

Actual malice, Sistema Interamericano de Direitos Humanos e responsabilidade civil por dano à honra da figura pública: possíveis desafios sob o prisma civil-constitucional*

Bernardo Diniz Accioli de VASCONCELLOS**

“In old days men had the rack¹. Now they have the press”.

— OSCAR WILDE²

RESUMO: O presente artigo analisa a evolução da responsabilidade civil da imprensa na doutrina e jurisprudência civilistas, após a declaração de não recepção da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal pela ADPF 130, a partir da tendência estabilizadora ao modelo de responsabilidade subjetiva, baseada no filtro da culpa. O artigo analisa a possibilidade de adoção da teoria da *actual malice*, formulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao conflito, no Brasil, entre liberdade de expressão e direito à honra de figuras públicas. O artigo, a partir da metodologia comparada, apresenta o conceito de *actual malice* para um jurista brasileiro. Em seguida, o texto propõe uma comparação entre os elementos da teoria estadunidense e os elementos de direito civil brasileiro, evidenciando a *actual malice* como ausência de boa-fé subjetiva quanto à falsidade factual, e rechaçando a equiparação entre *actual malice* e dolo. O artigo também analisa o estado de adoção da doutrina pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apontando que a Comissão e Corte IDH, divergem substancialmente em sua adoção. O texto destaca argumentos dificultam a compatibilidade da *actual malice* com a responsabilidade civil brasileira e com a Constituição da República, e destaca o impasse que o Brasil pode enfrentar caso eventualmente alegue direito interno para descumprir tratado internacional de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: *Actual malice*; malícia real; liberdade de expressão; direito à honra; Moya Chacón vs. Costa Rica; direito comparado.

SUMÁRIO: 1. Introdução: um debate florescente e inevitável do pós-ADPF 130; – 2. A doutrina da *actual malice* tal como criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América; – 3. Incompatibilidades sistêmicas à importação da teoria da *actual malice* ao Brasil; – 4. Ventos interamericanos: uma imposição transversa por via hermenêutica? Apresentação do Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica; – 5. Notas complementares sobre a adoção do padrão *actual malice* à luz do direito constitucional brasileiro; – 6. Conclusão; – 7. Referências.

* O presente artigo é fruto do Grupo de Pesquisa Institucional “Liberdade de expressão: questões emergentes”, coordenado pela Prof.^a Jane Reis Gonçalves Pereira, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O autor agradece à Prof. Jane Reis pela orientação constitucionalista e ao Prof. Eduardo Nunes de Souza pelos debates civilistas. O autor agradece também à Biblioteca Mauro Cappelletti e à Biblioteca Winfried Hassemer pela acolhida para a pesquisa complementar à redação deste artigo.

** Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito, com ênfase em Contencioso, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Assistente acadêmico da pós-graduação em Direito Digital do ITS Rio em parceria com a UERJ-CEPED. Advogado. E-mail: baccioli@outlook.com.br.

¹ Em português, “cavalete”. Instrumento de tortura por meio do qual se tracionavam os membros humanos, deslocando-se as juntas e esticando-se as fibras musculares.

² “In old days men had the rack. Now they have the press. That is an improvement certainly. But still it is very bad, and wrong, and demoralising. Somebody — was it Burke? — called journalism the fourth estate. That was true at the time, no doubt. But at the present moment it really is the only estate. It has eaten up the other three. The Lords Temporal say nothing, the Lords Spiritual have nothing to say, and the House of Commons has nothing to say and says it. We are dominated by Journalism. In America the President reigns for four years, and Journalism governs for ever and ever” (WILDE, Oscar. *The Soul of Man*. Londres: Arthur L. Humphreys, 1900, p. 57).

