

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

BEATRIZ FIGUEIREDO DE REZENDE
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

**Entre fatos e opiniões: uma perspectiva sobre a liberdade de expressão em uma nova era da
comunicação**

Curitiba
2023

BEATRIZ FIGUEIREDO DE REZENDE

**Entre fatos e opiniões: uma perspectiva sobre a liberdade de expressão em uma nova era da
comunicação**

Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade de artigo científico, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Curitiba

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

Entre fatos e opiniões: uma perspectiva sobre a liberdade de expressão em uma nova era da comunicação

BEATRIZ FIGUEIREDO DE REZENDE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Orientador

Coorientador

Documento assinado digitalmente



MARIA CANDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROE

Data: 15/12/2023 11:55:41-0300

Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Profa. Dra. Maria Cândida do A. Kroetz
1º Membro

JOAO PAULO CAPELOTTI

Assinado de forma digital por JOAO PAULO CAPELOTTI
DN: c=BR, ou=ICP-Brasil, ou=AC DAB, ou=01554285000175, ou=VideoConferencia, ou=Assinatura Tipo A3, ou=A200000000, cn=JOAO PAULO CAPELOTTI
Dados: 2023.12.15 11:42:15 -0300

Dr. João Paulo Capelotti
2º Membro

Resumo

O tema deste artigo é a liberdade de expressão e seus novos desafios, postos nos últimos anos com a expansão das realidades digitais e seu imenso potencial transformador das relações sociais. Abordaremos inicialmente a preocupação com a vagueza conceitual que ainda impera no tratamento legislativo e jurisprudencial de questões graves, como as *fake news* e a possibilidade de sua repressão. Apresentaremos neste artigo uma baliza – há muito adotada pela maioria da doutrina, mas que vem sendo questionada em decisões recentes das cortes – para a resposta judicial na tutela da liberdade de expressão, que é a diferenciação entre narração de fatos e expressão de opinião, e analisaremos como essa distinção impacta na determinação do regime jurídico adequado ao tratamento de cada caso.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; fato; opinião; *fake news*.

Abstract

The theme of this article is freedom of speech and its new challenges, posed in recent years with the expansion of digital realities and their immense transformative power in social relationships. We will initially address the concern about the conceptual vagueness that still prevails in legislative and jurisprudential treatment of important issues, such as fake news and the possibility of their repression. In this article, we will present a benchmark - long adopted by the majority of doctrine but questioned in recent court decisions - for the judicial response in safeguarding freedom of expression, which is the differentiation between the narration of facts and the expression of opinion, and we will analyze how this distinction impacts the determination of the appropriate legal regime for the treatment of each case.

Keywords: Freedom of speech; fact; opinion; fake news.

Sumário

1. Introdução	4
2. A liberdade de expressão em uma nova era da comunicação	6
3. Problematização a partir da vagueza das disciplinas jurídicas.....	9
4. A distinção das modalidades comunicativas em fatos e opiniões.....	11
5. Limites e sanções à liberdade de expressão	17
6. Conclusão	26
Referências	28

1. Introdução

O problema de pesquisa que buscaremos desfiar neste artigo diz respeito às delimitações necessárias à disciplina da liberdade de expressão¹ em solo contemporâneo ante os novos desafios tecnológicos e sociais que se apresentam em tempos recentes.

Preliminarmente, é interessante notar que, ao tratar de liberdade de expressão, parecem todos concordar em seus pressupostos – de que se trata de um direito fundamental salvaguardado constitucionalmente, imprescindível para a manutenção de uma sociedade democrática na qual a pluralidade de ideias pode circular livremente e, ao mesmo tempo, de que pode ser limitada em casos específicos nos quais conflita com outros direitos fundamentais. No entanto, ao descer do nível teórico para casos práticos, surgem profundas discordâncias entre juristas acerca dos modos aptos a garantir tal direito e de seus limites diante das dificuldades de situações concretas.

Quando nos deparamos com eventos tangíveis, o que um jurista considera *fake news* a ser sancionada, outro entende como perspectiva lícita; o que uma interpretação tem como ofensivo e categoriza como discurso de ódio, outra compreende como opinião legítima; o que um considera criminoso gravame à honra, outro advoga se tratar de crítica autorizada. Entendemos que esse acentuado desacordo não é apenas fruto de divergência doutrinal, própria da discussão jurídica e característica de qualquer disciplina que envolva problemas complexos, mas de um grave problema conceitual subjacente – cujo desenlace é pressuposto, inclusive, para um debate profícuo entre doutrinadores na matéria.

Os contornos específicos no campo da liberdade de expressão carecem particularmente de um tratamento sistemático em temas que se entrelaçam aos novos desafios postos nos últimos anos com a expansão das realidades digitais e seu imenso potencial transformador das relações sociais. Em face do notável poder disseminador de informações por meio das mídias digitais, com particular velocidade de propagação e alcance global, da facilidade de manter anonimato, bem como da crescente capacidade, por meio de inteligência artificial, de criação de conteúdos – áudios, imagens e vídeos – com aparência perfeitamente verídica (as chamadas *deep fakes*), urge uma resposta doutrinária adequada e adaptada a essas novas realidades no âmbito da liberdade de expressão, a fim de que os apressados e díspares remédios ofertados nas cortes não resultem em uma discricionariedade judicial; discricionariedade esta que, em âmbito

¹ Examinaremos a questão terminológica no item 4, mas desde logo esclarecemos que empregaremos o termo “liberdade de expressão” de maneira ampla, abrangendo as diferentes faces das liberdades comunicativas.

de liberdade de expressão, sempre resultam no denominado *chilling effect*², uma forma de censura indireta.

Não temos por objetivo oferecer neste artigo propostas de resolução para o intrincado problema da tutela jurídica da liberdade de expressão; nosso objetivo é apresentar diretrizes doutrinárias que consideramos essenciais para a proteção desse direito salvaguardado pela Constituição. Uma dessas delimitações conceituais úteis para o avanço desse debate, e que será o objeto específico desta investigação, é aquela entre narração de fatos e manifestação de ideias ou opiniões.

Buscaremos demonstrar que a distinção dessas modalidades comunicativas não é mero exercício teórico, mas serve a um propósito na ordem jurídica uma vez que importam regimes jurídicos diversos. Ademais, consideramos que tal categorização, ainda que envolva zonas cinzentas que exigem um olhar minucioso do julgador nos casos concretos, é um importante ponto de partida para a consolidação de um terreno firme na tutela da liberdade de expressão.

Para perseguir essa senda, iniciaremos traçando um panorama geral acerca dos históricos debates referentes à liberdade de expressão, contextualizando-os no cenário de constante avanço tecnológico dos meios de comunicação digitais no qual estamos inseridos e ressaltando alguns dos desafios por ele impostos. Na seção 3 abordaremos o problema da imprecisão terminológica e da necessidade de particular acurácia na conceituação do que é passível de limitação pelo Poder Judiciário. Em seguida, adentraremos a questão da importância de discernir entre as diferentes modalidades comunicativas, destacadamente entre fatos e opiniões, conforme se argumentará. Por fim, na seção 5, examinaremos as implicações jurídicas dessa distinção, na medida em que implicam regimes jurídicos diversos.

Cabe, finalmente, destacar que estamos tratando dos contornos da liberdade de expressão em sentido amplo, e nosso foco não está em acentuar particularidades de espécies desse direito, como o campo das liberdades artísticas, humorísticas, religiosas ou do crescente debate acerca do discurso de ódio, pois tais temáticas demandariam uma análise apartada. Isso, porém, não retira eventual aplicabilidade de conceitos aqui propostos a essas esferas, ainda que com nuances.

Outro recorte que adotamos foi o de abordar a questão da distinção entre narração de fatos e expressão de opinião desde um ponto de vista eminentemente doutrinário, sem nos deter

² *Chilling effect* (efeito inibidor ou efeito intimidatório) refere-se ao fenômeno no qual indivíduos, grupos ou instituições se absterem de se manifestarem no debate público e do exercício legítimo de sua liberdade de expressão e passam se autopolicar por receio de sanções legais.

especificamente sobre a jurisprudência acerca do tema. Embora haja ainda um longo campo de investigação no estudo das decisões jurisprudenciais que vem sendo tomadas – e ganhando manchetes – sobre esse assunto, optamos aqui por nos aprofundar no fundamento teórico prévio dessa questão, essencial para o tratamento jurídico do problema.

