor: An integrative approach. Academic press, 2018, p. 33).

passando pelas ácidos e até as sombrios.

Acontece que, um mesmo conteúdo pode ser apresentado de modo emancipador ou opressor. Neste segundo caso, diz-se que o humor é tóxico, pois apenas reforça certos preconceitos e discriminações já existentes¹⁶. Então, por mais que o Judiciário tenda a dizer acertadamente que não lhes cabe julgar se o humor é bom ou ruim (se a piada é inteligente ou não; se é rude, ofensiva ou tem bom gosto) é, sim, sua função dizer se ele é violador de direitos ou não, passando, obrigatoriamente, pela discussão das violências estruturais, simbólicas e toleradas socialmente. Não se trata, portanto, de paternalismo judicial ou do judiciário como superego da sociedade (MAUS, 2000, p.135-139), revelando-se, em realidade, na desconstrução de posições anacrônicas incondizentes com os preceitos constitucionais contemporâneos da igualdade e da diferença, plasmados no respeito, na diversidade e na pluralidade.

Há mais aceitação sobre a limitação do humor que pratica discursos criminosos, de ódio e discriminação contra grupos vulneráveis quando isso é explícito. O drama subsiste, contudo, em situações turvas, naturalizadas, simbólicas ou invisibilizadas. Nestes casos, torna-se complexo alcançar o requisito

¹⁶ “O Ministério do trabalho lançou um documento chamado: ‘Brasil, Gênero e Raça’ em que distingue Racismo, Preconceito, Estereótipo e Discriminação. Racismo é a ideologia que postula a existência de hierarquia entre grupos humanos, que no caso em tela pode ser traduzida na pretensão da existência de uma certa hierarquia entre negros e brancos [...]. Preconceito é uma indisposição, um julgamento prévio negativo que se faz de pessoas estigmatizadas por estereótipos. Compulsando a obra de Ferreira aprendemos que preconceito é uma idéia pré-concebida ou mais precisamente, a suspeita, a intolerância e a aversão a outras raças religiões e credos. O Estereótipo consiste em um atributo dirigido a determinadas pessoas e grupos que funciona como uma espécie de carimbo ou rótulo, que retrata um pré-julgamento. As pessoas rotuladas são sempre tratadas e vistas de acordo com o carimbo que recebem em detrimento de suas verdadeiras qualidades. A Discriminação é a denominação atribuída a uma ação ou omissão violadora do direito das pessoas com base em critérios injustificados e injustos tais como: raça, sexo, idade, crença, opção religiosa, nacionalidade, etc” (BECCARI, Cristina Baida. Discriminação social, racial e de gênero no Brasil. 2008 Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/91/1991/>>. Acesso em 01. ago. 2020).

“excesso manifesto” do abuso de direito, tendo em conta que se a violência é naturalizada, primeiro, ela deixa de ser vista como violência e, segundo, nunca é considerada “excesso” por quem a normalizou. A violência, assim, fica banalizada pela incapacidade de pensar, encarada como algo cotidiano e/ou inofensivo¹⁷.

Por outro lado, quando se reconhece este tipo de violação, a questão jurídica na esfera cível tende a encerrar-se em condenações judiciais indenizatória. Como demonstrou a pesquisa anteriormente citada, em regra repara-se o prejuízo sofrido por meio do dinheiro, reconhecendo o dano moral, e em menor escalada tutelas diferenciadas, como retratações. Atualmente, “não há mais dúvidas, no estágio atual do desenvolvimento da ciência jurídica, que o dano injusto proveniente do ato praticado em abuso do direito deva ser objeto de indenização (GUERRA et al, 2007, p.208)”. E essa reparação não objetiva restaurar o estado anterior a lesão do bem imaterial atacado, já que os bens atingidos não são passíveis de serem trocados por dinheiro ou outros bens (KOSAKA, 2009, p. 81).