TITLE: *Actual malice, Inter-American System of Human Rights and Civil Liability for Damages to the Honor of a Public Figure: Possible Challenges under the Civil-Constitutional Perspective*

ABSTRACT: *This article analyzes the evolution of press liability in Brazilian civil doctrine and jurisprudence, after the declaration of non-reception of the Brazilian Press Law by the Federal Supreme Court through ADPF 130, concluding for a stabilizing trend to the subjective liability model, based on fault. The article analyzes the possibility of Brazil adopting the actual malice standard, as formulated by the Supreme Court of the United States of America, to the conflict, in Brazil, between freedom of speech and the right to honor with respect to public figures. Using a comparative approach, the article presents the concept of actual malice to a Brazilian practitioner. Then, the text proposes a comparison between the elements of the U.S. theory and the elements of Brazilian civil law, highlighting actual malice as the absence of subjective good faith regarding factual falsehood, and rejecting the equation between actual malice and dolo. The article also analyzes the state of adoption of the doctrine by the Inter-American System of Human Rights, pointing out that the Inter-American Commission and Court differ substantially in its adoption. The text highlights arguments that sustain the incompatibility of actual malice with Brazilian tort law and the Brazilian Constitution, and highlights the stalemate that Brazil may face if it eventually alleges domestic law to breach an international human rights treaty.*

KEYWORDS: *Actual malice; malícia real; freedom of expression; freedom of speech; right to honor; Moya Chacón v. Costa Rica; comparative law.*

CONTENTS: *Introduction: a flourishing and inevitable post-ADPF 130 debate; - 2. Actual malice doctrine as developed by the Supreme Court of the United States of America; - 3. Systemic incompatibilities to importing the actual malice theory in Brazil; - 4. Inter-American winds: a transversal imposition through hermeneutics? Presentation of Moya Chacón et al. v. Costa Rica; - 5. Complementary notes on the adoption of the actual malice standard in light of Brazilian constitutional law; - 6. Conclusion; - 7. References.*

1. Introdução: um debate florescente e inevitável do pós-ADPF 130

Poucos *vácuos normativos*³ foram tão sentidos quanto o provocado pela publicação do acórdão da ADPF 130.⁴ Ao declarar, por maioria, a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) pela Constituição de 1988, os membros do Supremo Tribunal Federal divergiram radicalmente em seus fundamentos, sobretudo quanto à possibilidade de regulamentação da atividade informativa por texto infraconstitucional.

Uma vez expurgada a referida lei do ordenamento jurídico pátrio – e na ausência de diretrizes constitucionais explícitas quanto ao regime de responsabilidade civil aplicável –, a doutrina e o intérprete se viram na difícil tarefa de delinear balizas para uma

³ Expressão usada no voto vencido do Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 130: “Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade - o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica” (Acórdão, p. 134).

⁴ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Relator Ministro Carlos Ayres de Britto, J. 30/04/2009, DJe 06/11/2009.

atividade multifacetada. É que a imprensa, a um só tempo, é essencial ao desenvolvimento de todos os outros direitos e, por outro lado, pode engendrar repercussões violentas não apenas na esfera puramente jurídica do indivíduo, mas também, e sobretudo, em sua esfera social, aquela de seus relacionamentos e interações.

Trata-se, pois, de atividade que deve permanecer livre, o que não significa irresponsável. Como bem ressaltou a Min. Ellen Gracie, em preocupação compartilhada com o Min. Joaquim Barbosa, “a ofensa proferida por intermédio dos meios de comunicação, quanto maior for sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá”.⁵

É comum, e até mesmo natural e inevitável, como antevisto pelo constituinte, que o exercício da liberdade de imprensa afete outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. O próprio art. 220, da Constituição da República, explicita, como limites externos ao exercício da dita liberdade, dentre outros, os direitos à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada,⁶ e, assim, impõe um jornalismo responsável. A vedação constitucional ao anonimato, que remonta à revolução francesa,⁷ é exatamente uma garantia de *enforcement* da cláusula de responsabilidade.⁸ Uma proposta semelhante se adota no art. 14.3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica),⁹ incorporada no Brasil por meio do Decreto N^o 678/92.

Findo o regime especial de responsabilidade civil estatuído pela Lei de Imprensa, o direito brasileiro precisou enquadrar a atividade informativa nas cláusulas gerais, ou, ainda, em microssistemas. Para além da natural discussão sobre a unicidade dos regimes de responsabilidade do jornalista e do jornal,¹⁰ discutiu-se o “novo” fundamento da

⁵ Transcrição do voto da Min. Ellen Gracie no acórdão da ADPF 130, p. 127. Posicionamento análogo foi declarado pelo Min. Joaquim Barbosa na p. 120.