2. A liberdade de expressão em uma nova era da comunicação

O tema da liberdade de expressão aparece de maneira intermitente na história, assumindo certo protagonismo em determinados períodos quando se compreende que sua proteção está sendo colocada em jogo. É o caso do momento atual.

Trata-se de questão ancestral, principalmente devido ao ineliminável potencial de conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais, destacadamente àqueles referentes aos direitos da personalidade. Para Jonatas Machado, especialista na temática da liberdade de expressão em solo lusitano, ante tais inevitáveis confrontos, sempre que não for possível alcançar uma solução de realização plena dos bens jurídicos em disputa, é legítimo, ao examinar o caso concreto, “escolher um em detrimento do outro, em termos proporcionais, contanto que esteja salvaguardado o núcleo essencial do direito preterido”³.

Para Luis Roberto Barroso, em casos de colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade, há que se utilizar o método da ponderação⁴, tendo em conta que os balizamentos entre direitos, por força do princípio da unidade da Constituição, não podem ser determinados em abstrato, prevalecendo um sobre o outro, mas cabe ao intérprete a competência de verificar a solução constitucionalmente adequada ao caso concreto⁵.

Tal problemática, desafiante *per se*, adquire contornos particularmente mais complexos na contemporaneidade. O advento dos novos meios de comunicação oriundos dos avanços da tecnologia digital trouxe ao debate acadêmico jurídico uma questão-chave – a de saber em que

³ MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas: o perigo de manipulação da esfera de discurso público. Revista Populus, Salvador, n. 8, 2020, p. 209.

⁴ “Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.” 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, 235, 2004, pp. 35-36.

⁵ BARROSO, op. cit., p. 36.

medida a disseminação de notícias falsas de maneira veloz e proliferada fragiliza o estado democrático de direito e suas instituições, destacadamente em momentos de tensão social, como embates políticos em tempos de eleição ou em períodos de crise social, como foi o período da pandemia do Covid-19.

A emergência e a evolução das realidades cibernéticas levaram a duas espécies de apreciação sobre o fenômeno da comunicação em massa – desde seu aparecimento na geração anterior com a invenção da radiofonia e da televisão, o que se aprofunda agora com a nova geração das mídias digitais. A primeira, denominada integradora ou positiva, julga que tais meios de comunicação contribuem para o fortalecimento de uma sociedade democrática, robustecendo a autonomia e o acesso à voz pública dos cidadãos. A segunda, chamada de crítica ou negativa, enxerga na comunicação em massa uma ameaça à sobrevivência da democracia, pela criação de indivíduos alienados e despersonalizados⁶.

Na denominada por muitos era da pós-verdade, é de se notar o acelerado crescimento do fenômeno da disseminação daquilo que se vem nominado *fake news*, o que tem contribuído para a ampliação da mencionada visão crítica. Sobre esse fenômeno, comenta Machado:

Se o exercício das liberdades de comunicação visa, nomeadamente, a busca da verdade e do conhecimento, facilmente se compreende que, em simultâneo, pretende expurgar da esfera de discurso público quaisquer factos ou ideias descomprometidos com um princípio de verdade, em homenagem ao *princípio da proteção da confiança dos cidadãos*. A participação sadia na vida cívica depende da formação saudável da opinião pública. Quanto mais esclarecidos os cidadãos de um país, menor é a probabilidade de serem alvo de manipulação da sua vontade política.⁷

Além de todo potencial nocivo das *fake news*, elas produzem, ainda, um estado geral de desconfiança em relação a tudo o que seja informado, acarretando um efeito irradiador que prejudica fatalmente as próprias notícias verdadeiras. Nesse cenário de insegurança informativa, o cidadão fica debilitado em sua capacidade de tomar decisões esclarecidas e bem fundamentadas⁸. Esse paralisante ceticismo pode ser tão nocivo ao tecido social quanto a obsessão por afirmações peremptórias e sem critério⁹.

⁶ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de.. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. Tese de Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, pp. 96-99

⁷ MACHADO; BRITO, op. cit., p. 223.

⁸ MACHADO; BRITO, op. cit., p. 226.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, 2020, p. 243.

O referido fenômeno das *fake news* está intimamente ligado a um ambiente de intensa polarização, coisa que não é, em absoluto, uma novidade na história, mas que encontra particular radicalização ao ser potencializada pelos chamados “filtros-bolha” (*filter bubbles*) – termo que indica a criação, por meio de algoritmos de recomendação das plataformas online, de uma espécie de ambiente informativo isolado, no qual as pessoas são expostas apenas a perspectivas, notícias e opiniões que se alinham às suas crenças pré-existentes, reforçando-as.

Tal polarização, retroalimentada pelos “filtros-bolha”, coloca em xeque a ideia de “mercado livre de ideias”, famosamente concebida por John Stuart Mill, segundo a qual as ideias se beneficiam da livre convivência e confronto com ideias díspares, permitindo que se aprimorem e se aproximem da verdade por meio do bom uso da dialética.

Não está no escopo deste trabalho apresentar soluções que deem conta dos problemas agora sumariamente apresentados – parece-nos, inclusive, que essa resolução está para além da esfera jurídica e demandará uma articulação com o processo orgânico de inovações algorítmicas das corporações detentoras desses novos meios tecnológicos, bem como com a conscientização social desse problema¹⁰.

Nesse sentido, é nossa visão que não se deve esperar que a atuação interventora do Judiciário para retirar de circulação as *fake news* solucione eficazmente as problemáticas apontadas. Além da inviabilidade operacional, pelo volume de dados diariamente compartilhados, a força de uma decisão judicial não elimina a cultura de bolha já criada, e a própria decisão será repercutida conforme os critérios internos daquele ecossistema informativo, dando ocasião ao surgimento ou à radicalização de teorias conspiratórias ou de hostilidade coletiva ao próprio braço estatal judicante¹¹. Consoante pondera Machado, “se existe alguma desconfiança em relação à eficácia dos meios de autorregulação, as propostas de heterorregulação revelam-se perigosas, por poderem facilmente desembocar em medidas censórias”¹².

À vista do exposto e independentemente da assunção de uma visão mais otimista ou mais pessimista quanto ao fenômeno das mídias digitais, é consenso na doutrina – e mesmo no senso comum dos cidadãos – a imprescindibilidade da proteção à liberdade de expressão para a manutenção de uma democracia. Ao mesmo tempo, também é unânime na literatura

¹⁰ Cf. KATSIREA, Irini. “Fake news”: reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty, *Journal of Media Law*, v. 10, Issue 2, 2018, pp. 159-188.

¹¹ Cf. HELM, Rebecca K. e NASU, Hitoshi. Regulatory Responses to ‘Fake News’ and Freedom of Expression: Normative and Empirical Evaluation. *Human Rights Law Review*, Volume 21, Issue 2, June 2021, p. 321.

¹² MACHADO; BRITO, op. cit., p. 225.

especializada a necessidade e legitimidade de eventuais restrições à liberdade de expressão, ainda que esta deva assumir caráter de exceção. Nesse sentido, nas palavras de Machado:

A dogmática dos direitos fundamentais do constitucionalismo moderno assenta na premissa de que a liberdade é a regra e a restrição à liberdade é exceção. Por conseguinte, as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem ser excepcionais, constitucional e legalmente autorizadas, não discriminatórias, prospectivas, proporcionais, devidamente fundamentadas e objeto de interpretação restritiva.¹³

O dilema que segue a tal panorama é compreender quais limites podem ser legitimamente impostos à liberdade de expressão, tendo em vista os potenciais conflitos com outros bens jurídicos fundamentais e buscando um justo equilíbrio que permita manter no menor grau possível o poder nocivo tanto das *fake news* quanto da intervenção reguladora estatal na expressão dos cidadãos para um sólido funcionamento das instituições democráticas.

