

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

O CRIME DE DIFAMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LUCAS SOUZA RODRIGUES

FLORIANÓPOLIS - SC

2017

LUCAS SOUZA RODRIGUES

O CRIME DE DIFAMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor João dos Passos Martins Neto, Dr.

FLORIANÓPOLIS - SC

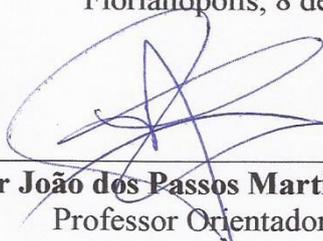
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O Crime de Difamação e a Liberdade de Expressão”, elaborado pelo acadêmico Lucas Souza Rodrigues, defendido em 08/12/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

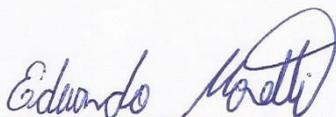
Florianópolis, 8 de dezembro de 2017



Professor João dos Passos Martins Neto, Dr.
Professor Orientador



Bruno de Oliveira Carreirão
Membro de Banca



Eduardo Moretti
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Lucas Souza Rodrigues

RG: 5.658.481

CPF: 095.111.149-30

Matrícula: 13100127

Título do TCC: O Crime de Difamação e a Liberdade de Expressão

Orientador: João dos Passos Martins Neto

Eu, Lucas Souza Rodrigues, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 8 de dezembro de 2017.

Assinatura manuscrita de Lucas Souza Rodrigues em tinta azul, sobre uma linha horizontal.
Lucas Souza Rodrigues

AGRADECIMENTOS

À minha família, o carinho, a presteza e os bons exemplos. Em especial, agradeço aos meus pais, Aroldo e Janini, pela paciência, pelos ensinamentos e por me ensinarem a grandeza do amor e da dedicação. Posso ser incapaz de retribuir da forma merecida todos os sacrifícios, mas os percebo. Agradeço, também, a todos os outros mestres que tive, por me ensinarem a amar aprender.

Manifesto minha gratidão a todas as minhas velhas amizades e a todas as pessoas que fizeram parte, de alguma forma, desta caminhada, ainda que o tempo nos tenha afastado. Vocês tem, também, meu eterno carinho.

Dos meus anos de graduação, as figuras especiais são muitas para serem colocadas no papel com a precisão merecida. Mas tentarei. Se essas linhas despertarem em alguém uma fração dos bons sentimentos que me surgiram ao escrevê-las, terá valido a pena.

Sou grato às oportunidades de aprendizado profissional que me foram proporcionadas no Tribunal de Justiça, e especialmente, na Defensoria Pública da União, que me presenteou com exemplos e amigos que espero levar para toda a vida. À liderança compreensiva de Vanessa e Douglas, pelos exemplos de gentileza, diligência e empatia. E aos amigos que fiz nos estágios, pelo companheirismo, pelas risadas, e por todos as deliciosas conversas, cujas temáticas absurdas sequer podem ser dignamente abarcadas por exemplos intencionalmente chocantes. Agradeço a Manoella, Júlia, Iara, Naomi, Diana, Mallu, Juliana, Marco, Paulo, Rafael, Thaian, Carla e a tantos outros cuja falta de menção não implica em menor estima.

A quase 5 anos atrás, no primeiro semestre de 2013, tive a sorte de fazer parte de uma divertida e peculiar turma. Sinto orgulho e satisfação de me formar em suas companhias, pois não há jornada que não possa ser melhorada com companheirismo e bom humor. Desse vasto grupo que carrego em tão alta estima, destaco os nomes de Nelson Tonon e Gabriel Vizzotto, por haverem sido, e serem, tão bons amigos.

Agradeço, também, a todos os demais amigos que fiz durante a graduação, dentro e fora do curso Direito, e a todos com quem tive o prazer de dividir

uma gargalhada. Os momentos de apoio e de descontração foram fundamentais. Aqui, não me arriscarei a mencionar nomes – são tantas figuras especiais que qualquer omissão seria uma injustiça grande demais.

E à Ana por tornar, com sua doçura e compreensão, tudo mais fácil.

“And it is triple ultra forbidden to respond to criticism with violence. There are a very few injunctions in the human art of rationality that have no ifs, ands, buts, or escape clauses. This is one of them. Bad argument gets counterargument. Does not get bullet. Never. Never ever never for ever.”

Eliezer Yudkowsky

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da relação do crime de difamação com os princípios penais e constitucionais que o permeiam, e especialmente sua relação com o direito à liberdade de expressão. Para tanto, foi estudada a forma com que o crime de difamação, em sua definição doutrinária atual, se relaciona com os princípios do Direito Penal considerados mais relevantes, e principalmente com seu caráter de *ultima ratio*. Além disso, explorou-se a importância do debate na atualidade, com as possíveis reformas do Código Penal e o agigantamento da Internet revolucionando a forma como o jornalismo é feito. Foi realizada, também, uma pesquisa doutrinária acerca dos direitos constitucionais à honra, à liberdade de expressão e à privacidade, e estudadas formas através das quais os direitos podem ser conciliados e protegidos sem que ocorram grandes perdas ou injustiças. Por último, foi feita uma pesquisa acerca dos efeitos práticos da criminalização da difamação e análise da jurisprudência nacional e estrangeira, para que fossem conhecidos os efeitos práticos da criminalização da difamação em sua forma atual e de suas possíveis modificações. Observou-se que a criminalização da difamação caminha na via contrária dos nossos interesses como sociedade democrática por seu forte caráter intimidatório às críticas e aos debates, e que a proteção ao livre fluxo de informações é o melhor remédio para que à busca pela verdade se desenvolva e esta prevaleça.

Palavras Chave: Difamação; Crimes Contra a Honra; Liberdade de Expressão; Liberdade de Informação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ASPECTOS PENAIS GERAIS DO CRIME DE DIFAMAÇÃO	11
1.1 O CRIME DE DIFAMAÇÃO NA DOCTRINA BRASILEIRA	11
1.2 O CRIME DE DIFAMAÇÃO E O CARÁTER DE ULTIMA RATIO DO DIREITO PENAL	14
1.3 CRIMES CONTRA A HONRA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL	19
1.4 A DIFAMAÇÃO NA ERA DA INTERNET	22
2 A DIFAMAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À HONRA, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À PRIVACIDADE	27
2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	27
2.1.1 A PROTEÇÃO AOS ATOS EXPRESSIVOS	34
2.2 O DIREITO À HONRA NO DELITO DE DIFAMAÇÃO	36
2.3 A PRIVACIDADE E O DIREITO DE ESTAR SÓ	38
3 A CRIMINALIZAÇÃO DA DIFAMAÇÃO NO MUNDO REAL	43
3.1 O EFEITO DE AMEDRONTAMENTO E ESFRIAMENTO DOS DEBATES	43
3.2 EXEMPLOS DE DECISÕES DAS CORTES NACIONAIS	48
3.3 CONCEITOS ÚTEIS DA JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE	52
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Nosso Código Penal vigente data de 7 de dezembro de 1940, e em muito preda a consolidação da liberdade de expressão nos moldes atuais, trazida pela Constituição brasileira promulgada em 1988. Nesse meio tempo, o mundo viu a queda do regime nazista, sobreviveu a criação e ao uso das bombas atômicas, à expansão do autoritarismo soviético, e, nacionalmente, vimos o nascimento e a queda do nosso próprio e autoritário regime militar, que tinha como uma de suas características definidoras a censura.

Ainda mais recentemente, vimos a figura massiva e inescapável da Internet estender seus tentáculos por sobre praticamente todos os aspectos da vida civil, revolucionando a forma como nos comunicamos e a forma como o jornalismo é feito. Vimos a capacidade do indivíduo comum de expressar seus pensamentos e informar seus iguais crescer exponencialmente, e como decorrência, crescer na mesma medida a dificuldade de impedir que determinadas informações e opiniões encontrassem ouvidos curiosos e dispostos a absorvê-las.

Esse novo mundo exige que todos se adaptem, e não é raro observar nas figuras de poder o ranço dos tempos da ditadura ou do controle mais fácil dos meios de comunicação, da era pré-internet, se manifestando através de decisões judiciais. Não raro, o livre fluxo de informações é controlado através dos crimes contra a honra do Código Penal de 1940, que carregam em sua definição punições duras e de forte caráter intimidatório.

Dessas observações, buscará o presente trabalho entender a relação entre o delito de difamação e à liberdade de expressão, e se é possível a conciliação de ambos. Em sua definição atual, o delito de difamação carrega punições mais duras para quem critique funcionários públicos, e pune qualquer manifestação que impute fato ofensivo à reputação de outrem, independente da veracidade ou falsidade da imputação. Essas características parecem contradizer frontalmente os princípios e utilidades da liberdade de expressão, que incluem a sua fundamentalidade na busca pela verdade e melhor compreensão do mundo ao nosso redor, e a fiscalização das atividades daqueles a quem nos submetemos.

No primeiro capítulo, serão feitas algumas definições importantes acerca do delito de difamação na doutrina brasileira, e listadas suas características mais importantes. Também será feita uma análise acerca da sua aparente contradição frente ao princípio de *ultima ratio* do Direito Penal, e também frente aos aspectos fragmentado e subsidiário do Direito Penal.

No mesmo capítulo, será explorada a atualidade do tema e contextualizada a necessidade de um novo debate, através da análise do projeto do novo Código Penal que tramita no Senado e da relação dos crimes contra a honra com as novas perspectivas criadas pela expansão e consolidação da Internet.

No segundo capítulo, serão desenvolvidos e estudados os princípios constitucionais mais importantes no debate acerca do delito de difamação, especialmente a relação entre a honra, a privacidade e a liberdade de expressão. Serão exploradas formas através das quais os princípios podem ser conciliados, buscando-se compreender a história e os motivos pelos quais a proteção a cada um desses direitos carrega tanto peso e importância no texto constitucional. Nessa lógica, será explorada a importância do direito à liberdade de expressão e os motivos que justificam a proteção dos discursos que são abarcados por ela.

No terceiro capítulo, serão estudados efeitos da criminalização da difamação na prática, e principalmente o efeito de amedrontamento das manifestações de opiniões e esfriamento de debates que decorrem da criminalização de certos atos comunicativos.

Serão analisados, também, alguns casos da jurisprudência brasileira, buscando explorar as contradições e incoerências que decorrem da aplicação prática do delito de difamação, e seu forte caráter intimidatório. Por fim, serão exploradas algumas definições da jurisprudência estadunidense, que podem ser úteis como exemplo prático de uma legislação mais branda e compatível com a liberdade de expressão desejável para uma sociedade democrática.

1 ASPECTOS PENAIS GERAIS DO CRIME DE DIFAMAÇÃO

Neste capítulo serão abordados os aspectos gerais relevantes e necessários para uma análise e definição do crime de difamação, sua adequação ao princípio do Direito Penal como *ultima ratio* (última medida) e a relevância dessa discussão atualmente.

1.1 O CRIME DE DIFAMAÇÃO NA DOCTRINA BRASILEIRA

De acordo com Nucci¹ difamar é macular a reputação de outrem, descreditando-a publicamente. No Código Penal brasileiro de 1940, no Capítulo V da Parte Especial, referente aos crimes contra a honra, encontra-se a seguinte previsão:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.²

Ressalta o Nucci³ também a importância da definição “fato ofensivo à sua reputação”, e como essa definição não traz qualquer distinção acerca da veracidade dos fatos citados. Nessa medida, os fatos considerados criminosos, quando atribuídos a outrem, pertencem ao tipo penal da calúnia. E diferentemente do tipo penal da calúnia, não exige-se na difamação, em sua interpretação vigente no direito brasileiro, que os fatos proferidos sejam de falsidade conhecida pelo emissor – somente que sejam infamantes a honra objetiva (reputação).

¹ NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado*, 17ª ed. Forense, 02/2017. p. 210.

² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 11/11/2017.

³ NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal - v. 2 - Parte Especial*. Forense, 11/2016. p. 210

Desta feita, para configuração do crime, deve ser referenciado um evento específico, um acontecimento, que não seja crime (ou configurar-se-ia a calúnia), e seja danoso para a reputação do sujeito passivo. Qualquer ser humano pode assumir a posição de sujeito ativo, e os sujeitos passivos podem ser tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, que possuem também reputação, conforme entendimento doutrinário majoritário.⁴

Os inimputáveis para parte da doutrina também podem ser sujeitos passivos, na medida em que a reputação, sendo externa ao indivíduo, independe da capacidade de compreensão deste. A corrente divergente entende que só podem ser considerados sujeitos passivos quando tenham capacidade suficiente para entender a ofensa à sua honra pessoal.⁵

Os mortos não podem ser sujeitos passivos do crime de difamação, pois não há previsão legal (que existe no caso da calúnia, no art. 138, § 2º). Entende-se que incorreta a aplicação por analogia, pois o legislador deliberadamente omitiu essa previsão no caso da difamação.⁶

A imputação de um fato específico, objetivo e desonroso deve chegar ao conhecimento de terceiros, ou não ocorre a tipificação. Diferentemente da injúria, que protege a honra subjetiva do indivíduo, não basta este tornar conhecimento da manifestação ofensiva, ela deve atingir outros. Somente então há possível dano ao prestígio do indivíduo e a consequente configuração do crime de difamação.