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

⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

⁸ Declaração dos Homens e do Cidadão de 1789 previa, em seu 11^o artigo, que “a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem”. A declaração francesa adotou o modelo de liberdade com responsabilidade, ao antever, na parte final do artigo, que o cidadão poderia “responder pelos abusos dessa liberdade nos casos determinados pela lei”. Não se sustenta, contudo, uma visão idílica dos ideais revolucionários, nem se tenta apagar a história. Grandinetti demonstra que a França só teria experimentado uma imprensa verdadeiramente livre após a Revolução de 1848, em decorrência das pesadas multas e inúmeros processos a que os agentes de imprensa eram submetidos até então. *Ibid.*, p. 25.

⁹ ARTIGO 14: (.) 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

¹⁰ Na Lei de Imprensa, a responsabilidade do jornal era por fato de terceiro, com base no art. 49, §2^o e § 3^o, alínea b. A responsabilidade do jornalista era subjetiva. Em ambas as hipóteses, a lei dispunha sobre o teto da indenização.

obrigação de indenizar, perquirindo-se quanto à pertinência da aplicação **(i)** dos arts. 186 e 187 e 927, *caput*, do Código Civil (responsabilidade subjetiva por culpa *lato sensu* e por abuso do direito); **(ii)** do art. 927, parágrafo único, CC (responsabilidade objetiva, por risco da atividade);¹¹ **(iii)** do art. 932, III, CC (responsabilidade objetiva por fato de terceiro, no caso de jornalista e empresa de comunicação);¹² ou **(iv)** do art. 60 do Código de Defesa do Consumidor combinado com a Lei da Ação Civil Pública, em caso de informações inexatas ou falsas.¹³

Verifica-se, atualmente, uma tendência à estabilização doutrinária e jurisprudencial quanto ao regime de responsabilidade civil da imprensa e do jornalista para uma convergência ao modelo subjetivo por culpa normativa *lato sensu*,¹⁴ pautada pelos deveres de veracidade, de pertinência e de cuidado.¹⁵ É dizer, a licitude é determinada pela correspondência entre o *publicado* e o *diligentemente apurado*, e desde que a publicação seja concretamente de interesse público.¹⁶ De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inobservados esses três deveres, e se dessa inobservância resulta dano, haverá dever de indenizar. Pode haver pequenas variações desse modelo, sobretudo se o retratado mantiver algum maior grau de exposição ao debate público, ou se houver possível crime envolvido,¹⁷ de modo que a jurisprudência atribui maior peso

¹¹ Opinião notadamente defendida por Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, por entenderem que a prova da culpa é muitas vezes diabólica para o cidadão comum, e que a atividade de imprensa gera riscos aos direitos da personalidade, com amparo na doutrina de Ramón Daniel Pizarro. Os autores, contudo, parecem remeter a figura pública vulnerada pela imprensa ao regime de responsabilidade subjetiva, por entender que, nesses casos, haveria um embate mais proporcional entre as partes, a afastar a responsabilidade objetiva (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*, Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 639). O mesmo posicionamento é defendido por GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157. Veja-se que o STJ já chegou a acolher a tese da responsabilidade objetiva da imprensa, ainda que apenas em relação aos classificados de jornal (STJ, AgRg no Ag n. 1.227.481/PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe de 2/10/2013).

¹² Inobstante a declaração de não recepção da Lei de Imprensa, o STJ continua a aplicar a súmula 221: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (STJ, Segunda Seção, DJ 26/05/1999, p. 68).

¹³ CARVALHO. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, pp. 109-110.