3. Problematização a partir da vagueza das disciplinas jurídicas

Esquemático o enquadramento contemporâneo da liberdade de expressão perante os novos desafios despontados nos últimos anos, adentramos agora no tratamento propriamente jurídico da questão. Uma matéria introdutória, mas absolutamente crucial para o tema da liberdade de expressão, é a necessidade de um delineamento rigoroso de seus conceitos, inclusive dos novos conceitos insurgentes no mundo jurídico em resposta aos fenômenos destacados na seção anterior. A vagueza terminológica nesse âmbito constitui, em si mesma, ameaça a tal direito fundamental, uma vez que concede amplo espaço à discricionariedade judicial, fazendo antepor à lei o subjetivismo e a insegurança jurídica.

Conforme enuncia Edilson de Farias, a profusão de nomes como “liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação”¹⁴ apenas majoram as imprecisões e a insegurança jurídica sobre assunto, já em si, tendencialmente polêmico.

É natural que na linguagem cotidiana e no debate público tais expressões, assim como os termos “*fake news*”, “desinformação”, “discurso de ódio” e outros atinentes à esfera da comunicação, sejam usados de maneira ampla e imprecisa. No sistema jurídico-legislativo,

¹³ MACHADO; BRITO, op. cit., p. 216.

¹⁴ FARIAS, op. cit., p. 43.

porém, é imprescindível uma definição mais rigorosa, sob pena de se viabilizar, por tais parâmetros laxos, a atuação discricionária da autoridade e potencialmente estabelecer aparatos da tão temida censura dentro do próprio sistema. Não é nosso objetivo fazer uma proposta de redação legal, mas buscaremos demarcar uma diferenciação que entendemos ser fundamental para a regulação vindoura do tema em pauta – o que será feito no item subsequente. Antes, porém, é importante examinar quais delimitações terminológicas estão presentes em nosso ordenamento.

Um primeiro dispositivo importante de se mencionar é o art. 323¹⁵ 16 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), que regulamenta a divulgação, na propaganda eleitoral ou no período de campanha eleitoral de “*fatos que sabe inverídicos*” em relação a partidos ou a candidatos e que sejam capazes de exercer influência no eleitorado.

Em âmbito de norma infralegal, importa sublinhar que o art. 9º-A da Resolução n. 23.610/2019 do TSE – que dispõe sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral – foi revogado e substituído por força da Resolução n. 23.714/2022 do TSE – que dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral – cujo art. 2º¹⁷ mantém em seu caput integralmente a redação anterior, que veda a divulgação ou compartilhamento de “*fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados*” que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos.

Por fim, cabe referenciar o Projeto de Lei n. 2.630/2020, apelidado PL das *Fake News* por uns e PL da censura por outros, agora em tramitação na Câmara, cujo art. 4º inciso II do

¹⁵ “Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos. (...)”

¹⁶ Tal artigo comporta crítica no que concerne a criação de novo tipo penal. Nesse sentido, adverte Sarlet: “Nesse contexto, sobressai-se o art. 323, que criminaliza a conduta de “divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”, cuja pena de detenção ou pagamento de multa é agravada caso o delito seja perpetrado através imprensa, rádio ou televisão. Tal dispositivo consiste em “uma figura autônoma do Direito Eleitoral, que não encontra similar exato na legislação penal comum, ao contrário das subsequentes figuras da calúnia, injúria e difamação” (GONÇALVES, 2015, p. 80), que serão analisadas logo adiante.

Aliás, importa sublinhar que os delitos crimes contra honra não se confundem com o tipo penal acima referido, uma vez que basta o falso conteúdo divulgado incidir sobre o pleito eleitoral (GONÇALVES, 2015, p. 81). Todavia, há quem critique a formulação adotada pelo Código Eleitoral, dada a falta de congruência no que diz com a agravante de pena, porquanto esta não considera a divulgação de falsidades na internet, o que, no entanto, não havia como ser previsto pelo legislador de 1965 e demanda uma alteração legislativa (GONÇALVES, 2015, p. 82).” SARLET; SIQUEIRA, op. cit., pp. 553-554.

¹⁷ “Art. 2º É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos. (...)”

texto inicial definia “desinformação” como “*conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia*”. Pode passar despercebido que ao que os dispositivos anteriores se referiam como “fatos” é aqui substituído por “conteúdo”. Termo este que o inciso VII do mesmo artigo definia como “*dados ou informações, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento em sentido amplo, contidos em qualquer meio, suporte ou formato, compartilhados em uma aplicação de internet, independentemente da forma de distribuição, publicação ou transmissão utilizada pela internet*”.

Essa nuance foi notada pelo Senado e o inciso referente à desinformação foi suprimido, e a justificativa consta no relatório final da tramitação nessa Casa:

A definição adotada, aparentemente, volta-se especificamente para conteúdo que reporte fatos que possam ser verificados. Manifestações de opiniões, trabalhos intelectuais, doutrinas religiosas, convicções políticas ou filosóficas, em princípio, não seriam verificáveis e, conseqüentemente, não poderiam sequer ser classificadas como informação ou desinformação.

Ainda assim, mesmo delimitado de modo muito claro esse contorno que impede que manifestações protegidas constitucionalmente venham a ser apontadas como desinformação, verifico que existe uma zona perigosa, não muito clara, que pode representar conflito entre a proposição e as garantias constitucionais ao livre pensamento e expressão.

Ainda que se tente dizer categoricamente que manifestação de pensamento, de crença ou de opinião não são passíveis de classificação como desinformação, resta uma gama de manifestações que, por sua própria natureza, permitem avaliações distintas, dependendo do olhar de quem avalia.¹⁸

Comentando exclusivamente sobre esse aspecto do Projeto de Lei, entendemos acertada tal ponderação e o intento de discriminar normativamente o âmbito factual do opinativo. É o que trataremos a seguir.

4. A distinção das modalidades comunicativas em fatos e opiniões

Sem a pretensão de propor soluções definitivas para o complexo problema da tutela jurídica na esfera da comunicação social, visamos a apresentar balizas que consideramos fundamentais para o resguardo da liberdade de expressão. Preliminarmente, enfrentaremos a

¹⁸ BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 73, de 2020, sobre o Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, do Senador Alessandro Vieira, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Relator: Senador Angelo Coronel, p. 6.

discussão, muito debatida doutrinalmente, acerca da unicidade ou da pluralidade da liberdade de expressão, a dizer, se esta deve ser encarada como um único direito fundamental ou subdividida em distintos direitos de manifestação a depender do conteúdo veiculado.

Para tanto, cumpre enunciar as classificações das mensagens comunicacionais categorizadas pela doutrina que nos parecem proveitosas para tal discussão. Há uma primeira classificação tricotômica que subdivide as manifestações comunicativas em: i) expressão de ideias, concepções gerais, teorias, doutrinas; ii) opinião crítica sobre condutas, pessoas, fatos ou instituições; e iii) narração de fatos¹⁹.

Outras classificações invocam um esquema dual. É o caso daquela esboçada por María Pérez Ugena y Coromina que propõe uma divisão em: i) expressão de opiniões, englobando tanto a crítica quanto a expressão de ideias ou teses de caráter mais geral; e ii) narração de fatos²⁰. Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva também distingue entre: i) liberdade de opinião própria; e ii) liberdade de comunicação²¹. Distinta, embora também dicotômica, é a classificação adotada por José Maria Desantes Guanter e Carlos Soria: i) ideias e narração de fatos são agrupadas como formas “simples” de mensagens; ao passo que ii) opinião crítica seria uma modalidade composta de mensagem, advinda da aplicação de uma ideia a um fato²². Por fim, Gilbert Gornig sustenta que fato e opinião têm natureza semelhante, constituindo um único direito²³.