É, todavia, crime formal, pois não exige comprovação de atingido o resultado pretendido. Dessa forma, existindo a ação de divulgação do fato ofensivo para terceiro configura-se o crime, sem necessidade de que o dano efetivo a reputação seja demonstrado.

Conforme Bitencourt⁷, a difamação exige ainda o *animus diffamendi*, elemento subjetivo caracterizado pela intenção de denegrir, de difamar, de atingir a reputação do sujeito passivo. Inexiste modalidade culposa, e o ônus de provar a

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, 17ª ed. Editora Saraiva, 2017. p. 372

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 2 – Parte especial (arts. 121 a 212), 17ª ed. 2017. p. 294

⁶ Id. *Ibid*, p. 295

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, 17ª ed. Editora Saraiva, 2017 p. 373

inexistência do *animus diffamendi* cabe ao sujeito ativo. Ainda, explica o autor que “Não há animus diffamandi na conduta de quem se limita a analisar e argumentar sobre dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação.”

A modalidade tentada é em teoria possível em alguns meios (no escrito, por exemplo), apesar de não ser normalmente aplicada. O autor resume, por fim, as principais classificações doutrinárias do crime: comum; pois não exige condições especiais do sujeito ativo; comissivo, pois não pode decorrer de omissão; e instantâneo.⁸

Existe ainda a exceção da verdade, presente quando o ofendido (sujeito passivo) é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício das suas funções, e o fato atribuído a ele verdadeiro. Conforme Bitencourt⁹, esse dispositivo é presente pois “Estado tem interesse em saber que seus funcionários exercem suas funções com dignidade e decoro.”

Observe-se, em outra mão, que a pena é majorada em algumas situações específicas, presentes do no art. 141 do Código Penal, incluindo a comissão do fato contra funcionário público:

“[...] se o fato é cometido: contra o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; contra funcionário público, em razão de suas funções; na presença de três ou mais pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa (art. 141, I, II e III), ou, ainda, quando é praticado mediante paga ou promessa de recompensa (art. 145, parágrafo único). (BITENCOURT, 2017, p. 376)¹⁰

Desta forma, busca-se impedir a divulgação de fatos que não estejam ligados ao exercício da função e possam causar danos à reputação de figuras de grande poder governamental. Consequentemente em relação a essas figuras públicas, em teoria, só podem ser divulgados fatos elogiosos, positivos ou que não impactem sua reputação, quando em assuntos que não a sua atividade profissional.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, 17^a ed. Editora Saraiva, 2017 p. 376

⁹ Id. Ibid. p. 377

¹⁰ Id. Ibid. p. 376

Nas palavras de Nucci, justifica-se a majoração referente a difamação contra o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro da seguinte forma:

A mácula à reputação dessas pessoas, em razão do alto cargo por elas ocupado, pode ter repercussão muito maior do que se se tratar de qualquer outro indivíduo, mesmo porque tende a ofender, em muitos casos, a própria coletividade por elas representada.¹¹

No art. 142 do Código Penal constam as possibilidades de exclusão do crime, que são a imunidade judiciária, a imunidade ao se emitir críticas literárias, artísticas ou científicas e a imunidade do funcionário público emitindo parecer em exercício da função.

Já no art. 143 do Código Penal existe a possibilidade de retratação, que deve ser feita no mesmo meio e com o mesmo alcance em que aconteceu a ofensa. No art. 144 é abordada a possibilidade de que sejam dadas explicações referentes a ofensa, e caso haja recusa da parte ativa, ou o juízo considere as explicações insuficientes, o agente pode ser processado criminalmente. Se não, esclarecendo-se a situação, o sujeito ativo não responde penalmente.

Após essa breve caracterização do tipo penal, cabe avançar nos conceitos mais abstratos que permeiam a análise do crime de difamação.

1.2 O CRIME DE DIFAMAÇÃO E O CARÁTER DE ULTIMA RATIO DO DIREITO PENAL

Cláudio Brandão¹² define o Direito Penal como a mais grave das intervenções estatais. Explica que se caracteriza dessa forma por ter o poder de retirar, dos cidadãos, direitos protegidos por cláusulas pétreas constitucionais - a vida, a liberdade e o patrimônio.

Bonfim e Capez¹³, quando discorrem sobre as garantias existentes para controlar essa gravosidade, explicam os aspectos fragmentado e subsidiário do Direito Penal: fragmentário pois não busca proteger todos os bens jurídicos ofendidos

¹¹ NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado*, 17ª ed. Forense, 02/2017. p. 229.

¹² BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 2ª ed. Forense, 07/2010. p. 3

¹³ BONFIM, Edilson, CAPEZ, Fernando. *Direito Penal - Parte Geral*, 1ª ed. Saraiva, 07/2004. p. 111

em qualquer situação indiscriminadamente, mas somente os de maior importância relativa; e subsidiário, indicando que o Direito Penal só atua em situações em que os outros ramos do direito não possuam efetividade ou eficácia.

Desta feita, chega-se ao caráter de *ultima ratio* do Direito Penal – visto que só deve ser utilizado como última medida, seguindo a lógica jurídica de só se aplicar o remédio mais grave quando os remédios mais leves tiverem se mostrado insuficientes.

O Direito Penal, notoriamente, carrega um estigma maior na consciência coletiva popular – tende a punir as condutas amplamente vistas como mais bárbaras e grotescas. Carrega, também, as punições mais gravosas, e conseqüentemente um maior poder de intimidação. As condutas a serem abarcadas pelas punições penais devem então ser selecionadas com muita cautela, sob o risco de colocar-se um véu de intimidação sobre condutas que seriam, até, importantes de forma positiva para a sociedade. Conforme Bonfim e Capez:

Toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas. Por outro lado, esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. A sociedade vê limitados certos comportamentos, ante a cominação da pena, mas também desfruta de uma tutela a certos bens, os quais ficarão sob a guarda do Direito Penal. Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. Com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade. Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano na medida em que isso se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais.¹⁴

Com efeito, como mecanismo de garantia, possuem extrema importância os princípios constitucionais para que as normas penais sejam interpretadas corretamente, e não os tipos sejam aplicados em cega aquiescência sem cuidar-se em relação ao justo ou injusto. Deve-se então observar os princípios e

¹⁴ BONFIM, Edilson, CAPEZ, Fernando. *Direito Penal - Parte Geral*, 1ª ed. Saraiva, 07/2004. p. 130

interesses por tais da criação da lei penal em sua interpretação, como medida de justiça. Sobre o tema, continuam os autores:

Desconsiderar esse aspecto material da formação da norma é condenar a formulação jurídica a um jogo de mero exercício lógico, sem qualquer validade para as necessidades sociais de seus reais destinatários. Mais grave ainda se torna o apego excessivo à letra fria da lei, sem qualquer investigação ontológico-material, quando se observa a falta de legitimidade plena e concreta nos procedimentos para sua criação.

Diante disso, ao jurista importa primordialmente encontrar critérios de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal. Os princípios constitucionais (*tragende Konstitutionsprinzipien*) e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e o justo emprego das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.¹⁵

Resta, então, na análise dos casos práticos, sobrepesar os valores protegidos e os atacados na situação em tela de forma a garantir que se esteja dando a solução adequada e proporcional, com consciência de que a incidência da lei penal não deve ser absoluta e nem ocorrer em literalidade total.

No caso do crime tema do presente trabalho, observa-se a dificuldade inerente a sua aplicação frente as questões supracitadas – com a criminalização da imputação de fato desonroso a outrem, ainda que seja o fato verdadeiro, cria-se uma sociedade em que só podem ser divulgados fatos que enalteçam indivíduos, algo que claramente conflitua as ideias por trás dos princípios de liberdade de expressão e imprensa tão bem protegidos pela Constituição de 1988¹⁶. É logicamente dedutível que o texto Constitucional não buscava construir uma sociedade em que só podem ser divulgados fatos que enalteçam os indivíduos, mas pode-se chegar a essa consequência absurda com o poder intimidatório da penalização de uma conduta.

¹⁵ BONFIM, Edilson, CAPEZ, Fernando. *Direito Penal - Parte Geral*, 1ª ed. Saraiva, 07/2004. p.114

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16/11/2017.

Observa-se, então, um aparente conflito entre princípios constitucionais – os direito a honra e a privacidade, e a liberdade de expressão e imprensa. Barroso¹⁷, explica que “de forma geral, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecem que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo”. Ou seja, a honra é habitualmente protegida somente de inverdades, apesar de que em casos específicos certas verdades podem ser consideradas sem interesse público e logo protegidas, por serem inerentemente privadas e sem interesse no meio social¹⁸.

Essa interpretação se alinha com os aspectos fragmentário e subsidiário do Direito Penal, sobrepesando os interesses por trás da formação da lei de forma a concluir por uma aplicação que proteja o interesse público e as garantias individuais, tão importantes na Constituição de 88.

Exemplificativamente, na Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão da OEA, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, consta o seguinte trecho:

As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.¹⁹

Observa-se que o os dispositivos de proteção a honra do nosso Código Penal contrariam radicalmente essa referida proteção principiológica, que aponta para a defesa à reputação ideal acontecendo somente em meios civis.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16/11/2017. p. 14-15

¹⁸ Id. Ibid. p. 215

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>, Acesso em 24/11/2017.

Todavia, é muito difícil a aplicação dos princípios penais e constitucionais com a forma atual do texto legal do crime de difamação, por este, com sua definição ampla e irrestrita, acabar por ignorar o interesse público que permeia os princípios da liberdade de expressão e imprensa. Na sua aplicação prática, não é raro ver-se a aplicação literal e fria em total despeito dos interesses da coletividade, de forma irresponsável e com o efeito indesejado de intimidar a expressão de opiniões e a divulgação de fatos.

Prevê-se, por exemplo, a punição penal de indivíduo que apenas repete fato ofensivo a reputação de outrem que é notório e conhecido por todos. De acordo com Fernando Galvão, a mera repetição de fato desonroso e notório é passível de penalização:

O argumento de que todos comentam o fato notório e que o querelado apenas repetiu, sem o propósito de ofender, o que ouviu de outras pessoas, sem ter sido o autor da comunicação ao público ou mesmo divulgado algo que os demais desconhecêssem, não convence. Quem reafirma a ofensa que ouviu comete intencionalmente uma nova ofensa, potencializando ainda mais os danos já sofridos pelo ofendido. Se o querelado conhecia a potencialidade ofensiva da imputação que fez, certamente, agiu de maneira intencional. Ninguém atribui fato sabidamente desonroso à outrem sem querer. Por isso, deve-se reconhecer caracterizado o dolo de ofender à reputação da vítima.²⁰

Ainda, os danos causados a honra e a privacidade, quando presentes, podem quase que em totalidade serem corrigidos com sanções presentes na esfera civil, retratações ou respostas – especialmente quando se nota que quando resolvidos na esfera penal a resolução geralmente ocorre com prestações pecuniárias, tendo em vista a duração das penas. O crime de difamação tem a pena de detenção, de três meses a um ano, e multa.²¹ É considerado, desta feita, um crime de menor potencial ofensivo, cabendo seu julgamento aos Juizados Especiais Criminais²².

²⁰ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: crimes contra a pessoa*, 1ª ed. Saraiva, 01/2013. p. 295

²¹ Art. 139 do Código Penal.

²² Art. 60 e art. 61 da Lei nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

Deve-se salientar, inclusive, que parcela da doutrina entende inconstitucional a proteção penal à honra. Tal interpretação decorre do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, que dita que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A interpretação referida segue a lógica de que a previsão de sanções civis no referido inciso deve ser lida como uma negativa à sanções penais, vedadas pela omissão.

Nessa linha, afirma Alexandre Magno Fernandes Moreira de Aguiar:

Isso significa que a honra é realmente inviolável e qualquer ofensa deve ser sancionada com o pagamento de indenização por danos morais ou materiais. Ora, a Constituição permitiu apenas uma sanção pecuniária de natureza civil. Em nenhum momento considerou que a ofensa à honra pode ser sancionada penalmente. A omissão, nesse caso, deve ser interpretada negativamente, ou seja: a Constituição, ao deixar de referir-se às penas criminais, implicitamente, vedou-as.