¹⁴ “Ao contrário do que sugere a leitura textual do art. 20 do CC/2002, a liberdade de expressão, como fundamento do Estado Democrático de Direito, há de ser amplamente assegurada, sendo certo que somente em casos extremos, quando a informação deixa de ser o escopo da atividade jornalística, ou quando, por culpa ou dolo, a publicação atinge a honra alheia sem que se justifique a divulgação para os fins de informação, desviando-se enfim a liberdade constitucional de expressão de seus fundamentos axiológicos, é de se justificar o dever de reparar” (TEPEDINO, Gustavo, O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. In: *Soluções Práticas de Direito*, Revista dos Tribunais. São Paulo: [s.n.], 2011, v. 1, p. 111-132).

¹⁵ STJ, AREsp n. 1.922.721, Ministra Nancy Andrighi, DJe de 01/10/2021.

¹⁶ Permita-se remeter, para um estudo específico do tema, a VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de. *A veracidade da informação como critério de não compensação do dano moral ocasionado pelo agente de imprensa*. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2020, 92 p.

¹⁷ Anderson Schreiber explica que, na responsabilidade da imprensa pela suspeita de práticas criminosas, os critérios desenvolvidos pelo STJ são “(i) destaque para a qualificação do retratado como mero suspeito ou acusado; (ii) consulta a fontes fidedignas; (iii) apresentação dos indícios recolhidos; e (iv) oitiva do suspeito e do seu advogado” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87).

às liberdades comunicativas quando há interesse público na divulgação da matéria.¹⁸ Além disso, e até por influência da tautológica redação do Código Civil de 2002,¹⁹ há certo grau de perquirição do *animus* do ofensor, distinguindo-se se este atua com vontade de ofender, ou se atua com mera vontade de criticar e de satirizar. Mas essa distinção é feita mais com o fito de orientar o intérprete a proteger a liberdade de crítica, e não para restringir a indenização apenas aos casos de dolo comprovado. O filtro primordial de imputação da responsabilidade civil da imprensa continua a ser a culpa.

Não obstante, ventos liberais vêm apresentar ao Brasil um novo regime, de matriz estadunidense, seja pela via legal, pela doutrinária ou pela jurisprudencial. Tal regime seria subjetivo, mas supostamente calcado nos filtros do dolo e da falsidade factual, viria a incidir primordialmente nas liberdades de expressão e de imprensa quando houver autores políticos envolvidos (com alguma elasticidade para equiparações). Em termos gerais, qualquer pessoa (e, em relevo neste estudo, os agentes de imprensa) só seria responsabilizada por violação à honra de agentes públicos se publicasse matérias objetivamente falsas,²⁰ e se o ofendido lograsse comprovar o dolo direto ou eventual na *disseminação* da matéria falsa. Trata-se da definição, feita por autores brasileiros, da

¹⁸ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. CONTROVÉRSIA ENTRE JORNALISTAS. ARTIGOS CRÍTICOS À ATUAÇÃO PROFISSIONAL. COMPROMISSO ÉTICO COM A INFORMAÇÃO VEROSSÍMIL (“VERDADE SUBJETIVA”). RELEVÂNCIA SOCIAL (INTERESSE PÚBLICO). NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI NO CASO CONCRETO (.) 4. Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que, além do requisito da “verdade subjetiva” - consubstanciado no dever de diligência na apuração dos fatos narrados (ou seja, o compromisso ético com a informação verossímil) -, a existência de interesse público também constitui limite genérico ao exercício da liberdade de imprensa (corolária dos direitos de informação e de expressão) (.) 8. Aliás, é de sabença que pessoas públicas estão submetidas à exposição de sua vida e de sua personalidade e, por conseguinte, são obrigadas a tolerar críticas que, para o cidadão comum, poderiam significar uma séria lesão à honra. Tal idoneidade não se configura, decerto, em situações nas quais é imputada, injustamente e sem a necessária diligência, a prática de atos concretos que resvalam na criminalidade, o que não ocorreu na hipótese (.) 10. Recurso especial provido a fim de julgar improcedente a pretensão indenizatória deduzida na inicial (REsp n. 1.729.550/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 4/6/2021).