Entendemos adequada a divisão triádica por se tratar de diferentes níveis de profundidade de apreensão da realidade: a uma categoria pertence a narração factual, a outra a apreciação acerca dos fatos descritos e a outra, ainda, a elaboração de uma tese geral acerca da ordem do real. Entretanto, duas razões nos levam a crer ser inapropriado cindir a liberdade de expressão em dois ou mais direitos distintos. Primeiramente, essas categorias não são senão momentos de um mesmo processo intelectual e comunicativo humano, tratando-se de uma única faculdade do indivíduo que se manifesta de diferentes maneiras. Em segundo lugar, e mais importante, essas três espécies de comunicação guardam entre si uma profunda unidade

¹⁹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 54-55.

²⁰ PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María. *Liberdad de expresión y jurisprudencia constitucional*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, (79): 267-87, 1992, p. 274. Apud PEREIRA, op. cit. p. 55.

²¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 6. Ed., São Paulo, RT, 1990, p. 214. Apud PEREIRA, op. cit. p. 55.

²² GUANTER, José Maria Desantes e SORIA, Carlos. *Los límites de la información*, Madrid, *Asociación de la Prensa de Madrid*, 1991, p. 47-48. Apud PEREIRA, op. cit. p. 55.

²³ GORNIG, Gilbert. *Las libertades de opinión, información y prensa, según el artículo 5o de la ley fundamental de la República Federal de Alemania*, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 14(1), ene.-abr. 1987, p. 205. Apud PEREIRA, op. cit. p. 55

teleológica, quer dizer, a expressão humana em qualquer dessas manifestações dirige-se, em última instância, às mesmas finalidades²⁴.

Tal aspecto teleológico da liberdade de expressão é compreendido por Jonatas Machado de modo multifuncional abrangendo um conjunto significativo de finalidades substantivas, como “a procura da verdade e do conhecimento, a formação de uma opinião pública livre e esclarecida, a criação de um mercado livre das ideias e a preservação de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta”²⁵.

Apesar de compreendermos tratar-se de um único direito, é primordial distinguir as modalidades comunicativas uma vez que importam regimes jurídicos diversos. Dessa forma, compreendemos, como Guilherme Cunha Pereira²⁶, que a liberdade de expressão pode ser dividida, em ordem crescente de abstração, em: i) liberdade de narração de fatos ou liberdade de crônica; e ii) liberdade de opinião (*lato sensu*), esta subdividida em: ii.1) liberdade de crítica ou liberdade de opinião *stricto sensu*, que seria a liberdade de manifestar opinião acerca de fatos, pessoas, instituições etc. e ii.2) liberdade de expressão de ideias, isto é, de manifestar convicções mais gerais, doutrinas, concepções, teses etc.

Para fins de tutela jurídica, entendemos ser mais apropriada a distinção que contrapõe a narração de fatos, por um lado, e a expressão de opinião *lato sensu*, por outro. Isso porque a veracidade é requisito indispensável de licitude para a primeira, mas não para a última. Com efeito, não tem sentido exigir prova da verdade quando está em jogo uma opinião, ideia ou avaliação crítica de alguém, seja para reconhecer a presença da legítima liberdade de crítica, seja para negá-la²⁷.

Essa separação é comum na doutrina, ainda que a terminologia sofra variações. Ingo Sarlet²⁸, por exemplo, utiliza o termo “liberdade de informação” para referir-se à narração de fatos e “liberdade de expressão” de maneira mais ampla, incluindo a própria liberdade de informação. Edilson de Farias opta pelo emprego de “liberdade de comunicação” para a difusão de fatos ou notícias e “liberdade de expressão” para manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízo de valor, ressaltando que esta também pode ser utilizada em sentido amplo²⁹.

²⁴ Cf. PEREIRA, op. cit., pp. 70-72.

²⁵ MACHADO; BRITO, op. cit., p. 210.

²⁶ PEREIRA, op. cit., p. 66.

²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 46.

²⁸ Cf. SARLET; SIQUEIRA, op. cit., pp. 534-578.

²⁹ FARIAS, op. cit., p. 43.

O que importa notar é que essa distinção é consensual na doutrina e, ao menos até mais de uma década atrás, também na jurisprudência. As raras manifestações contrárias fundam-se no argumento da dificuldade prática de diferenciação entre fatos e opiniões³⁰. Ora, suprimir tal discriminação parece apenas dificultar ainda mais o discernimento no caso concreto. Há situações que nos remetem a um horizonte preto e branco, em que essa dicotomia se aplica de modo preciso; e é certo que há zonas cinzentas, que demandam um olhar mais atento do julgador, cujo trabalho, no entanto, sem essa baliza, torna-se ainda mais obscuro.

O próprio ordenamento jurídico brasileiro adota essa diferenciação entre juízos factuais e opinativos ou críticos, ainda que não de maneira sistematicamente explícita. No direito pátrio, a diferença proeminente entre as modalidades de crimes que ofendem à honra diz respeito à presença ou não de imputação de fato ofensivo; presente no caso de calúnia e difamação e ausente no caso de injúria. Ademais, é usual em textos jurídicos associar o termo “informação” à notícia mais factual e “pensamento” a ideias e opiniões, tal como faz nossa Constituição em art. 220^{31 32}.

Cabe aqui um parêntese de natureza epistêmica. Subdividir as modalidades comunicativas em fatos e opiniões com diferentes implicações jurídicas em matéria de liberdade de crônica e liberdade de opinião não pressupõe uma diferenciação ontológica entre essas categorias. Ao contrário, entendemos se tratar de um *continuum* no qual a forma de apreensão da realidade se nos dá de maneira mais direta – o que chamamos de fato – ou pressupõe um labor intelectual mais elaborado – o que denominamos opinião, crítica, ideia, avaliação, tese etc³³.

Ressalte-se, neste ponto, uma especificação terminológica. Na linguagem cotidiana, é comum utilizarmos o termo “opinião” para caracterizar uma visão pessoal sem embasamento, em oposição a um conhecimento qualificado. Quando conceituamos aqui a ideia de opinião *lato sensu* em contraposição a fato, não estamos nos valendo de qualquer juízo quanto à acurácia ou ao nível de especialização da mensagem, mas simplesmente analisando a complexidade da apreensão daquela realidade. Nesse sentido, afirmar que determinado político viajou de Brasília para Miami é uma afirmação de fato, ao passo que, tanto uma manifestação de um cidadão leigo

³⁰ FARIAS, op. cit., pp. 46-48.

³¹ “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. (...)”

³² PEREIRA, op. cit., p. 65.

³³ Cf. PEREIRA, op. cit., pp. 63-65.

em matéria de ciência política acerca do cabimento do voto distrital, quanto uma opinião médica de um especialista, são consideradas opiniões.

Dessa forma, não aderimos ao entendimento de ser possível traçar uma linha demarcatória precisa entre opinião e fato puro, até porque difícil falar de fato puro quando a própria seleção de notícias a serem veiculadas e a maneira de apresentá-las sempre envolve um grau de avaliação, influenciado por preconceções do agente³⁴. Ao mesmo tempo, entendemos que extrapolar essa constatação para a ideia cética de que qualquer enunciado, inclusive factual, é mera expressão subjetiva do sujeito e incapaz de se julgar sua veracidade é uma conclusão descolada da realidade.

Da mesma maneira, mas sem adentrar a profundidade deste tema muito debatido em âmbito filosófico, ressaltamos uma sutileza na tese aqui defendida quanto à pertinência da diferenciação entre fatos e opiniões. Exatamente por compreendermos que essas categorias dizem respeito a formas de apreensão da mesma realidade que se diferenciam apenas em grau de processamento interior, não nos parece acertado um posicionamento epistêmico que entenda os fatos como categoria objetiva passível de confrontação e as opiniões e ideias como categoria subjetiva relegada ao âmbito do absolutamente relativo, o que tornaria o debate público de ideias uma ocupação inútil e desprovida de sentido.