Portanto, o abuso do direito à liberdade de expressão, como qualquer abuso de direito, deve ser sancionado, mas somente na seara civil. A sanção penal foi implicitamente proibida pela Constituição, pois afetaria o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão.²³

Evidente, então, o quanto a aplicação literal do tipo penal de difamação se distancia do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, por utilizar o remédio extremo para fins que seriam igualmente alcançados em outros meios, com a consequência indesejada da intimidação do livre fluxo de informações e opiniões.

1.3 CRIMES CONTRA A HONRA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

Transita atualmente no Senado Federal, de autoria do Senador José Sarney, o Projeto de Lei nº 236, conhecido como o novo Código Penal. Dentre as diversas e polêmicas mudanças sob análise, chamam atenção as mudanças no tratamento referente aos crimes contra a honra.

²³ FERNANDES MOREIRA AGUIAR, Alexandre Magno. *Os crimes contra a honra como um atentado à liberdade de expressão*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4286. Acesso em 11/11/2017.

Em desconsideração dos motivos supracitados pelos quais nossas leis penais já são inadequadas para o trato dos ataques aos direitos de personalidade e honra, e também na contramão do recomendado pelos órgãos internacionais²⁴, o relatório do anteprojeto do novo Código informa que as sanções serão ainda mais gravosas no caso dos crimes contra a honra. No caso da difamação, por exemplo, é prevista a seguinte pena:

Difamação

Art. 137. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – prisão, de um a dois anos.²⁵

No texto legal atual, todavia, a pena é de “detenção, de três meses a um ano, e multa.” Essa dobra da pena é absolutamente injustificada e perigosa. Os demais crimes contra a honra também tiveram penas aumentadas, com o aumento da pena do crime de calúnia, por exceder dois anos, ocasionar na alteração de sua competência dos juizados especiais criminal para a justiça criminal comum.

Ainda, nas circunstâncias referentes ao aumento da pena, este passaria a ser possível em até o dobro, contra um terço do Código vigente:

Art. 140. As penas cominadas neste Capítulo são aplicadas até o dobro se qualquer dos crimes é cometido:

I - na presença de várias pessoas;

II - por meio jornalístico, inclusive o eletrônico ou digital, ou qualquer outro meio de comunicação que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;

III – por servidor público, ou quem exerça cargo, emprego ou função pública, inclusive em entidade paraestatal, prestadora de serviço contratada ou conveniada, que revele ou facilite a revelação de fato que, em razão da atividade, deva permanecer em segredo, ou que viole sigilo legal ou juridicamente assegurado;

IV – contra servidor público, em razão das suas funções.

²⁴ O relatório anual de 2015 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca da liberdade de expressão recomenda o uso de sanções civis sempre que possível for, além da proteção das informações de interesse público e de um apelo à modificação de leis ambíguas e desproporcionais.

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>.

Acesso em 11/11/2017.

²⁵ Art. 137 do anteprojeto do novo Código Penal disponível em <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/Relat%C3%B3rio%20final%20do%20Anteprojeto%20do%20Novo%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf>. Acesso em 11/11/2017.

V – mediante paga ou promessa de recompensa.²⁶

Foi também incluído no delito de difamação presente no anteprojeto um parágrafo referente a difamação praticada contra pessoa jurídica, nos seguintes termos: "Divulgar fato que sabe inverídico, capaz de abalar o conceito ou o crédito de pessoa jurídica; Pena - prisão, de um a dois anos". Também foi prevista a exceção de verdade para essa situação específica (além da exceção já existente no atual Código para servidor público em ofensa relativa ao exercício de suas funções).

No anteprojeto são adicionados também, comparativamente ao Código Penal atual, os excludentes a ilicitude referentes a calúnia proferida em juízo, na discussão da causa, por parte ou procurador; a crítica jornalística salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; e "o relato ou a divulgação de fato atinente ao interesse público, que não esteja acobertado por sigilo funcional, em razão do cargo, legal ou juridicamente assegurado"²⁷.

Observa-se então que, ao mesmo tempo em que se aumentam as penas, busca-se aparentemente flexibilizar as definições, com o aumento das garantias jornalísticas e de imprensa. Essas garantias porém embasam-se em definições amplas e subjetivas, em linha contrária do que seria adequado aos princípios penais. Conforme Roxin:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.²⁸

Com efeito, mesmo que a quantidade de punições seja proporcionalmente diminuída, o fator intimidatório é maior com penas maiores e o debate público é desestimulado.

²⁶ Art. 140 do anteprojeto do novo Código Penal disponível em <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/Relat%C3%B3rio%20final%20do%20Anteprojeto%20do%20Novo%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf>. Acesso em 11/11/2017.

²⁷ Art. 141 do anteprojeto do novo Código Penal disponível em <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/Relat%C3%B3rio%20final%20do%20Anteprojeto%20do%20Novo%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf>. Acessado em 11/11/2017.

²⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal; *Parte General: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Primera edición. Editorial Civitas, S. A, 1997. p. 169

1.4 A DIFAMAÇÃO NA ERA DA INTERNET

A internet revolucionou a forma como os humanos se comunicam, de forma anteriormente absolutamente inimaginável. Conforme a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “a internet, como nenhum outro meio de comunicação antes, permitiu que os indivíduos se comunicassem instantaneamente e a baixo custo, e tem tido um impacto espantoso sobre o jornalismo e a forma como compartilhamos e acessamos informações e ideias”.²⁹

Nessa nova mídia comunicativa, abre-se margem para que a quantidade de pessoas atingidas e abarcadas por uma manifestação de pensamento ou informação de um fato cresça exponencialmente. Descentraliza-se, também, o poder tradicionalmente retido na mão de poucas instituições poderosas no âmbito da imprensa, permitindo-se que qualquer um torne-se potencialmente um comunicador e formador de opiniões. Desta forma, as leis desenhadas para os antigos tradicionais ambientes comunicativos tornam-se potencialmente obsoletas, necessitando de uma revisita para serem desenhadas novamente de forma adaptada ao novo meio. Sobre o tema, O Relator Especial das Nações Unidas (ONU): “[a]s abordagens de regulamentação desenvolvidas para outros meios de comunicação – como telefonia ou rádio e televisão – não podem ser simplesmente transpostas para a internet, mas devem ser desenhadas especificamente para este meio, atendendo as suas particularidades”.³⁰

Além disso, com essa arquitetura diferenciada na forma de um espaço plural, aberto e radical, propiciando que os indivíduos reajam e compartilhem informações em tempo real e se mobilizem de várias formas, inclusive politicamente,

²⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013)*. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_web.Pdf. Acesso em 11/11/2017. p. 5

³⁰ Relator Especial das Nações Unidas (ONU) citado por ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013)*. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_web.pdf. Acesso em 11/11/2017. p. 5

a Internet assusta autoridades políticas e administrativas.³¹ Conforme demonstrado anteriormente, exemplificativamente, no anteprojeto do novo Código Penal, as penas poderiam ser aumentadas até em dobro no caso de difamação por meio eletrônico ou digital. Ainda, conforme relatório da OEA com dados obtidos entre organizações participantes de diversos países, no período de maio de 2013 à maio de 2014, 80% dos casos judiciais de injúria, difamação, calúnia ou desacato haviam sido iniciados por pessoas com cargos políticos ou judiciais³².

O aumento das penas no anteprojeto do novo Código Penal, o caráter democrático da propagação de ideias na Internet e o fato de a vasta maioria dos casos judicializados de crimes contra a honra serem iniciados por autoridades que criam ou aplicam as leis cria um cenário de extremo risco – em que informações e opiniões cuja propagação poderia ser considerada de maior interesse público, por se referirem aos administradores da máquina pública, se tornam sujeitas aos decisões e caprichos desse mesmo grupo, que pode, como se observa através de todos os escândalos recentes na política e no judiciário brasileiro, atenderem interesses que não os do povo em sua atividade profissional.

Quanto a ocorrência dos crimes contra a honra nas redes sociais, discorre Nucci (2017):

Novos caminhos, advindos da moderna tecnologia, criam outros veículos para se externar uma ofensa. Torna-se mais fácil identificar uma ofensa à honra por intermédio de um e-mail dirigido de determinada pessoa a outra.

No entanto, o problema torna-se mais complexo nas redes sociais, não se podendo descartar qualquer crime contra a honra cometido dessa maneira. Em sites como o Facebook, muitas pessoas soltam a língua para falar de tudo e de todos, por vezes com palavras de baixo calão e transmitindo fatos falsos e degradantes a respeito de alguém determinado.

É perfeitamente possível configurar um crime contra a honra num post do Facebook ou qualquer outro ambiente virtual similar, inclusive por meio de mensagens curtas postadas no Twitter.

³¹ BENTO, Leonardo Valles. Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro. Revista da AJURIS, v. 41, n. 136, 2014. p. 272

³² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015* v. II. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>. Acesso em 19/11/2017. p. 79

O provedor ou o administrador do site, sendo pessoa jurídica, não pode ser incriminado. Tratando-se de pessoa física, que controla o conteúdo das postagens, tomando conhecimento e não apagando o post ofensivo, pode tornar-se partícipe. Alguns dirão que o post, ao ingressar no site, consuma o crime, por se tornar público, e ninguém poderia participar depois da consumação. No entanto, a Internet fornece uma nova forma de praticar o crime contra a honra, que é a permanência (em lugar da instantaneidade, por outros instrumentos).

Enquanto a postagem ali está, a mensagem ofensiva está sendo repetida e repetida à exaustão, proporcionando o conhecimento a um maior número de pessoas, que inclusive podem compartilhá-la, incidindo no mesmo delito.

Como fica o caso das pessoas que se limitam a curtir a ofensa contra terceiro? Poderia ser um partícipe, em tese, pois concordou e deu seu aval. No entanto, cremos ser pouco para tomar feição de aderência à conduta criminosa. Há quem curta postagens de outros sem nem mesmo ler.

Por outro lado, os que comentarem aquele post ofensivo, dando sua concordância ou colocando mais termos ofensivos, são partícipes do crime contra a honra. Ou podem ser até mesmo coautores, visualizando o caráter permanente da infração penal.

Se a ofensa verbal é instantânea, a tecnologia permite, agora, o formato permanente, pois ela está presente, atingindo mais e mais pessoas até que seja retirada, finalizando a consumação.³³

Observa-se, nessa interpretação, um caráter extremamente intimidatório. A manifestação de uma opinião acerca de, por exemplo, um político considerado desonesto por um indivíduo, configuraria crime. Tal interpretação não é inimaginável atualmente, apesar de ser, na nossa opinião, inadequada. Porém, cada comentário concordando com a manifestação, e mais do que isso, para alguns, até cada “curtida” na postagem poderiam configurar, também, crime. Esse tipo de interpretação condena a Internet, que poderia ser, em sua forma ideal, uma manifestação perfeita do conflito amplo de ideias que de acordo com John Stuart Mill nos deixaria mais próximos da verdade, à ser um ambiente de medo e debates rasos, em que as críticas são penalmente puníveis e somente as manifestações elogiosas e ufanistas são asseguradas.

Saliente-se, todavia, a evolução da jurisprudência quanto a responsabilização de intermediários. Conforme Leonardo Valles Bento³⁴, inicialmente,

³³ NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal* - v. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016. p. 216

³⁴ BENTO, Leonardo Valles. *Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro*. Revista da AJURIS, v. 41, n. 136, 2014. p. 280

seguiu-se a linha no Brasil de que fossem responsabilizados objetivamente os intermediários. Explica-se: Os provedores de acesso e conexão, prestadores de hospedagem de conteúdo, serviços de busca de conteúdo e diversas outras plataformas de conteúdo se responsabilizariam pelo conteúdo produzido por terceiros utilizando seus serviços. Tal lógica, contudo, pela forma em que a informação é difundida na internet cria uma situação nefasta – exige-se que esses prestadores de serviços tornem-se responsável por fiscalizar e controlar todo o conteúdo produzido sob seus domínios, algo na prática impossível.

E, ainda que fosse possível essa fiscalização, simplesmente se transferiria aos intermediários a obrigatoriedade da realização de uma censura privada. Os intermediários, como entidades privadas (e geralmente focadas no lucro), não possuem o compromisso constitucional do Estado de priorizar a liberdade de expressão e as garantias fundamentais. Logicamente, esse tipo de difusão da responsabilização e atribuição do dever de censurar levaria a uma atitude hiper cautelosa³⁵ por parte dos intermediários, ocasionando em um grande golpe a liberdade de expressar-se pela Internet.

Esse sistema, contudo, com o tempo sendo substituído na jurisprudência por um menos restritivo, apesar de apresentar problemas semelhantes referentes a fiscalização privada de conteúdo. Esse sistema, de responsabilização subjetiva, é conhecido como “notificação e retirada” (*notice and take down*) – ou seja, o provedor dos serviços somente passa a ser responsabilizado após informado por terceiros do caráter ilegal de determinada publicação, mesmo que extrajudicialmente.