Em termos coletivos, a tutela volta-se para uma violação global, inicialmente por meio do que o Brasil, criativamente, chama de “dano moral coletivo”. Pode-se sintetizar afirmando tratar-se de um dano que “transcende a pessoa e alcança um ente ideal e transindividual, seja ele a coletividade ou um grupo (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 226)”. É uma lesão a interesses transindividuais de um grupo determinável (dano

¹⁷ Arendt há muito escreveu sobre a “banalidade do mal” como algo naturalizado pela “incapacidade de pensar” (de questionar a dinâmica, de desconstruir o pré-dado, de enfrentar as palavras). O mal, então, como algo que, conscientemente ou não, intencionalmente ou não, se decide por torná-lo comum ou normal. Disse ela: “Há alguns anos, em um relato sobre o julgamento de Eichmann em Jerusalém, mencionei a 'banalidade do mal'. Por mais monstruosos que fossem os atos, o agente não era nem monstruoso nem demoníaco; a única característica específica que se podia detectar em seu passado, bem como em seu comportamento durante o julgamento e o inquérito policial que o precedeu, afigurava-se como algo totalmente negativo: não se tratava de estupidez, mas de uma curiosa e bastante autêntica incapacidade de pensar” (ARENDDT, Hannah. Thinking and moral considerations: a lecture. Social Research, v. 38, n. 3, 1971, p. 417).

coletivo) ou indeterminável (dano difuso), sendo um dano distinto e autônomo em relação aos danos extrapatrimoniais que os membros deste grupo podem vir a sofrer individualmente.

Sendo assim, o dano moral diz respeito a lesão inoprotuna em face de direitos incorpóreos, os quais demandam um custo não financeiro a sociedade ou a vítima do dano (KOSAKA, 2009, p.77). Necessário ainda destacar que o dano citado não possui necessariamente ligação com a dor ou sofrimento imposto a vítima e/ou familiares, visto que o prejuízo causado é relativo a sentimentos subjetivos e pessoais, não sendo aplicado de forma uníssona (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p.262).

Apesar de próximos, o dano moral coletivo é categoria distinta do dano social¹⁸. O dano social, criação doutrinária de Antonio Junqueira de Azevedo, é visto como lesão a interesses transindividuais que atinge a sociedade difusamente, afetando negativamente elementos socialmente relevantes, seu patrimônio moral ou sua qualidade de vida¹⁹. É um dano autônomo

¹⁸ “Não se pode negar que há uma forte aproximação entre o dano moral coletivo e a figura do dano social, que seria uma variação da pena civil pensada para o *habitat* brasileiro pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo. [...] Nesta linha de pensamento, o dano moral coletivo seria uma espécie de dano social, mas ao contrário deste – ainda de contornos imprecisos e tratado por escassa doutrina – o modelo do dano moral coletivo foi objeto de delineamento legislativo, o que permitiu a sua ampla aplicação jurisprudencial em razão da segurança jurídica proporcionada” (ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 260).

¹⁹ A “pena” – agora, ente aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade –, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito. [...] o mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que ele cabe dizer ‘imagine se todas as vezes fosse assim!’. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especialmente na qualidade de vida. Se, por exemplo, uma empresa de transporte aéreo atrasa sistematicamente os seus voos, não basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que essa empresa – ou outra que a imite – está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda a população. [...] Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos

em relação aos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais que os membros deste grupo podem vir a sofrer individualmente.

Por serem figura próximas, mas diferentes, tem-se que um mesmo fato pode vir a gerar dano moral coletivo e dano social. Neste sentido, o STJ (REsp 1.293.606-MG) já decidiu pela possibilidade de cumulação do dano moral coletivo e do dano social²⁰ Este também é o entendimento do CJF, no Enunciado 456: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.

Ademais, entende-se se tratar de prejuízos sobre elementos que amarram as tramas sociais e que são positivamente valorados – muitas vezes considerados essenciais – na comunidade,

em geral de pessoas jurídicas, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população (AZEVEDO. Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil o dano social. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*, 2009, p. 381/382.