Justamente por acreditarmos na possibilidade do aprimoramento de ideias mediante a discussão pública, é que consideramos importante a diferenciação, em âmbito jurídico, de fatos e opiniões, a fim de que a tutela jurisdicional quanto à inveracidade, que pode infringir outros direitos fundamentais, se restrinja à seara daquelas afirmações facilmente constatáveis como falsas. Ao passo que aquelas afirmações – as de opinião, de crítica ou ideias – que demanda uma análise mais aprofundada, por vezes até especializada, de determinada temática permaneçam abertas ao foro do debate público. É o que sustenta Daniel Sarmiento:

Se, no campo das ideias, não há como condicionar o exercício da liberdade comunicativa à correção da opinião a ser expressa, na seara dos fatos o mesmo não ocorre. As afirmações comprovadamente inverídicas sobre fatos não têm qualquer valor para a sociedade, não merecendo tutela constitucional. Contudo, esta exigência de veracidade não pode levar ao extremo de impedir-se a divulgação de relatos divergentes sobre os mesmos acontecimentos, realizados de boa-fé, por quem buscou se inteirar com razoável diligência sobre o ocorrido. Não fosse assim, em nome da proteção da “verdade” seria

³⁴ Cf. PEREIRA, op. cit., pp. 66-70.

possível a imposição de uma versão oficial e imutável dos fatos, impedindo-se qualquer debate social sobre o que realmente aconteceu.³⁵

Ainda que reconheçamos a dificuldade de fixar categoria de fato ou de opinião a situações fronteiriças, rejeitar a diferenciação entre liberdade de crônica e liberdade de opinião é deslocar questões legítimas, que claramente pertencem à esfera desta última e que são de difícil consenso, à deliberação de magistrados³⁶.

Não cabe ao Poder Judiciário determinar veracidade de matérias que exigem maior processamento interior. Juízes são, a princípio, especialistas no Direito, não em Política, Moral, Ciências Médicas etc. Ademais, ainda que fossem especialistas, digamos, em Ciências Médicas, como acadêmicos da área, é notório que a própria comunidade científica não opera determinando uma verdade incontestável e proibindo a veiculação de interpretações que questionem tal compreensão consagrada. As ciências aprimoram-se justamente por meio da superação de paradigmas – para usar um termo kuhniano –, tidos como o entendimento majoritário até aquele momento. O que vale para as ciências, com muito mais razão se aplica à resolução de problemas ainda mais complexos da existência humana.

Isso significa que o espaço para a busca do verdadeiro cientificamente, do mais adequado politicamente e do mais justo moralmente é o âmbito público:

O confronto de ideias deve brotar e desenvolver-se nos âmbitos acadêmicos, nas associações, no dia-a-dia das pessoas, na vida política e, cada vez de maneira mais relevante, no “espaço” aberto pelos meios de comunicação, que vieram ocupar o espaço que a “praça pública” teve em sociedades de menores dimensões. É nesses âmbitos que se deve processar a busca da verdade. (...) Ideias refutam-se, afinam-se ou complementam-se com ideias, e não mediante a imposição de “coisa julgada”³⁷.

Em suma, é a busca por uma visão mais acertada da realidade, própria da faculdade de expressão humana, por meio da livre circulação de ideias, que nos leva a traçar uma diferenciação entre fatos e opiniões, de maneira a afastar a imposição de um juízo de veracidade pelo Estado em âmbito opinativo – o que não significa, como abordaremos adiante, que em uma sociedade democrática não se possa coibir determinadas opiniões em situações específicas e excepcionais. Retirar do escopo do Judiciário a verificação da veracidade de manifestações de opinião denota não um cético subjetivismo de toda e qualquer realidade, mas um entendimento de que é apenas por meio da livre circulação de juízos apreciativos, em diálogo

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 2135-1236.

³⁶ Cf. PEREIRA, op. cit., pp. 54-63.

³⁷ PEREIRA, op. cit., pp. 62-63.

e em confronto, que se pode progredir em direção a análises mais acuradas dos fenômenos morais, políticos e sociais.

5. Limites e sanções à liberdade de expressão

Após delimitarmos tal contorno quanto à liberdade de expressão, discutiremos os seus limites decorrentes dos casos em que sua utilização fere outros bens jurídicos de igual relevância social. Veremos como a aludida categorização dos tipos de mensagens em fatos e opiniões impacta diretamente no regime jurídico aplicável aos casos concretos.

Listaremos a seguir, de forma não taxativa e sem a pretensão de minudenciar suas especificidades, variados bens jurídicos que podem ser atacados pelo uso ilícito da comunicação e as respectivas disciplinas legais incidentes em cada hipótese³⁸.

(i) Limites à liberdade de narração de fatos

Iniciaremos tratando dos limites à liberdade de narração de fatos. Dentro desta, a ocasião mais eloquente de ilicitude reside na veiculação de fatos falsos. Entretanto, mesmo o relato factualmente verdadeiro pode acarretar dano indevido à esfera jurídica de outrem ou da comunidade.

No que diz respeito à divulgação de informação falsa, é evidente a periculosidade social da mentira disseminada. “À falsidade não se pode dar carta de cidadania, sob pena de se prejudicarem bens pessoais e comuns do máximo valor”³⁹. O mais característico dos bens jurídicos violados neste caso é a honra. O direito à honra, também denominado direito à integridade moral ou à reputação, tutela a boa fama, o respeito e a estima de que a pessoa desfruta nas relações sociais. É considerado o mais frágil dos direitos da personalidade, porque pode ser atacada em virtude imputações difamatórias⁴⁰.

Um análogo da honra para as pessoas jurídicas é o que podemos chamar de sua reputação, que pode ser igualmente abalada pela difusão de notícias falsas. Neste caso, o que se preserva não é a íntima respeitabilidade própria dos direitos da personalidade, mas o impacto material que o descrédito ou a reprovabilidade social causam às atividades da instituição⁴¹.

³⁸ Nossa lista segue a de Cunha Pereira. Cf. PEREIRA, op. cit., p. 90 e ss..

³⁹ PEREIRA, op. cit., p. 90.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral, v.1, 12. ed., São Paulo : SaraivaJur, 2023, pp. Ebook 400p, pp. 64-65.

⁴¹ PEREIRA, op. cit., pp. 94-95.

Podem-se citar também os casos de perturbação da tranquilidade pública. É canônico na literatura o exemplo daquele que grita “fogo” num espetáculo público, gerando tumulto de grave periculosidade.

Por fim, se é certo que notícias com conteúdo falso podem, como abordado na seção 2 deste trabalho, resultar em ambiente polarizado e de crescente animosidade social – o que deve ser regulado, especialmente quando veiculado de forma dolosa – também é verdade que, na esfera da liberdade de expressão, a dose do remédio pode facilmente torná-lo veneno. Nesse sentido, Machado entende que é necessário “tolerar uma certa margem de erro em matéria de imputação de factos – consistente na afirmação de um facto falso, com a convicção da sua veracidade, cumprido o dever de informação – de modo a garantir um imprescindível *breathing space* para que a liberdade de expressão possa ser acautelada num Estado de direito democrático”⁴².

No que tange às informações verazes importa destacar que se está diante de uma problemática distinta daquela atinente às notícias falsas. Isso porque a veracidade compõe o próprio conceito de crônica. Quer dizer, quando se fala em liberdade de crônica devemos ter em mente a narrativa verdadeira de fatos. O relato mentiroso ou fictício não integra, por sua própria natureza, tal direito fundamental, podendo no máximo ser tolerado como decorrência da impossibilidade de uma onipotência estatal na questão da verdade.

Consequentemente, quando tratamos de informações verazes, estamos nos referindo a algo que, por si mesmo, integra o conteúdo da liberdade de expressão, mas que pode ser objeto de abuso que o torne ilícito em casos em que a informação, mesmo verdadeira, deveria ser omitida⁴³. É o caso da ofensa à privacidade – denominação dentro da qual cabem os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem. O direito à privacidade, ao qual se refere o art. 21 do Código Civil como inviolável, remete ao direito da personalidade que resguarda de interferências externas os fatos da intimidade da pessoa e é oponível ao Estado e à sociedade⁴⁴.

Intimamente conectado ao direito à privacidade, está o direito à imagem, que se refere a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte e se relaciona ao retrato, à efígie, cuja exposição não autorizada é repelida, independentemente de ofensa à honra⁴⁵. A respeito da tensão entre liberdade de expressão e o direito à imagem, cite-se a ADI

⁴² MACHADO, op. cit., p. 209.