Todavia, com o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em seu artigo 19, foi adotada uma resolução mais coerente com os ditames constitucionais, na medida em que passou-se a exigir notificação judicial, e desta forma, um mínimo de contraditório e devido processo legal:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e

³⁵ BENTO, Leonardo Valles. *Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro*. Revista da AJURIS, v. 41, n. 136, 2014. p. 282

dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.³⁶

Com esse texto legal e sua aplicação prática, o Brasil adota as recomendações de organizações internacionais como a Artigo 19, que defende a responsabilização somente após a notificação judicial:

[...] Por exemplo, os provedores de serviço de internet facilitam a disseminação de informações através da internet, mas cabe aos tribunais e não aos provedores determinar se o material é difamatório. Caso os provedores sejam considerados responsáveis pelas informações, eles teriam 19 que se comprometer com a censura com base em sua própria revisão do material, o que é claramente insatisfatório.³⁷

Feitas essas observações acerca da importância do debate na atualidade, com a Internet cada vez mais substituindo os mecanismos tradicionais de propagação de informação e a importância da revisita as restrições à liberdade de expressão previstas nos nossos textos legais, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, prossegue-se a um aprofundamento dos princípios fundamentais necessários a correta análise do crime de difamação.

³⁶ BRASIL. Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 21/11/2017.

³⁷ Artigo 19. *Difamação e Liberdade de Expressão*, 2006. Disponível em: < <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2012/10/ABCD1-1.pdf>. Acesso em 21/11/2017

2 A DIFAMAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À HONRA, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À PRIVACIDADE.

Neste capítulo serão feitas observações acerca da importância do direito à liberdade de expressão, seus principais marcos teóricos, e a sua importância para a saúde de uma sociedade democrática.

Será abordada também a relação entre a liberdade de expressão, o delito de difamação e os valores que este busca proteger, e a forma com que eles podem ser conciliados atentando-se aos interesses protegidos pelo texto constitucional.

2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é protegida e definida no artigo 19 da Declaração Internacional de Direitos Humanos da ONU, na seguinte forma:

Artigo 19. Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, e este direito inclui a liberdade de cultivar opiniões sem interferência, e de poder buscar, receber e compartilhar informações e ideias através de quaisquer meios e independentemente de fronteiras.³⁸

No texto jurídico brasileiro, é protegida no art. 5º, da Constituição Federal, que determina nos seguintes incisos (IV, VIII, IX):

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

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença política, ideológica e artística". (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

³⁸ UN. *Universal Declaration of Human Rights*, 1948. Disponível em <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 11/11/2017. Tradução nossa. (Article 19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers)

E também no art. 220:

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.

A liberdade de expressão ainda é protegida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)³⁹ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1992⁴⁰, e em mais uma multitude de tratados internacionais.

³⁹ ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

⁴⁰ ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

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

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Observa-se então que a liberdade de expressão, em sua definição mais abrangente, determina que todos os indivíduos podem expressar suas opiniões e ideias e compartilhar e buscar informações e conhecimento sem risco de repressão estatal ou censura, independentemente do meio usado.

Barroso explica que por mais que a doutrina brasileira tenda a diferenciar a liberdade de expressão e a de informação, “a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal”. Desta feita, concordando com esta lógica⁴¹, este trabalho abarcará ambas as liberdades sob o véu amplo da liberdade de expressão.

João dos Passos Martins Neto escreveu a seguinte definição:

A liberdade de expressão figura entre as liberdades constitucionais mais comumente asseguradas e consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador). Seus titulares são indivíduos e instituições, especialmente a imprensa. Em linha de princípio, ela compreende a comunicação em torno de informações, opiniões, sentimentos e propostas, entre outros. Realiza-se através da linguagem oral e escrita, de gestos simbólicos e imagens. Admite os mais variados temas, política, moral, história, ciência, etc. Mas este é um conceito de mera aproximação, que traduz a essência, sem iluminar completamente.⁴²

No cenário brasileiro, fica clara a importância desta garantia no texto constitucional quando se analisa a situação dentro de seu contexto histórico, com a promulgação da Carta Magna sendo um momento de ruptura com o regime militar e os notórios abusos aos direitos individuais e a liberdade de expressar-se que caracterizaram o período.

A garantia à liberdade de expressão é fundamental para a democracia. De acordo com João dos Passos Martins Neto, na lógica em que na

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16 Nov. 2017. p. 18

⁴² MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. 1. ed, Florianópolis: Insular, 2008. p. 27

democracia as decisões são tomadas pelos cidadãos ou seus representantes, é intuitivo o livre fluxo de informações e ideias, pois permite:

[...] que os eleitores façam escolhas informadas nas eleições a partir da ampla discussão entre candidatos; que as pessoas possam influenciar as escolhas das políticas governamentais; que as autoridades públicas sejam submetidas a críticas que podem levar à sua substituição; que o abuso de poder e os atos de corrupção sejam denunciados ou prevenidos pelo receio de sua revelação; que aspirações contraditórias na comunidade sejam identificadas e os respectivos interesses acomodados em favor da estabilidade social; que indivíduos e minorias, à medida que podem abertamente dissentir, aliviem frustrações e não precisem recorrer à violência como alternativa para alcançar o poder, combater ações de governo ou obter atenção para pretensões reformistas; que melhores deliberações sejam tomadas com a audiência de todos os lados do debate.⁴³

Nesse sentido, conforme o princípio do discurso de Habermas, para que a democracia funcione corretamente deve haver autonomia para tomadas de posições e contribuições próprias por parte dos indivíduos, através dos direitos fundamentais. Desta feita, desenvolve que a democracia necessita das liberdades de participação e comunicação, para que os indivíduos e a coletividade desenvolvam livremente suas opiniões acerca do que é interesse comum de todos, sem a influência de coações externas.⁴⁴

John Stuart Mill, habilmente, explica que a supressão de uma opinião é um roubo frente as gerações passadas e futuras, pois caso fosse essa opinião verdadeira, troca-se uma mentira por uma verdade, e caso fosse ela falsa, perde-se a oportunidade de ter ainda mais certeza e clareza acerca da verdade, após sua colisão com o erro.⁴⁵

A liberdade de expressão é conectada diretamente à liberdade de consciência, direito consagrado na própria natureza humana que garante a inacessibilidade dos pensamentos e a liberdade de manter opiniões, crenças, preferências e perspectivas, sem qualquer compromisso ou obrigação de seguir alguma agenda, linha de pensamento ou restrição imposta por outrem. Assim, é somente o próximo passo natural o compartilhamento das ideias cuja existência é

⁴³ MARTINS NETO, João dos Passos. Fundamentos da liberdade de expressão. 1. ed, Florianópolis: Insular, 2008. p. 42

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenneischler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997, passim.

⁴⁵ MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1864. p. 33

protegida pelo estado, mesmo que desprezíveis, e seu conseqüente aperfeiçoamento pela articulação na forma linguística e pelo debate com ideias divergentes.

Com efeito, alguns autores tem apontado para a liberdade de expressão como “elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais”.⁴⁶ Nesta lógica, é justificável que ocupe o direito à liberdade de expressão uma posição de favoritismo (*preferred position*) em relação aos demais direitos fundamentais individuais. Essa posição é originária da Suprema Corte norte-americana, e tem encontrado reconhecimento jurisprudencial no Tribunal Constitucional espanhol e no Tribunal Constitucional Federal alemão⁴⁷.

No caso do debate acerca da criminalização da difamação, a liberdade de expressão e informação deve ocupar posição central. A sua posição central nas constituições democráticas e nos tratados internacionais, obviamente, não decorre da sua aceitação unânime. Ela existe justamente pois protege discursos desagradáveis, grotescos e inegavelmente ofensivos, que causam revolta e indignação. Nesta medida, não haveria necessidade de proteção legal à liberdade de expressão se apenas se aplicasse ao livre fluxo de discursos positivos, agradáveis e louvatórios, pois não há movimentação no sentido de controlar e censurar estes.

É extremamente importante, no sistema democrático, que conheçamos os candidatos às posições eletivas de poder, suas histórias e suas ideias. Para esse fim, possuímos leis que determinam, por exemplo, o horário eleitoral obrigatório. Na mesma medida, é importante que conheçamos as pessoas que ocupam as posições de poder na máquina pública decorrentes de outros métodos de admissão, da mesma forma em que é adequado que um patrão conheça seus empregados – daí a importância da proteção à reputação contra ataques injustos. Todavia, não seria desejável que os juízes, ministros, secretários de estado e demais

⁴⁶ DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 158

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação*. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16 Nov. 2017. p. 20

homens responsáveis pela aplicação e formulação das leis nos fossem desconhecidos, protegidos por um manto de obscuridade, ou que fossem pessoas com a imagem cuidadosamente protegida e conservada pela própria máquina pública que controlam.

Não é difícil, então, observar o interesse público na divulgação dos fatos verdadeiros referentes a vida das figuras públicas e notórias, na medida em que sua vasta influência sobre a vida dos demais cidadãos os expõe a maior (e até justo) escrutínio público. Até mesmo nas situações em que não há aparente público, deve-se optar pela divulgação. Deduzir o contrário seria atribuir a própria máquina pública a decisão de optar pelas definições do que é interesse da coletividade tomar conhecimento ou não, característica determinante das ditaduras. A própria confiança da sociedade nas instituições democráticas é preservada com o livre acesso e divulgação de informações.

A expressão interesse público, por si só, é delicada. Barroso salienta que o interesse público não deve ser referente simplesmente a utilidade que tal conteúdo possui para a coletividade, mas como algo presumido como inerente à própria liberdade de propagação das informações. Nesta medida, o livre acesso a informação do que acontece ao redor do indivíduo é condição *sine qua non* para a própria liberdade, e desta forma a divulgação de qualquer informação já carrega interesse público. Nas suas palavras:

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do interesse público no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do conteúdo veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas "inconvenientes", sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente,

nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada preferred position de que essas garantias gozam.⁴⁸

Nessa mesma linha, pode-se estender à utilidade do conhecimento dos eventos que circundam as autoridades públicas e demais funcionários públicos também aos grandes empresários, pois figuras de poder e influência constantes. As celebridades do mundo das artes, também, compartilham influências e poder semelhantes, e se não semelhantes, significativos de sua própria forma. Na verdade no mundo moderno não é raro observar, por vezes, que a própria fama por si só já carrega julgamento positivo e prestígio, com certos indivíduos sendo admirados e alvo da curiosidade pública somente por serem famosos. Para o indivíduo comum, um quadro mais completo de informações acerca de seus vizinhos, comerciantes com que lida, ou familiares também pode ser útil, dependendo da sua índole e personalidade. Nessa medida, observa-se que o direito de se informar e conhecer o mundo e as pessoas ao seu redor é algo natural do convívio democrático, e em certa dimensão necessário para que abusos sejam evitados. Daí o interesse público presumido – por vezes o interesse público não resta no conteúdo da informação em si, mas no fato de que a decisão acerca da existência de interesse público ou não na divulgação dessa informação não fique nas mãos do Estado.

Um exemplo prático da importância do livre fluxo de informações, e de como é difícil ver a caracterização da divulgação de um fato negativo à reputação de outrem como algo que deva ser criminalizado é o site Wikipedia. A Wikipedia é uma enciclopédia livre, escrita de forma colaborativa e em forma de organização sem fins lucrativos⁴⁹, tendo o conteúdo, desta feita, controlado, produzido e fiscalizado pelos próprios membros. Possui páginas referentes a diversos eventos, lugares, conceitos e pessoas, dentre outros, listando fatos e informações considerados relevantes pelos usuários. Neste formato, a Wikipedia se tornou referência na busca

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16 Nov. 2017. p. 24

⁴⁹ Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia>. Acesso em 24/11/2017

de informações na era digital, influenciando multidões e se tornando, de certa forma, uma parte do processo democrático.

Não é raro, nas suas páginas, a propagação de informações e a divulgação de fatos que possam ser negativos a reputação de indivíduos específicos. Apesar das críticas ao site e ao seu formato, é difícil negar seu papel importante na democratização do acesso à informação e seu serviço à própria democracia, permitindo que os cidadãos possam formar uma opinião mais precisa dos acontecimentos e da realidade ao seu redor com poucos cliques. Nessa lógica, os próprios fatos ofensivos à reputações presentes nas páginas do site fazem parte do que o torna tão útil e adequado ao sistema democrático, pois não há como construir uma visão adequada e próxima da verdade evitando fatos e acontecimentos desagradáveis.

A alternativa, no caso da aplicação literal do tipo penal de difamação, seriam enciclopédias recheadas de fatos louvatórios ou neutros sem menção a qualquer evento que pudesse causar mácula na reputação de outrem, pelo menos em vida. Não observa-se como essa poderia ser essa a intenção do legislador ao criar o dispositivo legal de difamação.

Apesar disso, na prática, observa-se que os sistemas legais tendem a prever aparentes limitações ao exercício da liberdade de expressão, sem que haja contradição aparente. Nas palavras de João dos Passos Martins Neto, “a mais intransigente das constituições não afasta a plausibilidade de restrições”⁵⁰.