²⁰ No REsp 1.293.606-MG cunhou-se a seguinte ementa: “[...] 3. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embarçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 4. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. 5. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 6. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embarçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonegados pelo plano [...]”.

na coletividade ou no grupo. São exemplos a pluralidade, a diversidade, a boa-fé, dentre outros. De acordo com a Lei 7.347/85, são hipóteses que podem encaixarem-se neste contexto os danos: ao meio-ambiente; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a ordem econômica; a ordem urbanística; a honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.

Destarte, em especial o dano moral coletivo – mas nada obstante também o dano social – alinham-se, no caso inicialmente apresentado, aos argumentos nucleares da Defensoria Pública. O argumento fortalece-se ao recordar-se que os alvos do humor abusivo foram a população LGBT+, mulheres, crianças e adolescentes, isto é, categorias sociais reconhecidas como vulneráveis social e politicamente. Assim, no caso do dano moral coletivo, a lesão estaria na dignidade do grupo ou da categoria e, no caso do dano social, nos valores estimados pela comunidade brasileira, plasmados no respeito, na pluralidade e na diversidade.

Em verdade, no caso ora em análise, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o dano moral coletivo, justificando a condenação em virtude da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade e bem poderia ter feito o mesmo ou um adendo (caso houvesse sido postulado) em relação ao dano social.

A decisão é interessa, ademais, porque os valores foram destinados para políticas afirmativas que promovam a igualdade e o combate à discriminação. Deste modo, atendem-se as funções indiretas ou secundárias da responsabilidade civil também chamadas de preventiva e de punitiva-pedagógica.

CONCLUSÃO

As tensões democráticas em torno do abuso no exercício do direito à liberdade de manifestação também alcançam o

humor. O debate jurídico, então, envolve a limitabilidade deste direito diante da prática de ato ilícito. Este contexto veio à tona no caso dos Irmãos Piologo, veiculado pela Defensoria Pública, por meio de uma Ação Civil Pública. Na situação, buscava-se a condenação dos réus a danos morais coletivos, em razão de humor ofensivo a grupos sociais vulneráveis, publicado no antigo canal do Youtube, Mundo Canibal. Em segundo grau, os irmãos foram condenados em 80 mil reais.

Viu-se que o abuso de direito configura ato ilícito, com base no art. 187, do Código Civil. Apesar dele configurar-se independente de dano, nota-se que, no caso analisado, reconheceu-se o dano moral coletivo. Embora não dito expressamente, há evidente violação a função social do humor e, no caso, também aos bons costumes desejados constitucionalmente. A condenação, assim, seguiu os parâmetros indicados juridicamente pelo STF, na ADPF 130, isto é, a liberdade de expressão como um sobredireito, mas que pode ser, posteriormente, limitado e também gerar responsabilização.

Assim, por mais que o sistema judicial brasileiro afirme não ser sua seara o julgamento sobre a qualidade do humor, ou melhor dizendo, da manifestação artística no geral, não exime-se do seu dever jurídico de analisar se a expressão discutida viola os direitos individuais e/ou coletivos. Logo, esse direito deve ser praticado de forma proporcional aos demais, visando o respeito e a razoabilidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, vale ressaltar que a decisão que condenou os irmãos Piologo pela ocorrência de dano moral coletivo, isto é, lesão a interesses transindividuais de um grupo determinável (dano coletivo) ou indeterminável (dano difuso). De fato, a condenação faz sentido em vista da divulgação de conteúdo contendo animações que simulavam agressão física, torturas e assassinatos de pessoas que representavam determinados grupos vulneráveis. A condenação não deslegitimou ou impediu a circulação do trabalho dos artistas, mas os sancionou tão somente

pelo abuso do direito cometido.

Conclui-se, então, que embora não seja plausível a censura da liberdade de expressão (e as categorias que compreendem está), não há como ignorar a responsabilização civil, posterior, dos sujeitos que extrapolam os limites da boa-fé, da função social, da função econômica e/ou dos bons costumes.



BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. Thinking and moral considerations: a lecture. *Social Research*, v. 38, n. 3, p. 417-446, 1971.
- BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. 2009. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br>. Acesso em: 01 mai. 2015.
- BECCARI, Cristina Baida. Discriminação social, racial e de gênero no Brasil. 2008 Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/91/1991/>>. Acesso em 01. ago. 2020
- BOLESINA, Iuri. O Direito à Extimidade: As Inter-relações entre Identidade, Ciberespaço e Privacidade. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 6. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 jul 2020.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 16 jul 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 jul 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul 2020.
- BRASIL. Lei n° 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em 18 jul 2020.
- BRASIL. Lei n°. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 17 jul 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1568935. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. DJ: 05/04/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=03209489620118190001&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jul 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 607 - Legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de interesses difusos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4362356&numeroProcesso=733433&classeProcesso=RE&numeroTema=607>. Acesso em: 18 jul 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação

- Civil Pública nº 1059191-91.2016.8.26.0100. São Paulo. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000LB1J0000&processo.foro=100&processo.numero=1059191-91.2016.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_8f5051dae4614f19a56b26c52f893de5. Acesso em: 17 jul 2020.
- CARPENA, Heloisa. *O Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de Direitos na Ótica Civil-Constitucional*". A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, v. 2, p. 377-396, 2002.
- CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20 jul 2020.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Autores de vídeo homofóbico deverão pagar R\$ 80 mil para promover igualdade*. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/discurso-discriminatorio-excludente-direitos-gera-indenizacao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 16 jul 2020.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello et al. *Responsabilidade Civil por abuso do direito*. 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7525>. Acesso em 15 jul 2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Vídeos "homofóbicos, transfóbicos e machistas" devem sair do ar; autores pagarão R\$ 80 mil por danos morais*

- coletivos. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7495/V%C3%ADdeos+%E2%80%9Chomof%C3%B3bicos%2C+transf%C3%B3bicos+e+machistas%E2%80%9D+devem+sair+do+ar%3B+autores+pagar%C3%A3o+R%24+80+mil+por+danos+morais+coletivos>. Acesso em 16 jul 2020.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. *O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica*. Revista Baiana de Direito, v.04, p.255-292, 2009.
- KOSAKA, Fausto Kozo. Apontamentos sobre dano moral coletivo. *Cadernos de Direito*, v. 9, n. 16/17, p. 75-91, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83-91.
- MAUS, Ingborg, O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, n° 58. São Paulo: CEBRAP, novembro, 2000.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Liberdade de expressão. In: Rocha, Fernando Luiz Ximenes; Moraes, Filomeno (Orgs.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 600-601.
- MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. Trad. Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007, p. 59).
- NETTO, Felipe Peixoto et al. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 2015.

- OLIVA, Thiago Dias; ANTONIALLI, Dennys Marcelo; SANTOS, Maike Wile dos. Censura judicial ao humor: análise de decisões judiciais envolvendo liberdade de expressão na internet. In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 14, n. 34, p. 19-44, maio/agos. 2019.
- PISÓN, José Martínez de. Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. Tecnos: Madrid, 2001, p. 11
- PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultes de droit. 9. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1923, p. 287.
- RODOVALHO, Thiago. Abuso de direito e direitos subjetivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.
- ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Especialistas debatem o limite entre liberdade de expressão e humor no jornalismo. 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/especialistas-debatem-o-limite-entre-liberdade-de-expressao-e-humor-no-jornalismo/>. Acesso em: 04 mai. 2020
- SILVA, Juremir Machado da. *A astuciosa lógica dos que condenam manifestações fazendo-se de democratas*. 2016. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=8733>>. Acesso em: 18 de jun. 2016.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 416).
- USTÁRROZ, Daniel. Temas atuais de direito contratual. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 27.
- WEIGEL, Moira. Political correctness: how the right invented a phantom enemy. The Guardian, v. 30, p. 41-48, 2016).