⁴³ PEREIRA, op. cit., pp. 98-99.

⁴⁴ LÔBO, op. cit., p. 62.

⁴⁵ LÔBO, op. cit., p. 64..

4815, decisão emblemática na qual o STF afasta a exigência prévia de autorização para biografias.

Outra hipótese de violação pela manifestação de informações verdadeira é a indevida divulgação de segredo industrial. Entendem-se como segredos empresariais: informações especiais sobre processos, fórmulas, mercado que afetam a capacidade competitiva das empresas e podem possuir, por isso, um valor econômico incalculável. Não há tipificação específica na legislação brasileira para a violação de segredo industrial, ficando a reparação submetida à disciplina geral dos atos ilícitos conforme art. 186 do Código Civil⁴⁶. Há, ainda, outras formas de segredo que recebem algum grau de reconhecimento do ordenamento jurídico, como o segredo de Estado, o segredo de justiça e os sigilos profissionais.

Mencionados os bens jurídicos que podem limitar a liberdade de narração de fatos, temos bem assentado que o dever de veracidade é essencial ao reto exercício da comunicação. Questão relevante diz respeito aos casos em que o conteúdo narrado é tido por verdadeiro pelo emissor, mas não o é de fato. Dá-se a isso o nome de *verdade putativa*. Entende-se que o problema da verdade putativa adquire especial incidência no âmbito do poder-dever de informar sobre assuntos de grave interesse social, abrangendo não apenas notícias diretamente relacionadas a agentes do poder público, mas todos os temas cuja ressonância atinja o núcleo da estrutura social. Nesses casos, o emissor possui a urgência ou mesmo obrigação profissional de dar ao público o conhecimento dos fatos, estando naturalmente sujeito ao erro de boa-fé⁴⁷.

Dessa forma, em relação aos casos de verdade putativa, a prática jurisprudencial brasileira tem afastado sem maiores dificuldades a responsabilidade criminal. Considera-se que os delitos contra a honra só se praticam na presença do efetivo dolo de caluniar ou de difamar. Quando o que existe é o *animus narrandi*, e ausente o *animus calumiandi vel diffamandi*, mesmo diante de uma apuração insuficiente, consideram-se afastados os referidos tipos penais, não sendo necessário ao acusado opor a exceção da verdade⁴⁸.

Por outro lado, na esfera cível a constatação da ausência de dolo não é suficiente para afastar a responsabilidade por ato ilícito. Com efeito, aqui não basta a intenção de narrar os fatos, mas o ilícito se verifica na simples presença de culpa – e mesmo culpa leve. Por isso, vêm à causa todas as considerações sobre os deveres de cuidado na apuração e na busca de provas prévias à veiculação da notícia⁴⁹.

⁴⁶ PEREIRA, op. cit., p. 62.

⁴⁷ PEREIRA, op. cit., pp. 155-156.

⁴⁸ PEREIRA, op. cit., pp. 220-222.

⁴⁹ PEREIRA, op. cit., pp. 223-224.

Como aponta Cunha Pereira, no caso dos meios de comunicação jornalísticos, profissionalmente obrigados a informar, via de regra, as informações veiculadas não se revestem de particular urgência crítica. A urgência cotidiana do ofício jornalístico decorre da concorrência com outros meios de comunicação, mas não de uma necessidade imperiosa de que o público venha a saber aquele conteúdo no mesmo instante. Inexistindo, como na maioria dos casos, essa obrigação urgente de noticiar, aplicam-se integralmente os princípios da responsabilidade civil⁵⁰.

Naturalmente, nos casos de notícias lesivas à honra alheia, o dever de cuidado na investigação da veracidade dos fatos narrados é muito maior do que em outras ocasiões, especialmente se não se está diante de urgência em sua veiculação.

No tocante a essa questão da urgência, é verdade que há hipóteses em que a não divulgação imediata de determinada informação acarreta grave dano ao bem-estar dos cidadãos ou aos negócios comuns. É o que ocorre, por exemplo, quando se apura a circulação de remédios falsos no mercado; situação na qual cada dia passado sem a revelação do fato significa a possibilidade de calamidades⁵¹.

Na identificação dos critérios para o deslinde da problemática gerada pelos casos de verdade putativa, deve-se considerar, antes de tudo, que não pode haver ato ilícito de nenhuma espécie no cumprimento do dever. Portanto, nas ocasiões em que o profissional da comunicação agiu com toda a diligência que se lhe poderia exigir, tendo permanecido diante de um conjunto indiciário capaz de provocar certeza em qualquer outra pessoa, não há dúvida de que ele cumpriu seu dever, dever este que está fundamentado na relevante função social do jornalismo, assentada em imperativo constitucional.

Nesse caso, é certo que não houve qualquer ilicitude por parte do meio de comunicação, mesmo que a notícia emitida tenha se revelado falsa. Todavia, há interesses legítimos que podem ser violados mesmo pela atividade lícita de um órgão jornalístico e que merecem alguma satisfação: em primeiro lugar, o interesse do ofendido; em segundo lugar, o interesse público no conhecimento da verdade. É missão do Judiciário velar não somente pela relação particular entre o jornal e o lesado, mas também pelo direito de toda a sociedade à verdade⁵².

⁵⁰ PEREIRA, op. cit., p. 225.

⁵¹ PEREIRA, op. cit., pp. 227-228.

⁵² PEREIRA, op. cit., pp. 228-229.

São dois os institutos regulares que o ordenamento brasileiro prevê para a satisfação desses interesses nos casos aventados de erro jornalístico de boa fé: o direito de resposta e a retratação, regulamentados pela Lei 13188/2015.

(ii) Limites à liberdade de opinião

Adentrando o terreno da liberdade de opinião, esta, como mencionado, subdivide-se em liberdade de crítica e liberdade de expressão de ideia. Considera-se a crítica como um esforço de contextualização da informação e de valoração da realidade representada, bem como uma tomada de posição em relação à análise de fatos e circunstâncias. “A crítica auxilia sobretudo na *formação* da opinião pública, e é vital enquanto expressão e elemento catalizador do debate público, indispensável à saúde de uma sociedade que se queira democrática. É também um instrumento por excelência do desenvolvimento científico, artístico etc.”⁵³.

Tanto quanto a crônica, a crítica também pode ser abusiva. Ao contrário da crônica, porém, não é conveniente submeter a crítica a uma análise de veracidade ou falsidade por parte do Judiciário, devido à dificuldade da apreciação e relativa indeterminação dos qualificativos empregados, o que requereria um processo probatório infundável. Inobstante, também ela pode ferir alguns bens fundamentais. O mais característico deles é a honra, cujo gravame encerra a tipificação penal da injúria⁵⁴.

Sobre isso, levanta-se a questão de se a crítica, em qualquer caso, pode ser caracterizada como injúria, na medida em que é de sua natureza um juízo negativo sobre a conduta de outrem. Prevalece hoje o entendimento de que nem toda crítica representa uma conduta típica. Não se deve compreender que qualquer avaliação negativa de fatos ou de condutas caia sob a descrição textual da injúria. Enquanto se está no âmbito do que se denomina crítica objetiva, a valoração dirigida exclusivamente à obra, sem referir-se diretamente à pessoa, está fora da tipicidade do crime de injúria⁵⁵.

Naturalmente, em muitos casos, a crítica objetiva reflete necessária e, às vezes, imediatamente na honra da pessoa cuja obra ou procedimento foi criticado. Essa circunstância não faz desbordar do âmbito da crítica objetiva uma vez que a causa da valoração negativa referida à pessoa foi uma avaliação objetiva daquilo que foi realizado. Por isso, essas hipóteses seguem cobertas pela mesma atipicidade a que se aludiu. Assim, por exemplo, um crítico que considere que a gestão de determinado agente público foi incompetente pode vir a formular sua

⁵³ PEREIRA, op. cit., pp. 235-236.

⁵⁴ PEREIRA, op. cit., p. 60 e pp. 236-237.