2.1.1 A PROTEÇÃO AOS ATOS EXPRESSIVOS

João dos Passos Martins Neto defende que o “o requisito básico das comunicações dignas de proteção é ter valor expressivo”⁵¹. Para ilustrar a afirmação, descreve a comunicação por parte da mídia de uma ação governamental, e alternativamente, uma coluna de crítica acerca de tal ação. Na primeira, há informação, na segunda opinião (Salientamos, porém, que é praticamente impossível isolar o caráter das

⁵⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. 1. ed, Florianópolis: Insular, 2008. p. 30

⁵¹ Id. Ibid. p. 38

comunicações. Geralmente existem múltiplos aspectos em cada comunicação – exemplificadamente, é praticamente impossível transmitir uma informação de forma neutra). Em seguida, o autor descreve o um grito de fogo falso proferido em um teatro lotado como uma comunicação não protegida, pois não possui caráter expressivo. Explica então o porquê dessa manifestação não possuir caráter expressivo:

Assim, pode-se dizer que um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão. Por outro lado, um ato comunicativo ao qual não corresponda qualquer das razões que possam justificar a proteção constitucional do direito de comunicar carece de valor expressivo. A distinção é importante porque a liberdade de expressão não compreende atos comunicativos sem valor expressivo. Atos comunicativos sem valor expressivo não podem desfrutar da proteção constitucional porque, a rigor, não constituem expressão. Se a liberdade de expressão protege a expressão, o que não é expressão a liberdade de expressão não protege. **É o caso do grito falso de fogo, o qual, dentre as principais razões de proteção da liberdade de expressão geralmente reconhecidas, não se beneficia de qualquer delas, vale dizer, não postula afirmar uma verdade ou aperfeiçoar o conhecimento, não promove o funcionamento da democracia, não é essencial à autonomia e à dignidade individuais e não se concilia com o merecimento da tolerância.**⁵²
(*Grifo nosso*)

Nessa lógica, então, os discursos protegidos são aqueles que possuem valor expressivo, e dessa formam se adequam as hipóteses e motivos pelos quais é desejável a proteção à liberdade e expressão. Nos casos de calúnia, claramente, inexistente valor expressivo – não se busca aperfeiçoar o conhecimento e a busca da verdade, a promoção do funcionamento da democracia, ou o aumento da tolerância – busca-se somente atingir a reputação de terceiro, para fins escusos e não abarcados por nenhuma proteção constitucional.

A mesma lógica abarca a atribuição de um fato falso e não criminoso difamante a honra de outrem – não se observa nenhuma das características que fazem a liberdade de expressão desejável, mas somente o mesmo intento de atingir a honra de alguém por motivos escusos e injustos. Com efeito, com esses ataques falsos, a honra deixa de ser equivalente as atitudes verdadeiramente executadas por um indivíduo, mas ao invés à falsas atribuições mal intencionadas de um terceiro.

⁵² MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. 1. ed, Florianópolis: Insular, 2008. p. 40

A comunicação de fatos possivelmente negativos a reputação de um indivíduo, mas verdadeiros ou razoavelmente tomados como verdadeiros pelo emissor, todavia, não é tão claramente indesejável. É possível nessas manifestações, observar a propagação de diversos conhecimentos e opiniões necessários para o funcionamento da democracia e à busca pela verdade. Não é razoável afirmar, por exemplo, que conhecer fatos possivelmente negativos a reputação de um candidato a presidência não é desejável democraticamente, ou que não o pode ser.

2.2 O DIREITO À HONRA NO DELITO DE DIFAMAÇÃO

No texto legal brasileiro, existem algumas previsões de limitações para o direito à liberdade de expressão. Prevê-se, por exemplo, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e certas limitações referentes à publicidade de certos produtos específicos (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias).

O direito a honra encontra-se positivado no texto constitucional no art. 5º, inciso X, com a seguinte redação: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Encontra-se positivado também em pactos internacionais, como no Pacto de San Jose da Costa Rica⁵³ e na Declaração Internacional de Direitos Humanos⁵⁴.

É lógico depreender, dessa proteção a honra, a vida privada e a imagem, as motivações por trás da existência do crime de difamação. A interpretação literal e exaustiva do texto da lei, porém, vai além dessas defesas constitucionais –

⁵³ Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

⁵⁴ Artigo 12º

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.

cria um conflito inexistente entre princípios. Seguindo a lógica de preferência do direito à liberdade de expressão e as motivações por trás dessa preferência, é possível deduzir, desse terreno nebuloso aparentemente encoberto pela literalidade do texto da lei, quais discursos são protegidos e quais não são.

Na definição de Adriano de Cupis, o direito à honra é “a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”⁵⁵. É oponível ao estado e a todos os indivíduos da sociedade, e é inerente a qualquer indivíduo em decorrência de sua origem no princípio da dignidade da pessoa humana. É dividido, na doutrina, em honra subjetiva, ou o sentimento acerca da própria dignidade, e em objetiva, ou a dignidade do indivíduo na concepção de todo o resto da sociedade (sua reputação).⁵⁶ No crime de difamação, especificamente, é protegida a honra objetiva, ou a reputação do indivíduo. De acordo com Fernando Galvão, “por honra objetiva deve-se entender o respeito e o apreço de que somos objeto ou somos merecedores perante os demais membros da sociedade.”⁵⁷

Nessa lógica encontra-se a aplicação do crime de difamação quando praticado contra pessoas jurídicas, pois também possuem reputação. Desta forma, a pessoa jurídica pode ser lesada em virtude de dano injusto ao seu prestígio, e conseqüentemente enquadrada no tipo penal. Nesse caso, porém, apesar de o dano ser de fácil percepção, é difícil deslumbrar a proteção à psique e ao bem estar social que caracterizam os crimes contra à honra. Desta forma, a desnecessidade da penalização e da criminalização da conduta chamam ainda mais a atenção, na medida em que uma solução na esfera cível era perfeitamente cabível e adequada.

O direito à honra, porém, de acordo com as interpretações majoritárias da doutrina, da legislação, e da jurisprudência, encontra sua limitação na verdade dos fatos que foram atribuídos à alguém. Um fato verdadeiro, então, não pode ser desonroso, salvo raras exceções doutrinárias e legislativas. De acordo com Barroso,

⁵⁵ DE CUPIS, Adriano apud DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 109

⁵⁶ DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 109

⁵⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: crimes contra a pessoa*, 1ª ed. Saraiva, 01/2013. p. 245

“os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse público na sua divulgação”.⁵⁸

O tipo penal de difamação, todavia, contraria esse entendimento, na medida em que a sua exceção da verdade é muito específica, somente na situação em que o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. Porém, sendo o direito à honra objetiva uma proteção a imagem construída pelo e cultivada pelo indivíduo, de fato não faz sentido a proibição da comunicação de verdades que ataquem a reputação de alguém. Pelo contrário, é de interesse da sociedade que a reputação de um indivíduo equivalha, em totalidade, aos fatos que poderiam influenciá-la.

A interpretação mais correta ao direito da reputação e que se encaixaria, sem que os valores fundamentais ao funcionamento da democracia fossem atacados, seria, então, que somente ataques injustos a reputação fossem punidos. Ataques injustos e com o intento de difamar, conforme explicado anteriormente, não possuem valor expressivo, por não abarcarem nenhum dos motivos razoáveis pelos quais a liberdade de expressão é protegida e possui posição de preferência.

Seguindo essa lógica, é razoável a conciliação dos direitos fundamentais à honra e a liberdade de expressão, através da reflexão acerca dos valores que eles buscam proteger e as situações decorrentes. O direito à honra no âmbito da difamação só faz sentido quando protege reputações de acusações falsas e injustas, que também não possuem proteção por parte do direito à liberdade de expressão por não abarcarem os motivos pelos quais a liberdade de expressão é desejável.

2.3 A PRIVACIDADE E O DIREITO DE ESTAR SÓ

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16/11/2017. p.15

Barroso salienta, porém que em situações específicas a doutrina prevê a possibilidade de que mesmo fatos que são verídicos tenham a divulgação punida:

Excepcionalmente, porém, a doutrina admite (e a legislação de alguns países autoriza) que se impeça a divulgação de fatos verdadeiros mas detratores da honra individual: é o que se denomina de “segredo da desonra”. Os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse público na sua divulgação.⁵⁹

Nesses casos específicos, observa-se, o direito protegido é o direito à privacidade. É um direito relativamente novo, e que tem seu debate reavivado, também, com o *boom* da internet, e as novas perspectivas e possibilidades decorrentes desse boom.

Na era da informação e com as pessoas cada vez mais fornecendo as próprias informações de boa vontade no âmbito virtual, tornou-se mais fácil para os órgãos governamentais e privados formarem vastas bases de dados sobre seus cidadãos. Com a ameaça terrorista criando medo e suspeitas do governo por sobre a sua própria população, os abusos no controle e fiscalização logo vieram à tona e reacenderam o debate acerca do direito à privacidade.

O direito a intimidade em sua concepção atual, de acordo com Edilson Pereira de Farias⁶⁰, origina-se no direito norte-americano, com o artigo publicado na edição de 15 de dezembro de 1890 da *Harvard Law Review*, escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis, futuro ministro da suprema corte.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16 Nov. 2017. p.15

⁶⁰ DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 112

No artigo⁶¹, os autores buscam encontrar um princípio legal que proteja a privacidade dos indivíduos e caso este exista, qual a natureza e o escopo dessa proteção. Já em 1890, demonstram insatisfação com as práticas jornalísticas de suas épocas, e os impactos que os jornais de grande circulação e o advento da fotografia causaram em forma de exposições à vida íntima dos indivíduos.

Os autores discutem o que eles chamam de o direito “de ser deixado em paz” (*right to be let alone*). Chegam a esse direito estudando decisões que protegem a propriedade intelectual, observando que essas decisões iam além da convencional proteção ao direito de propriedade quando impediam que uma publicação viesse a público. Em suas palavras:

A *common law* garante a cada indivíduo o direito de determinar, regularmente, a qual dimensão seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados a outros. No nosso sistema de governo, ele nunca pode ser obrigado a expressá-los (exceto quando no balcão de testemunhas), e ainda quando ele escolhe dar-lhes expressão, ele geralmente retém o poder de determinar os limites da publicidade que lhes será dada. [...] Essas considerações levam a conclusão de que a proteção garantida a pensamentos, sentimentos e emoções, expressadas através da mídia escrita ou das artes, enquanto consista em prevenir a publicação, é meramente uma manifestação do direito mais amplo de ser deixado em paz. (Tradução nossa)⁶²

Os autores trazem, para ilustrar, outro exemplo. Criam a situação em que alguém recebe uma carta por acaso, sem solicitação, e a abre e lê. Não existe nenhum contrato ou acordo entre o emissor da carta e o receptor. Brandeis e Warren argumentam, então, que pelas leis de propriedade existentes não haveria motivo para

⁶¹ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, dez. 1890. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 16 Nov. 2017

⁶² Id. Ibid. p. 198 e 205. Tradução nossa. (The common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others.¹⁶ Under our system of government, he can never be compelled to express them (except when upon the witness stand); and even if he has chosen to give them expression, he generally retains the power to fix the limits of the publicity which shall be given them. [...] These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone.)

que a publicação da carta fosse proibida, mas que princípio que configura a proteção ao escrito pessoal é o direito à privacidade.⁶³

Por fim, os autores trazem algumas limitações ao direito à privacidade, incluindo a limitação de que “O direito à privacidade não proíbe nenhuma publicação de assunto que seja de interesse público ou geral”⁶⁴ (tradução nossa).

A primeira demanda judicial em que o direito à privacidade foi reconhecido ocorreu em New York em 1891, no caso *Schuyler v. Curtis*, fazendo referência ao artigo de Warren e Brandeis. Já neste julgado, uma importante distinção foi realizada – de que as pessoas públicas abdicam de certa medida de seu direito à privacidade, recebendo uma menor proteção que as pessoas privadas:

No momento em que alguém voluntariamente se coloca aos olhos do público, tanto ao aceitar cargo público quanto quando se torna candidato, ou um artista ou um escritor, ele abdica à seu direito à privacidade em certa medida, e obviamente não pode reclamar de qualquer descrição ou retrato de si. (Tradução nossa)⁶⁵

Desta feita, observa-se que as pessoas comuns possuem uma maior proteção ao seu direito à intimidade que as pessoas conhecidas e com a vida pública. As pessoas públicas e celebres, nessa medida, abdicam de parte de seu direito a intimidade, mas não de sua totalidade, como preço pelos benefícios adquiridos pelo prestígio e pela fama.

Essa diferenciação é prevista, por exemplo, na Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000, que prevê que “Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, 1890. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 16/11/2017. p. 207

⁶⁴ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, dez. 1890. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 16/11/2017. p. 214

⁶⁵ Disponível em <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/SchuylervCurtis.htm>>. Acesso em 23/11/2017 Tradução nossa. (The moment one voluntarily places himself before the public, either in accepting public office, or in becoming a candidate for office, or as an artist or literary man, he surrenders his right to privacy *pro tanto*, and obviously cannot complain of any fair or reasonable description or portraiture of himself.)

a liberdade de expressão e o direito à informação.”⁶⁶ Reconhece-se, nessa manifestação de princípios, que os funcionários públicos abdicam de parte da privacidade pelo exercício da função, na medida em que “estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade”;

Conforme salienta Edilsom Pereira de Farias⁶⁷, deve-se diferenciar também os direitos a intimidade e à honra, pois são distintos em essência e aplicação. Na proteção à honra, a personalidade é protegida de ataques que causem gravames a reputação do sujeito. Já na proteção à intimidade, independe de gravames serem causados à proteção é a esfera de vida privada do sujeito, de eventos sem interesse público algum que englobam seu direito de ser deixado em paz.

No direito brasileiro, a proteção à privacidade se encontra positivada também no Código Civil de 2002, que postula em seu art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”⁶⁸

No crime de difamação, a proteção à honra abarca os fatos falsos atribuídos à alguém a fim de depreciar sua imagem pública e atacar sua reputação, pelos motivos já expostos pelos quais fatos verdadeiros não podem ser abarcados pela proteção constitucional à honra. Já a proteção à intimidade engloba os fatos verdadeiros mas inerentemente privados, cuja divulgação não traz utilidade pública alguma e não se encontra alcançada pelos motivos pelos quais a liberdade de expressão é desejável.

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>, Acesso em 24/11/2017.

⁶⁷ DE FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 117

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro De 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 21/11/2017.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA DIFAMAÇÃO NO MUNDO REAL

3.1 O EFEITO DE AMEDRONTAMENTO E ESFRIAMENTO DOS DEBATES

Um efeito bem conhecido das leis de difamação é o desestímulo ao debate público, resultando em receio na emissão de opiniões críticas e manifestações contundentes. Quando o texto legal não é específico em suas previsões, resulta em autocensura, na medida em que os cidadãos tendem a evitar qualquer discurso ou fala que possa ser má interpretada como mecanismo de proteção. Esse efeito é chamado no direito norte americano de *chilling effect*, ou efeito de esfriamento.

A criminalização da difamação carrega punições duras, com a possibilidade de prisão, multas, e todo o estigma que circunda as punições penais. Conforme demonstrado anteriormente, esse problema se agrava, também, por os casos que entram no sistema judicial geralmente serem iniciados por figuras de poder, como políticos e empresários que são dotados de grande influência.⁶⁹ Nesse sentido, temendo o efeito de amedrontamento, o Relator Especial da ONU em liberdade de expressão, em seu relatório geral de 2016, afirmou que acredita que “[...] quaisquer penalidades criminais ou penalidades civis excessivas para difamação são geralmente inconsistentes com o art. 19⁷⁰ e devem ser repelidas”.⁷¹

A grande questão acerca do efeito de amedrontamento é sua forte influência extrajudicial, na medida em que não exige a condenação ou decisões temerárias para que execute seu efeito. Em uma sociedade em que a mera existência de uma ação contra um respectivo sujeito já carrega diversos ônus e julgamentos, e mesmo custos financeiros, a incerteza acerca do caráter difamatório de uma manifestação já é, de certa forma, um ônus e um gravame para que à proferiu.

A censura prévia, conforme já abordado anteriormente, é a forma menos desejável de restringir à liberdade de expressão, na medida em que elimina em totalidade essa liberdade. O art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica

⁶⁹ ARTIGO 19. *Difamação e Liberdade de Expressão* (2006). Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2012/10/ABCD1-1.pdf>. Acesso em 21/11/2017

⁷⁰ Em referência ao art. 19 da Declaração Internacional de Direitos Humanos da ONU.

⁷¹ Disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/373. Acesso em 26/11/2017. Tradução nossa. ([...] any criminal penalties or excessive civil penalties for defamation are generally inconsistent with article 19 and should be repealed.)

(Convenção Americana de Direitos Humanos), que é referente à liberdade de pensamento e de expressão, veda em totalidade a censura prévia em seu segundo parágrafo:

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Essa taxatividade é coerente. Com as sanções posteriores, subsiste, pelo menos em parcela, o direito de se expressar, que é sacrificado em totalidade com a censura prévia. Em teoria, com as sanções posteriores, ao menos o indivíduo ainda pode se expressar e suas opiniões e pensamentos chegam à público, aperfeiçoando o debate e forçando o conflito entre pensamentos discrepantes. No caso da censura prévia, todavia, a opinião é sufocada sem jamais ser proferida – e a sociedade privada do desejável conflito entre lógicas diferentes.

É nessa medida que o chamado efeito de amedrontamento no caso dos crimes contra a honra é mais indesejável. A obscuridade do texto legal, as contradições entre as decisões judiciais e a gravosidade das sanções criam um cenário de medo e insegurança, em que um tomador de decisões racional tem fortes motivos para deixar de emitir opiniões e informações, cuja tomada de conhecimento seria desejável pela sociedade, por temer as represálias. Esse efeito de autocensura por parte dos próprios indivíduos, na prática, funciona de forma semelhante a censura prévia, mas sem as garantias judiciais que o devido processo legal oferece por ocorrer no âmbito privado.

Na prática, o que observa-se é que, em um jornal matinal, diversas notícias de eminente caráter público poderiam ser adequadas ao tipo penal de difamação, e em algum momento passado provavelmente caso semelhante já resultou em condenação. É notório o ônus que essa incerteza acerca da legalidade do discurso causa para a sociedade, que é privada de conhecer as falhas e desvios dos personagens da vida pública e desmotivada de emitir seus pareceres honestos acerca dos acontecimentos que a compõe.

Ainda, deve-se destacar que o efeito intimidatório nas questões de proteção à reputação vai além da proteção de figuras políticas e de poder governamental, servindo também como mecanismo de proteção à grandes empresas e até mesmo como mecanismo impeditivo de desenvolvimento do debate científico.

No cenário internacional, já são bem conhecidas as *SLAPP* (*Strategic lawsuit against public participation*) – ou “Ações estratégicas contra a participação pública”. São ações judiciais cujo objetivo é prevenir a discussão e desestimular o debate de questões de interesse público, e podem adotar as mais diversas formas, criminais ou civis, e serem aplicadas por empresas, grupos políticos ou indivíduos. Em comum, apresentam a característica de serem parte de uma estratégia deliberada de colocar os críticos em posição defensiva, obrigá-los a focarem os recursos e a atenção na construção da defesa judicial, desestimular novas manifestações semelhantes, e em alguns casos extinguir a possibilidade de debates futuros em totalidade. Em muitos cenários, sequer existe a intenção da vitória judicial, mas somente o intuito do prolongamento da disputa e de que seja causado o maior transtorno possível, como em uma “guerra de atrito”.⁷² Nos EUA, diversos estados possuem leis que oferecem proteções especificamente construídas contra as *Strategic lawsuit against public participation*.⁷³

Um caso internacional de uso questionável da proteção à honra através de leis de difamação, e que chamou a atenção da comunidade científica internacional pelo seu caráter obviamente intimidatório, aconteceu em 2008 na Inglaterra. Simon Singh, jornalista e cientista, publicou um artigo na revista *The Guardian* em que desenvolvia as ideias de seu livro recém publicado, que continha duras críticas as alegações dos praticantes de quiropraxia acerca das possibilidades de seus tratamentos curarem diversas doenças sem que houvesse qualquer comprovação científica. A *British Chiropractic Association*, ou Associação dos Quiropráticos Britânicos, como consequência, o processou por difamação, conseguindo sucessos iniciais. Em audiência preliminar, inclusive, foi decidido pelo juiz responsável que o uso da frase "happily promotes bogus treatments"

⁷² SHELDRIK, Byron M. *Blocking Public Participation: The Use of Strategic Litigation to Silence Political Expression*. Ontario: Wilfrid Laurier University Press, 2014. p. 2

⁷³ Disponível em <https://www.rcfp.org/slapp-stick-fighting-frivolous-lawsuits-against-journalists/chart-anti-slapp-laws-and-journalists>. Acesso em 26/11/2017.

(empolgadamente promove tratamentos falsos) significava que Singh estava afirmando, como fato, que a Associação estava sendo deliberadamente desonesta. Singh apelou da decisão, e ao fim, com a decisão favorável acerca da revisão da decisão anterior atendendo os pedidos da apelação, a *British Chiropractic Association* optou por abandonar o caso.⁷⁴

O caso causou grande repercussão na Inglaterra no período, e é tido como grande fator causador da mudança na opinião pública que resultou na aprovação das novas leis de difamação em 2013⁷⁵. As leis da época foram duramente criticadas, principalmente pois Singh, que defendia verdades científicas, foi obrigado a travar uma dura e custosa batalha judicial e ter tido grandes chances de perder judicialmente e ter que arcar com grandes indenizações. O fato do ônus de provar que não possuía o intento de difamar recair sob Singh, conforme também aconteceria no direito brasileiro, foi alvo de duras críticas. O Wall Street Journal, em artigo chamado “*Britain Chills Free Speech*” (A Grã-Bretanha esfria a liberdade de expressão), afirmou que:

[...] Desta forma, é improvável que o senhor Singh seja a última vítima das leis de difamação da Grã-Bretanha. Decidir questões científicas e políticas através de decisões judiciais vai de encontro com os princípios que fizeram o progresso científico do ocidente possível. “O objetivo da ciência não é abrir as portas para a sabedoria infinita, mas colocar um limite para os erros infinitos”, Bertold Brecht escreveu em “A vida de Galileu”. Está na hora dos políticos britânicos limitarem a lei para que a sabedoria prevaleça em suas terras, e não os erros.⁷⁶

O caso é relevante pois seria absolutamente plausível sua ocorrência no sistema jurídico brasileiro, e demonstra mais uma faceta indesejada e possível da judicialização dos casos de difamação. Além disso, ilustra bem a possibilidade de gravames à busca da verdade quando se pune qualquer discurso ofensivo à reputações, além da possibilidade de uso de uma ação judicial para que um debate

⁷⁴ Disponível em <http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/8621880.stm>. Acesso em 28/11/2017

⁷⁵ Disponível em www.nature.com/news/england-s-libel-laws-reformed-in-a-victory-for-science-campaigners-1.12874. Acesso em 28/11/2017.

⁷⁶ Disponível em <https://www.wsj.com/articles/SB124406714025182743>. Acesso em 28/11/2017. Tradução nossa. ([...] And so Mr. Singh is unlikely to be the last victim of Britain’s libel laws. Settling scientific and political disputes through lawsuits, though, runs counter the very principles that have made Western progress possible. “The aim of science is not to open the door to infinite wisdom, but to set a limit to infinite error,” Bertolt Brecht wrote in “The Life of Galileo.” It is time British politicians restrain the law so that wisdom prevails in the land, and not errors.)

seja desmotivado e uma parcela da sociedade amedrontada. Para a sociedade britânica, era absolutamente mais desejável e produtivo que a *British Chiropractic Association* aceitasse a proposta que foi feita pelo *The Guardian* e escrevesse uma resposta com contra-argumentos e fatos, ou que apresentasse estudos confrontando as afirmações de Singh. Optou-se, todavia, pelo caminho intimidatório que é prontamente fornecido pelas duras leis de difamação da Grã-Bretanha no período.

Tendo em vista o efeito de amedrontamento, também, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomenda, conforme já citado anteriormente, a adoção de sanções civis sempre que possível, principalmente em casos que envolvam funcionários públicos e pessoas que voluntariamente se envolveram com assuntos de interesse público:

A CIDH adverte ainda, que permanecem no ordenamento jurídico dos Estados outros tipos penais, como a difamação, injúria e calúnia, e que estes continuam sendo utilizados como ferramenta para processar, sancionar e silenciar tanto jornalistas como defensoras e defensores que denunciam ou manifestam opiniões críticas sobre atos de funcionários públicos ou pessoas públicas relacionados a questões de interesse público ou pelo mal desempenho de suas funções e que constituem medidas desnecessárias e desproporcionais ao exercício da liberdade de expressão em relação a assuntos de interesse público, devido ao seu efeito silenciador que é incompatível numa sociedade democrática.⁷⁷

Nessa linha, todos os casos levados a Corte Interamericana de Direitos Humanos até então em assuntos referentes a criminalização de opinião resultaram em condenação dos países. Um caso de extrema relevância é o caso de Eduardo Kimel, jornalista, escritor e pesquisador histórico argentino, que foi condenado a um ano de prisão e multa de vinte mil pesos pelo delito de calúnia, após criticar a atuação de autoridades encarregadas da investigação do “massacre de San Patricio”.