⁵⁵ PEREIRA, op. cit., p. 240.

avaliação como de que o gestor foi, naquele caso, incompetente. Não saímos, mesmo assim, do terreno da crítica objetiva para o da ofensa pessoal⁵⁶.

No que tange ao teor da crítica, Cunha Pereira esclarece que as jurisprudências italiana e alemã exemplificam bem as possibilidades arquetípicas de uma visão mais rigorista ou mais laxa dos limites à forma da manifestação crítica. No caso do direito italiano, o entendimento consagrado impõe como requisitos para a legítima expressão da crítica o interesse público do tema e a contenção ou razoabilidade da forma, visando ao comedimento em sua manifestação. Por outro lado, a jurisprudência germânica adere a uma postura mais liberal e “não conhece limites quanto ao teor, à carga depreciativa e mesmo à violência das expressões usadas”⁵⁷.

A doutrina brasileira, na época da vigência da Lei de Imprensa⁵⁸, parecia adotar uma posição intermediária, em razão também da própria formulação de dispositivo dessa lei, que restringia a hipótese de abuso à presença de “inequívoca intenção de injuriar e difamar”^{59 60}. Consideramos acertada essa orientação uma vez que não é lógico impor amarras à forma de expressão crítica. Tanto em âmbito político ou social, quanto artístico ou científico, as ideias que levam ao progresso do conhecimento dependem muitas vezes de avaliações ou juízos negativos, cuja natureza já inclui algum tipo de força pontiaguda, por si mesma tendente a ferir susceptibilidades. A crítica, mesmo dura ou brutal, é instrumento dessa fundamental circulação de ideias. Ao mesmo tempo, há um limite separando a crítica legítima daquela que se vale de expressões estritamente ofensivas ou, até mesmo, da ofensa pura, sem conteúdo.

Deve-se ressaltar que os limites da liberdade de crítica devem ser alargados quando seu objeto é o Poder Público. Isso porque, como defende Cunha Pereira, tanto a relevância social das atividades de gestão pública, quanto o caráter essencial do papel dos meios de comunicação para o jogo democrático conduzem a que se atribua às mídias e até mesmo a todos os cidadãos a mais plena liberdade de crítica nesse âmbito. Trata-se da única forma de se assegurar a transparência necessária a uma sociedade republicana saudável.

Quer dizer, se as distintas soluções jurídicas podem oscilar quanto à imposição de maior comedimento na forma das críticas veiculadas, nesta seara governamental seguimos a visão de

⁵⁶ PEREIRA, op. cit., pp. 241-242.

⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 236, apud PEREIRA, op. cit., p. 243.

⁵⁸ A Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) não foi recepcionada em sua integralidade na ADPF 130 por incompatibilidade com a Constituição de 1988.

⁵⁹ “Art 15. Não constituem abusos de liberdade de imprensa:

a) a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; (...)”

⁶⁰ PEREIRA, op. cit., p. 243.

que não cabem dúvidas sobre a inoportunidade de qualquer restrição naquele sentido antes apontado.

Quem quer participar no debate público através da crítica, não tem primeiro que pesar as suas palavras numa balança de ouvires. Quem exagera e generaliza, quem para emprestar mais eficácia ao seu ponto de vista, utiliza expressões desproporcionadas, rudes, carregadas, grosseiras e indelicadas, ou quem no calor da discussão objetiva ou por excesso do seu temperamento faz subir o tom da sua voz, não tem de recear qualquer punição.⁶¹

Cunha Pereira argumenta também que essa maior tolerância à crítica política se aplica de modo especial ao período de campanha eleitoral. Isso porque existe um fenômeno chamado dessensibilização da linguagem, o que significa que em períodos de acalorada disputa, como é típico dos momentos eleitorais, o tom das críticas se eleva naturalmente gerando no público uma espécie de anestesia para a impressão causada por palavras mais fortes do que aquelas utilizadas no cotidiano. Expressões mais duras, portanto, perdem parte de seu impacto comunicativo, e é razoável que esse fenômeno seja reconhecido pelo poder judiciário ao avaliar as críticas veiculadas, não apenas no contexto do embate direto entre os candidatos, mas também da parte de qualquer cidadão.

Na crítica política, torna-se mais problemática aquela fronteira a que aludimos entre a crítica à obra ou ao procedimento e o ataque pessoal. Isso ocorre porque é da natureza do debate político – principalmente quando de um escrutínio eleitoral – a avaliação mais ampla e global a respeito das virtudes pessoais e das capacidades de gestão de um candidato a um cargo público. É necessário que seja permitido ao cidadão expressar juízos sobre a vida do político, vista como um todo⁶².

Em tempos recentes, a jurisprudência brasileira vem adotando interpretação diametralmente oposta, impondo restrições ainda mais rigorosas no período eleitoral, como se os tempos de campanha exigissem, inversamente ao que se defendeu, um comedimento ainda maior quanto à forma de veiculação das críticas políticas.

A título de exemplo, mencionemos a recente determinação do TSE⁶³ para que o Twitter excluísse duas postagens do deputado federal André Janones (Avante-MG) contra o presidente

⁶¹ Uhlitz, apud ANDRADE, Manuel da Costa. op. cit., apud PEREIRA, op. cit., p. 243.

⁶² PEREIRA, op. cit., pp. 245-246.

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 0601559-65. Referendo no direito de resposta. Relator: Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, DF, Acórdão de 26/10/2022.

Jair Bolsonaro (PL), no momento, candidato à reeleição, após chamá-lo de “fascista”, “assassino” e “miliciano”⁶⁴.

Na ocasião, o Ministro Sanseverino julgou que se tratavam de afirmações “*ofensivas, injuriosas e difamatórias*” e “*sabidamente inverídicas*” e que eram “mensagens produzidas e divulgadas para ofender a honra e a imagem do candidato da coligação representante, cujo objetivo consistiu na disseminação de *discurso manifestamente inverídico e odioso* que pretende induzir o usuário da rede social a vincular o candidato a práticas criminosas” (grifos nossos).

Duas são as conclusões que podemos extrair. Em primeiro lugar, a decisão não alargou as fronteiras da liberdade de crítica referentes a agentes do Poder Público. Ao contrário, interpretou-as como injuriosas e ofensivas à honra e à imagem do candidato. Ademais, considerou que os termos utilizados pelo deputado tinham o perigo de induzir os usuários a vincular o candidato a práticas criminosas. Ainda que consideremos os termos desmedidos, entendemos que, especialmente em tempos de eleição, os cidadãos estão sujeitos à aludida dessensibilização da linguagem, o que afasta o risco de se identificar o candidato aos referidos adjetivos de maneira literal.

Em segundo lugar – e que consideramos mais grave – o ministro considerou as críticas como “sabidamente inverídicas”. Novamente, ainda que possamos discordar da adequação dos termos empregados, não nos parece que essa avaliação deva ser alvo de determinação de sua veracidade pelo Tribunal. Como já ressaltamos, o campo de contestação da crítica – por mais abominável que a consideremos – deve residir no confronto social.

Outra decisão que cabe destacar é aquela referente às publicações feitas pelo ex-secretário da Receita Federal Marcos Cintra questionando o que ele considerava serem inconsistências nas urnas eletrônicas na eleição presidencial de 2022⁶⁵. O ex-secretário pede respostas ao TSE em relação a dados que considera desarrazoados na apuração dos votos e afirma não acreditar que o Tribunal, caso haja discrepância, seja cúmplice, cogitando a possibilidade de ter ocorrido um *bug* no sistema e, por fim, exige esclarecimentos⁶⁶.

⁶⁴ A redação das postagens na íntegra era: “Não se vence um fascista com emoji fofo no whats! Quem acha que tô pegando muito pesado, talvez só acorde quando for jogado nos porões de uma ditadura! Explodam essa imagem por todo país e vamos salvar nossa democracia e libertar nosso país do Bolsonarismo de uma vez por todas! Assassino / Bolsonaro ajudou a matar 400 mil pessoas e ainda debochou das vítimas.” e “Lula errou nessa! Bolsonaro não é amigo dos milicianos: Bolsonaro é miliciano!”