A CIDH reverteu a decisão, garantindo indenizações a Kimel, a reversão da condenação e decretando a realização de um ato público de

⁷⁷ CIDH. *Criminalização do trabalho das defensoras e dos defensores de direitos humanos*. 2015, p. 61. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/criminalizacao2016.pdf>. Acesso em 29/11/2017.

reconhecimento de responsabilidade por parte do Estado Argentino.⁷⁸ Além disso, requereu à Argentina que medidas fossem tomadas para que situações futuras semelhantes não acontecessem, exigindo reformas legais para as questões referentes aos crimes de injúria e calúnia. Como consequência, a Argentina modificou o seu Código Penal excluindo em totalidade a criminalização da opinião e a criminalização de qualquer assunto relacionado a interesse público.⁷⁹

Casos semelhantes aos expostos são comuns no judiciário brasileiro, e as contradições, a força das sanções e o poder intimidatório decorrente clamam por reformas.

3.2 EXEMPLOS DE DECISÕES DAS CORTES NACIONAIS

Em decorrência das diversas possíveis interpretações do tipo penal de difamação já citadas e de seu caráter difícil de compatibilizar com os preceitos constitucionais e recomendações, e tratados internacionais que o Brasil adere, não são raras as decisões contraditórias entre si ou o mesmo processo apresentar lógicas completamente diferentes em instâncias jurisdicionais diferentes. Essa incerteza amedronta e causa insegurança jurídica.

Para este trabalho, foram escolhidos julgados que chegaram ao Tribunais de Justiça nacionais julgando acusações de difamação criminal. Foram escolhidos julgados com decisões radicalmente diferentes em instâncias diferentes, e julgados com punições extremamente rígidas para decisões que em casos semelhantes tiveram desenvolvimentos distintos.

Primeiramente, cita-se a apelação criminal nº 9000099-41.2012.8.26.0050, originária da 29ª Vara Criminal de São Paulo, que foi julgada em 2016. Trata-se de apelação contra sentença que absolveu o jornalista Paulo Henrique Amorim das acusações de difamação, calúnia e injúria, após o referido jornalista

⁷⁸ Caso *Kimel vs. Argentina*. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em 29/11/2017.

⁷⁹ Lei 26.551, Modificação do Código Penal Argentino. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160774/norma.htm>. Acesso em 29/11/2017.

criticar em seu blog o Diretor da Central Globo de jornalismo Ali Kamel por posicionamentos que considera racistas. Quanto a difamação, as frases que foram postadas no blog e referidas no acordão como ataques a reputação são os seguintes trechos:

“O Ali Kamel, como se sabe, é o nosso Gilberto Freire, autor do Best-seller 'Não, não somos racistas', onde demonstra (rsrsrsrs) [sic] que no Brasil não há tantos negros assim, mas pardos. Um dia, D. Madalena chegou para o marido, Gilberto, e disse, 'Gilberto, essa carta está há um tempo aqui em cima da tua mesa e você não abre'... É para Gilberto Freire, com 'i' da Moderna Sociologia/Antropologia Brasileira. O livro Best seller tem a finalidade de combater as cotas raciais. Ou seja, é uma pregação, do alto do púlpito global, que engrossa as fileiras racistas dos que bloqueiam a integração e a ascensão dos negros”⁸⁰.

Na sentença (proferida nos autos nº 0116304-15.2012.8.26.0050), o delito de difamação foi considerado inexistente. Considerou o magistrado de primeiro grau que houve uma “mera interpretação valorativa da obra do querelante”, e que o fato de o querelante haver escrito o livro criticado não caracteriza fato difamante. Já no acordão, o entendimento foi diferente – considerou o relator que “ter escrito uma obra preconceituosa e discriminatória fere inegavelmente o conceito de qualquer pessoa. Muito mais ainda a honra de um jornalista como o querelante que critica, se opõe, rechaça, reprova, condena e repudia qualquer forma de racismo ou mesmo discriminação de outra espécie.” Desta forma, o fato de Paulo Henrique Amorim ter descrito o livro como um “livro racista” configuraria o delito de difamação.

Paulo Henrique Amorim, restou, por fim, condenado a 5 meses e 10 dias de prisão pelos crimes de injúria e difamação, mais 13 dias-multa. Da decisão, depreende-se que não possuía o direito de considerar a obra preconceituosa ou racista, ou pelo menos de expressar essa consideração, pois uma crítica literária com essas conclusões, na lógica do acordão, fere a reputação de outrem de forma punível penalmente. O jornalista foi condenado na esfera cível, ainda, a indenização no valor de R\$ 30.000,00.

Usa-se como exemplo, também, a apelação nº 3006996-96.2013.8.26.0554, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, originária da 3ª

⁸⁰ *FHC dá uma punhalada nas costas do Ali Kamel.* Disponível em <https://www.conversaafiada.com.br/politica/2011/12/17/fhc-da-uma-punhalada-nas-costas-do-ali-kamel>. Acesso em 30/11/2017.

Vara Criminal de Santo André. A apelação foi interposta pelo jornalista Daniel Jose de Lima contra sentença que “o condenou por 9 incursões ao art. 139, caput, do Código Penal, em continuidade delitiva, a 08 meses e 10 dias de detenção, em regime semiaberto, mais 65 dias-multa, unitariamente fixados em 1/5 do salário mínimo”. Segundo o acórdão, a condenação é decorrente do fato de que Daniel, em sua revista eletrônica “Capital Social”, por 9 vezes definiu a Associação dos Construtores, Imobiliárias e Administradoras do Grande ABC como “um “clube”, associação “inútil”, “mequetrefe”, “chinfim”, além de proferir inverdades sobre a atuação da associação que chama de ‘Clube dos Construtores’”.

A defesa, em um de seus argumentos no recurso de apelação, considerou que o caso deveria ser resolvido por outras vias, pois não acreditava que a defesa da reputação de uma pessoa jurídica seria condizente com a proteção penal. No acórdão, o magistrado cita depoimentos de membros da associação afirmando que todos os membros da associação se sentiram atacados com as declarações, que o réu possui uma antiga antipatia com o presidente da associação que já resultou em condenação judicial por ofensas anteriores, e que os ataques à reputação da associação já ocasionaram em diversos ônus a entidade. Em seguida, citou o depoimento do apelante afirmando que este se contradiz ao declarar que a associação é um “clube sem representatividade” e ao mesmo tempo afirmar que esta é um assunto de interesse público, como “uma entidade que representa o setor imobiliário que por sua vez tem uma participação imensa no Produto Interno Bruto (...)”.

Por fim, o magistrado afirma que “Diante de tal conjunto probatório não há dúvidas de sua intenção em macular e denegrir a entidade dirigida por Milton Bigucci, pessoa que o réu insistiu em atacar a todo o tempo, embora justificando, sempre, que as investidas eram contra a associação.” Optou por manter a condenação e as penas determinadas em sentença, afirmando que “No presente caso, apesar da primariedade, o réu demonstrou personalidade avessa ao ordenamento jurídico, merecendo, realmente, a exasperação da pena que, repita-se, sequer foi objeto da insurgência defensiva.”

A conclusão acerca da personalidade avessa ao ordenamento decorre do réu possuir outras acusações semelhantes, ainda que sem condenações definitivas. Desta feita, o fato de outras publicações jornalísticas do apelante já haverem sido alvo de ação judicial, inclusive com as queixas-crimes advindo dos

membros da associação atacada, resultou no aumento da sua pena-base para além do mínimo legal, e também na escolha do regime inicial como intermediário, apesar da condenação ser de somente 8 meses e o réu primário. Houve voto parcialmente vencido, no acórdão, quanto a fixação do regime e a substituição da pena privativa de liberdade.

Como terceiro exemplo, cita-se a apelação criminal no processo nº 0012509-41.2013.8.19.0021, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No caso em tela, o apelante, Jose Carlos Balbi Rezende, se insurgiu contra sentença que o condenou a um ano de detenção, em regime aberto, por cometer o crime de difamação por três vezes com a majorante de haver feito as publicações em meios de fácil divulgação. A sentença se embasou em artigo público pelo apelante em diversos jornais e veículos de comunicação social, em que realizou crítica a PROTESTE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR, nas seguintes palavras:

A agência se baseia em dados falsos fornecidos pela Proteste, que se auto-intitula "Associação Brasileira de Consumidores". Sabe-se que foi fundada por entidades estrangeiras e, na verdade, sua ação beneficia multinacionais do setor de limpeza. Evidente que o álcool, mais eficiente e mais barato, é forte concorrente dos caros produtos dessas empresas. Aí parece estar o motor desta infeliz polêmica. Uma pesquisa da Toledo e Associados prova que o consumidor prefere o álcool líquido, o último dos produtos de limpeza sem participação de grandes empresas multinacionais.

A Proteste publica nota para afirmar que o poder de limpeza do álcool é um mito; os produtores mostram publicações da Organização Mundial de Saúde, que comprovam a superioridade do álcool, seja líquido ou gel, sobre os demais desinfetantes. A Anvisa prefere o "achismo" da Proteste ao rigor científico da OMS.⁸¹

A afirmação de que a ação da PROTESTE beneficia multinacionais do setor de limpeza foi considerada difamatória em primeiro grau, e tanto o Ministério Público quanto a Procuradoria de Justiça se manifestaram a favor da manutenção da condenação. A sentença interpretou que "a afirmação de que a mesma estaria a serviço de multinacionais do setor de limpeza certamente depõe quanto à sua isonomia e isenção perante a população."

⁸¹ *Álcool, em nome da Justiça.* Disponível em [https://www.maxpress.com.br/Conteudo/1,548763,Alcool em nome da Justica - Por Jose Carlos de Rezende ,548763,8.htm](https://www.maxpress.com.br/Conteudo/1,548763,Alcool%20em%20nome%20da%20Justica%20-%20Por%20Jose%20Carlos%20de%20Rezende%20,548763,8.htm). Acesso em 03/12/2017.

No acórdão referente ao recurso de apelação, todavia, o recurso foi provido e o réu absolvido pois a câmara considerou que sua manifestação “revelou simples opinião sobre a ação da apelada, não havendo a narrativa de um fato individualizado, de uma situação específica, ou ainda de um acontecimento com dados descritivos.” Além disso, o voto confirmado em acórdão afirma que não foi vislumbrada intenção de ofender a reputação da PROTESTE, mas somente de criticar as bases de uma resolução da ANVISA que foi considerada equivocada.

Deve ser observada, novamente, as interpretações conflitantes dentro do judiciário acerca do discurso proferido pelo réu, e a incerteza que é imposta à qualquer que considere emitir opinião semelhante. O réu cometeria ilegalidade, para o magistrado do primeiro grau e os membros do *parquet*, ao afirmar que as ações da PROTESTE beneficiariam empresas estrangeiras. Qual a mensagem que a sociedade receberia desse tipo de decisão senão que ao se afirmar que “as ações de determinados grupos beneficiam outro determinado grupo”

Essas decisões não são exceções, mas comuns na justiça brasileira. Críticas a figuras públicas, referentes a assuntos de interesse público e manifestações que sequer apontam para fatos específicos são passíveis de condenação, ao mesmo tempo em que diversas situações semelhantes sequer são judicializadas ou resultam em absolvição. Os critérios são absolutamente arbitrários e obscuros, e o efeito amedrontador claro.

3.3 CONCEITOS ÚTEIS DA JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE

O direito norte-americano traz algumas decisões e conceituações interessantes quanto a análise dos delitos de difamação e até mesmo quanto aos demais crimes contra a honra. O país foi um dos pioneiros no reconhecimento do direito à liberdade de expressão, e a *Bill of Rights* do Estado da Virgínia já proclamava que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”⁸². E a primeira emenda à

⁸² DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 129

Constituição de 1787, aprovada em 1791, ditava: “O congresso não deverá fazer leis a respeito do estabelecimento de religiões, ou proibindo o livre exercício das mesmas; ou limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas se reunirem pacificamente, e de peticionarem o governo para a correção de injustiças.”⁸³ Nesta medida, no decorrer da história do país, esse posicionamento se mostrou presente em importantes decisões que ajudaram a desenvolver conceitos de extrema relevância para qualquer um que se coloque em posição de estudar meios de proteger a liberdade de expressão mesmo em situações complexas e com diversos interesses conflitantes presentes.

Um caso emblemático na legislação norte-americana e que traz um conceito de extrema importância é o caso *New York Times Co. v. Sullivan*⁸⁴, julgado em 9 de março de 1964. O caso era referente à um anúncio que fora postado no jornal *The New York Times* solicitando doações para defender Martin Luther King Jr acerca de acusações de perjúrio. O anúncio descrevia ações contra manifestantes dos direitos civis, e continha algumas imprecisões, incluindo algumas referentes as forças policiais de Montgomery. O Comissário de Segurança Pública de Montgomery, apesar de não ser citado, alegou que as imprecisões acerca das ações da polícia eram difamantes para ele também, devido ao seu dever de supervisionar o departamento de polícia.

Na sua decisão, a suprema corte decidiu que a publicação não poderia ser condenada por difamar funcionários públicos a não ser que fosse comprovada *actual malice* acerca das informações incorretas da história: “Um Estado não pode, sob as primeira e décima quarta emendas, conceder indenização para um funcionário público por informações falsas difamatórias relativas a sua conduta profissional a não ser que seja comprovada ‘*actual malice*’ – que a declaração foi feita

⁸³ *First Amendment*. Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em 30/11/2017. Tradução nossa. (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.)

⁸⁴ *New York Times Co. v. Sullivan*. Disponível em http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/nytvullivan.html. Acesso em 30/11/2017

com conhecimento da sua falsidade ou com irresponsável negligência acerca da sua veracidade.”⁸⁵

A necessidade da comprovação da chamada malícia deliberada, ou conhecimento acerca da falsidade dos fatos difamatórios proferidos revolucionou a natureza das ações difamatórias norte-americanas. A dificuldade em provar o conhecimento da falsidade ou negligência irresponsável por parte de quem faz a acusação de difamação torna praticamente impossível que figuras públicas vençam causas de difamação mesmo contra manifestações imprecisas, e foi de extrema importância para os movimentos de direitos civis dos EUA denunciarem abusos policiais livremente.

Em 2014, a revista *The New York Times* lançou um editorial comemorando os 50 anos da decisão, definindo-a como “(...) A mais clara e forte defesa da liberdade de expressão na história Americana.”⁸⁶

Posteriormente, no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*⁸⁷ julgado em 25 de junho de 1974, a suprema corte tomou nova decisão de extrema importância acerca dos casos de difamação e da comprovação da *actual malice* como condição *sine qua non* para a condenação.

As partes do caso eram Elmer Gertz, advogado que defendia um policial que fora acusado e condenado pelo homicídio de um jovem, e Robert Welch, Inc, nome comercial da *John Birch Society*, grupo conservador e anticomunista. Gertz moveu a ação por injúria e difamação contra a *John Birch Society* após esta publicar artigos recheados de informações em um jornal próprio, acusando Gertz de planejar a condenação do seu cliente movido por motivos escusos decorrentes de uma grande

⁸⁵ *New York Times Co. v. Sullivan*. Disponível em http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/nytvssullivan.html. Acesso em 30/11/2017. Tradução nossa. (A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves "actual malice"--that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false).

⁸⁶ *The Uninhibited Press, 50 Years Later*. Disponível em <https://www.nytimes.com/2014/03/09/opinion/sunday/the-uninhibited-press-50-years-later.html>. Acesso em 30/11/2017. Tradução nossa. ([...] the clearest and most forceful defense of press freedom in American history.)

⁸⁷ *Gertz v. Robert Welch, Inc.* Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/323/case.html>. Acesso em 30/11/2017.

conspiração orquestrada por diversas associações comunistas da qual alegadamente fazia parte.

A defesa da John Birch Society, baseada no caso *Curtis Publishing Co. v. Butts*, defendeu que Elmer Gertz era uma figura pública, e desta feita a proteção fornecida pela decisão em *New York Times Co. v. Sullivan* se estendia a ele. A Suprema Corte rejeitou a alegação, sugerindo que Gertz somente necessitaria provar negligência, determinando que ele não era nem figura pública nem funcionário público, por não possuir fama ou notoriedade na comunidade nem envolvimento constante na organização dos assuntos da sociedade. Além disso, desenvolveu que indivíduos particulares tem menos chances de resposta do que figuras públicas ou funcionários públicos, e desta forma são mais susceptíveis aos danos da injúria e da difamação. Ainda, explicou que não havendo se colocado voluntariamente nos holofotes da atenção pública que aumenta o risco de falsidades difamatórias, são mais merecedores de reparação.

A importância do caso advém de, ao lado do já citado *Curtis Publishing Co. v. Butts*, ajudar a estender os padrões de *New York Times Co. v. Sullivan* para as figuras públicas, e ainda, defini-las mais estritamente e explicar a motivação de sua maior susceptibilidade ao escrutínio público.

Salienta-se, ainda, que a análise dos referidos casos deve atentar-se a dois fatores importantes – primeiramente que no direito norte-americano a verdade é uma defesa absoluta em todas as acusações de difamação, não existindo declarações verdadeiras que possam ser difamatórias, e em segundo lugar, que todas essas decisões advém de processos cíveis, com somente alguns poucos Estados (17) possuindo leis criminais, que seguem as mesmas regras e lógicas das ações cíveis. Ocorreram 16 condenações criminais de 1965 a 2004 nos EUA por difamação⁸⁸.

⁸⁸ Disponível em <http://www.osce.org/fom/41958?download=true>. Acesso em 30/11/2017.

CONCLUSÃO

Deve-se começar as conclusões com uma breve digressão acerca das intenções e motivos por trás deste trabalho. Surgiu dos questionamentos acerca da adequação de certos dispositivos legais a uma sociedade democrática e livre, e de dúvidas em relação a margem de abusos que era proporcionada por esses mesmos dispositivos. A intenção era compreender melhor a história desses dispositivos e seus usos comuns, e observar experiências e conclusões históricas relacionadas ao assunto como forma de articular novas interpretações e soluções.

Não se buscava uma resposta absoluta, mas uma análise atualizada e coerente, salientando-se quais pontos do delito de difamação em sua forma atual podem não funcionar tão bem e quais as plausíveis adequações. O enfoque, naturalmente, era entender como o delito de difamação se relaciona com a liberdade de expressão e sob quais justificativas poderia sobrepô-la.

Num primeiro momento foi feito um estudo acerca do delito de difamação, sua tipificação e suas penas, e concluiu-se que carrega um quadro punitivo desproporcionalmente duro em relação as condutas que abarca. Observou-se que a mera narrativa de uma situação negativa e verdadeira, mesmo que referente a uma pessoa jurídica e comercial, pode ocasionar em punição penal. É praticamente impossível conciliar tal interpretação com o princípio do Direito Penal como última medida.

De forma preocupante, observou-se que o Brasil segue na contramão do caminho recomendado por órgãos internacionais e adotado por países vizinhos, que pregam pelo abrandamento das punições em casos de difamação ou total descriminalização. Aqui, prevê-se aumento de penas no projeto do novo Código Penal e agiliza-se a concepção de novas formas de punir manifestações pela Internet, de forma que é difícil não questionar os interesses que motivam tamanha mobilização. Fica a impressão de que o intento deixa de ser o de proteger reputações de acusações injustas ou de proteger o direito à privacidade, mas somente o de impedir a transmissão e o debate de fatos que possam ser danosos a reputação de figuras de poder, transmissão e debates estes que foram facilitados pela massificação dos meios de comunicação.

Na mesma medida, a proteção reforçada aos funcionários públicos é extremamente questionável e execrada pelos órgãos internacionais. Deveria à eles, na qualidade de servidores da coletividade, recair o maior escrutínio e liberdade investigativa, e não o bônus de que as críticas sejam amedrontadas.

No estudo dos direitos à liberdade de expressão, à honra e a privacidade, foram feitas algumas observações interessantes. Concluiu-se que não faria sentido ao legislador proteger a honra de verdades, mas somente de acusações injustas e falsas. É do interesse de toda a sociedade que a imagem de outrem seja equivalente a seu real valor, ou pelo menos o mais próximo o possível disso sem que injustiças sejam cometidas. Esse direito, então, se alinha de forma harmoniosa ao direito à liberdade de expressão, que também tem seu interesse restrito a comunicação e livre transmissão de verdades.

No desenvolvimento acerca da liberdade de expressão e da busca de uma linha definidora acerca dos discursos protegidos, adotou-se a definição de que os atos protegidos são aqueles que abarcam os motivos pelos quais a liberdade de expressão é valiosa. No caso do delito de difamação, essa linha abarcaria os fatos difamantes, mas verdadeiros, que possuam um mínimo de interesse público. O interesse público, via de regra, é presumido, sendo ausente em raríssimas e extremamente específicas situações.

A proteção à privacidade também foi explorada, e observou-se que pode ser aplicada à certos discursos difamatórios. Nos casos em que inexistente o interesse público, mas somente fatos inerentemente íntimos e privados, é cabível deduzir que não existe proteção por parte da liberdade de expressão. Esses casos, porém, são extremamente incomuns, e praticamente inaplicáveis a figuras públicas.

Do estudo pode-se perceber, também, o quanto o caráter amplo e obscuro da proteção criminal a honra brasileira abre margem para ações deliberadas com o intuito de silenciar. Assim, os mecanismos criados para coibir ataques injustos à reputação são usados como armas econômicas e violentas para calar debates que seriam produtivos para a sociedade. Na mesma linha, observa-se que as figuras de poder responsáveis por conceber as leis ou mesmo administrar as decisões judiciais parecem por vezes ultrajadas com as possibilidades de serem atacadas com discursos semelhantes, e o sistema se mantém intimidatório de forma tóxica, perversa, e tristemente deliberada.

Colheu-se, por fim, alguns úteis conceitos da jurisprudência estadunidense, que nos serve de exemplo sobre como é possível ser mais leniente em relação a liberdade de expressão sem que o país mergulhe no caos previsto por alguns doutrinadores. Em especial destacaram-se a proteção absoluta à verdade e a exigência de má-fé deliberada em relação a informações falsas que ataquem figuras públicas. Ficou claro, também, o abismo que existe entre as leis de ambos os países, com as legislações civis norte-americanas sendo menos taxativas que as legislações penais brasileiras.

A obsolescência da legislação brasileira é clara, e igualmente clara é a necessidade de que os debates acerca dos nossos dispositivos coronelistas e intimidatórios seja revisitado até que o necessário aperfeiçoamento aconteça. Devemos sempre lembrar que os debates e a razão nunca prejudicaram a humanidade, mas incontáveis vezes o medo e a repressão o fizeram.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ARTIGO 19. *Difamação e Liberdade de Expressão* (2006). Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2012/10/ABCD1-1.pdf>. Acesso em 21/11/2017

_____. *Difamação e Liberdade de Expressão*, 2006. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2012/10/ABCD1-1.pdf>. Acesso em 21/11/2017

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16/11/2017.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

BENTO, Leonardo Valles. *Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro*. Revista da AJURIS, v. 41, n. 136, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, 17ª ed. Editora Saraiva, 2017.

BONFIM, Edilson; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal - Parte Geral*, 1ª ed. Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 2ª ed. Forense, 2010.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 11/11/2017.

_____. *Código Penal de 1940*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 11/11/2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, v. 2 – Parte especial (arts. 121 a 212)*, 17ª ed.. Editora Saraiva, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Criminalização do trabalho das defensoras e dos defensores de direitos humanos*. 2015. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/criminalizacao2016.pdf>. Acesso em 29/11/2017.

_____. *Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão*, 2000. Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.html>. Acesso em 30/11/2017.

DE FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERNANDES MOREIRA AGUIAR, Alexandre Magno. *Os crimes contra a honra como um atentado à liberdade de expressão*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4286. Acesso em 11/11/2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: crimes contra a pessoa*, 1ª ed. Saraiva, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenneischler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. 1. ed., Florianópolis: Insular, 2008.

MEZZAROBA, Orides. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*, 7ª ed., Editora Saraiva, 2017.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1864.

MILTON, John. *Areopagitica*. With Commentary by Sir Richard C. Jebb. Cambridge: University Press, 1918.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado*, 17ª ed., Forense, 2017.

_____, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal - v. 2 - Parte Especial*. Forense, 2016.

_____, Guilherme Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - v. 2, 9ª ed.*, Forense, 2015.

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013)*. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_web.Pdf. Acesso em 11/11/2017.

_____. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015 v. II, 2015*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>. Acesso em 11/11/2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Limites à liberdade de expressão*. Joaçaba: Espaço Jurídico. 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Primera edición. Editorial Civitas, S. A, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

SEARLE, John Rogers. *Speech Acts, an essay in the philosophy of language*. Cambridge: University Press, 1969.

SHELDRIK, Byron M. *Blocking Public Participation: The Use of Strategic Litigation to Silence Political Expression*. Ontario: Wilfrid Laurier University Press, 2014

UN. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2016. Disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/373. Acesso em 26/11/2017.

_____. *Universal Declaration of Human Rights*. 1948. Disponível em <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 11/11/2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, dez. 1890. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf> >. Acesso em: 16 Nov. 2017

4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proc. nº 9000099-41.2012.8.26.0050, Desembargador Relator Edison Brandão, São Paulo, 2016.

4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proc. nº 3006996-96.2013.8.26.0554, Desembargador Relator Edison Brandão, São Paulo, 2017.

8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proc. nº 0012509-41.2013.8.19.0021, Desembargador Relator Gilmar Augusto Teixeira, Rio de Janeiro, 2017.