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Inquérito 4.874. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 06/11/2022.

⁶⁶ As postagens de Marcos Cintra apresentaram a seguinte tonalidade: “E as urnas, TSE? Tenho razões para não concordar com Bolsonaro... falta de preparo e de cultura, baixa capacidade de liderança, e comportamento

A decisão do TSE determinou o bloqueio da conta do Twitter do réu, bem como a proibição de voltar a se manifestar sobre o tema considerado “*fake news*”, sob pena de multa diária de vinte mil reais, no caso de descumprimento. O Ministro Alexandre de Moraes entendeu que “Marcos Cintra utiliza as redes sociais para atacar as instituições democráticas, notadamente o Tribunal Superior Eleitoral, bem como o próprio Estado democrático de Direito, o que pode configurar, em análise preliminar, crimes eleitorais”. O questionamento levantado pelo réu foi considerado “*fake news*” e “conteúdo falso – eminentemente antidemocrático”.

Mais uma vez, nossa avaliação, fundada na exposição doutrinária apresentada, é a de que a crítica, em forma de questionamento, levantada pelo réu – por mais que possamos não vislumbrar fundamento em suas colocações – é legítima. Tal legitimidade não advém de uma avaliação de sua correteza, mas do simples fato de aparentar ser uma ponderação sincera acerca da ferramenta mais fundamental de uma sociedade democrática. Assim, parece precipitada a apreciação de que o réu teria a “nítida finalidade de atentar contra a Democracia e o Estado de Direito”, e grave equívoco sujeitar tal crítica ao juízo de falsidade de forma tão categórica.

Partimos agora para a modalidade da liberdade de opinião que denominamos previamente de liberdade de expressão de ideias, entendida como aquela manifestação de concepções gerais, teorias, doutrinas, visões de mundo. Dessa forma, a diferenciação entre os dois tipos de liberdade de opinião guarda seu fulcro precisamente no fato de que a crítica se dirige a um fenômeno particular, a um objeto individual concreto, enquanto a ideia se refere em abstrato a uma concepção mais geral. Por isso, a discussão a respeito das violações ao bem jurídico da honra e seus anexos, bem como o próprio decoro, cai sobretudo no campo da crítica, já que o plano das ideias abstratas não é, geralmente, apto a ferir os bens personalíssimos de alguém⁶⁷.

Nesse campo, assim como na liberdade de crítica, a veracidade não adquire relevância jurídica, visto que não é admissível submeter ao Poder Judiciário a análise da verdade ou

inadequado para presidir um país como o Brasil. Mas as dúvidas que ele levanta sobre as urnas merecem respostas. Verifiquei os dados do TSE e não vejo explicação para o JB ter zero votos em centenas de urnas. Ex. Roraima, e em São Paulo, como em Franca, Osasco e Guarulhos. (...) Acredito na legitimidade das instituições. Não admito que o TSE seja cúmplice, no caso de descobrirem algum bug no sistema. Mas sim, se tornará cúmplice se não se debruçar sobre esses fatos e esclarecer tudo. Independentemente de qualquer outra consideração ou preferência política, a preservação das instituições democráticas exige respostas convincentes. Caso contrário estarei sendo forçado a reconhecer a validade dos pleitos por voto em papel. (...) São dúvidas legítimas. Qualquer cidadão, como eu, tem o dever de exigir esclarecimentos das autoridades competentes para preservar a democracia e a legitimidade de nossas instituições. Quero ardentemente acreditar que haja explicação convincente.”

⁶⁷ PEREIRA, op. cit., p. 246.

falsidade de uma teoria abstrata. Isso não quer dizer que a liberdade de ideias seja impassível de violar bens jurídicos fundamentais, caso em que merece limitações⁶⁸.

São exemplos dessas restrições no ordenamento pátrio o art. 20 da Lei 7716/89 (Lei do Racismo)⁶⁹ que define os crimes resultantes de discriminação em razão de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional⁷⁰; a tipificação, no Código Penal, do delito de apologia ao crime⁷¹ e de incitação à sua prática⁷². Ressalte-se que há uma problemática jurídica emergente dessas últimas previsões legais, que diz respeito a tipicidade dos casos em que se defende a descriminalização de determinada conduta, tema que foi amplamente debatido na ADPF 187 em que o STF julgou pela licitude da intitulada Marcha da Maconha.

Findas tais considerações atinentes a hipóteses de limitação à liberdade de expressão – que não pretenderam esgotar os casos possíveis, nem as problemáticas que deles promanam –, importa volver ao argumento aqui proposto e notar a relevância para a matéria de subdividir as modalidades das formas de expressão em factuais e opinativas, a fim de melhor discernir os regimes jurídicos aplicáveis em cada caso.

6. Conclusão

Diante do exposto, a liberdade de expressão enfrenta nos tempos atuais novos desafios que nos conclamam a repensar seus contornos e os limites que devem ser impostos em casos difíceis. O advento das mídias digitais trouxe à tona um potencial lesivo, antes inimaginável, para fenômenos como a difusão de *fake news*. Parece claro, desde o princípio que a disseminação dolosa de notícias sabidamente inverídicas não pode estar acobertada sob o manto da liberdade de expressão, uma vez que viola a própria finalidade intrínseca de tal faculdade humana, a dizer, à busca da verdade.

O esforço para solucionar essa difícil problemática pela ordem jurídica deve ser conduzida com prudência, pois a precipitação em impor restrições às liberdades civis pode

⁶⁸ PEREIRA, op. cit., p. 247.

⁶⁹ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (...)”

⁷⁰ Em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, o STF decidiu pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

⁷¹ “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.”

⁷² “Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.”

facilmente se degenerar em institutos autoritários. Assim é a lógica da liberdade: a regulação é necessária para seu exercício, mas o seu excesso a faz desfalecer pelas mãos do remédio que buscava curá-la.

Pretendemos aqui estabelecer um parâmetro inicial de sopesamento para essa questão, consistente na diferenciação entre a narração de fatos e a emissão de juízos opinativos. Trata-se, afinal, de uma distinção entre temas de mais fácil apreensão, nos quais é viável o discernimento por parte do Judiciário acerca da verdade a ser protegida, e temas de elaboração mais complexa, que devem ser deixados ao escrutínio do debate público. Em suma, pode-se verificar que essa distinção é importante para uma compreensão da temática, uma vez que dela nascem consequências de vulto para o regime jurídico aplicável a cada caso, bem como para a espécie de regulação que será tolerada por uma sociedade democrática.

Referências

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, 235, 2004, pp. 01-36.

BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 73, de 2020, sobre o Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, do Senador Alessandro Vieira, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Relator: Senador Angelo Coronel. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-2630-2020>. Acesso em: 06 dezembro 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 0601559-65. Referendo no direito de resposta. Relator: Min. Paulo De Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, DF, Acórdão de 26/10/2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Inquérito 4.874. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 06/11/2022

CANOTILHO, J. J. Gomes, et. al. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de.. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. Tese de Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

HELM, Rebecca K. e NASU, Hitoshi. Regulatory Responses to ‘Fake News’ and Freedom of Expression: Normative and Empirical Evaluation. *Human Rights Law Review*, Volume 21, Issue 2, June 2021, pp. 302–328. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa060>

KATSIREA, Irini. “Fake news”: reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty, *Journal of Media Law*, v. 10, Issue 2, 2018, pp. 159-188. DOI: 10.1080/17577632.2019.1573569

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral, v.1, 12. ed., São Paulo : SaraivaJur, 2023. Ebook 400p. Disponível em: <https://minhabiblioteca.ufpr.br>. Acesso em: 06 dezembro 2023.

MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas: o perigo de manipulação da esfera de discurso público. *Revista Populus*, Salvador, n. 8, 2020, pp. 207-242.

MARINONI, Luiz Guilherme. Desacordos morais razoáveis e controle de constitucionalidade. *Revista Direito UnB*, v. 7, n. 1, 2023, pp. 25-61.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, 2020, pp. 534-578. doi: 10.21783/rei.v6i2.522