¹⁹ Trata-se do Art. 953, *caput*, CC: A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. A doutrina há muito critica o referido artigo, porque ele dispõe sobre menos do que o legislador civil previu, ao remeter ao direito penal (que não admite modalidade culposa ou em dolo eventual para os crimes contra a honra,). Uma leitura em tiras do referido artigo levaria o intérprete a crer que não haveria dano à honra culposo no direito brasileiro, o que não é verdade (SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 77). Na realidade, o referido dispositivo deve ser interpretado apenas de forma a facilitar a condenação, no juízo cível, do crime de injúria, calúnia ou difamação já apurado no juízo criminal (até mesmo por força do art. 91, I, CP). TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*. Teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil, preferências e privilégios creditórios: (arts. 421 a 965), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 884. Sobre a correlação das esferas cível e penal, e sobre o dano moral culposo, permite-se remeter a BODIN DE MORAES, Maria Celina, Honra, liberdade de expressão e ponderação, *Civilistica.com*, a. 2, n. 2, 2013, p. 15–16.

²⁰ A doutrina brasileira sustenta que mesmo informações verdadeiras podem, a depender da redação da matéria, violar a honra de uma pessoa. Cf. Violação da honra pela divulgação de fatos verdadeiros: a construção da notícia, em SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 85–86.

teoria da *actual malice*.²¹ Entretanto, é necessário refletir se as premissas dessa doutrina, pensada em outro país, e em outra época, podem ser transpostas ao Brasil.²²

Questiona-se, portanto, se essa doutrina, advinda da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, poderia ser adotada no Brasil, e por quais meios. E tentativas de imposição não faltam. Atualmente, a discussão faz-se: **(i)** no plano legal, por meio dos PLs nº 2.127-D/2011, nº 73-D/2010 e nº 946-D/2009;²³ **(ii)** no plano constitucional, em sede da ADI 6.792/DF e ADPF 826/DF; e **(iii)** no plano supralegal,²⁴ pela possibilidade de adoção da referida doutrina pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na interpretação do art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica,²⁵ notadamente no recentíssimo caso Moya Chacón e outro contra Costa Rica.²⁶

Dessa forma, pretende-se se debruçar, no presente estudo, sobre três objetivos principais, a saber, **(i)** a pertinência sistêmica da referida doutrina no direito brasileiro;

²¹ Referências à doutrina da *actual malice* encontram-se na obra de diversos autores constitucionalistas, que geralmente a transpõem para o direito brasileiro como “dolo ou culpa grave”. Neste trabalho, utiliza-se como ponto de partida a tese doutoral de Rodrigo Gaspar de Mello, que defende tratar-se de “dolo direto ou eventual”, excluindo-se as hipóteses de culpa grave (MELLO, Rodrigo Gaspar de. *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021).

²² “Ademais, os autores escrevem em determinado período histórico e com conceitos próximos da sua época. Dessa forma, quando uso um autor, preciso saber de que lugar ele está falando, que a posição que ele ocupou, quem era ele. Só assim saberei com quem eu pretendo dialogar. Em seguida, preciso problematizar as teorias (ou ideias) de determinado autor para o presente. Será que ele pode contribuir para o debate atual? Em que medida? Será que suas premissas, escritas para outra sociedade, podem ser pensadas no Brasil?” (SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Pequeno manual de metodologia da pesquisa jurídica: ou roteiro de pesquisa para estudantes de direito*, 2. ed. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021, locs. 908–909).

²³ Mapeamento realizado por MELLO. *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 190.

²⁴ Não se ignora a controvérsia doutrinária quanto à hierarquia do Pacto de San José, de modo que autores internacionalistas conferem-lhe status constitucional (notadamente MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1303). Contudo, para os módicos fins deste artigo, adota-se como premissa a supralegalidade do Pacto, nos moldes do decidido pelo STF ao julgar a prisão do depositário infiel, em repercussão geral (STF, Tribunal Pleno, RE 466343, Relator Ministro Cezar Peluso, j. em 03/12/2008, DJe 05/06/2009).

²⁵ 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 a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a 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. 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 a 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 2. 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.

²⁶ GIMENES, Erick, Decisão da Corte IDH sobre liberdade de imprensa deve se irradiar para países-membros: Tribunal reforçou princípios que devem ser observados sobre o jornalismo. CNJ recomenda uso da jurisprudência da Corte IDH, *Jota*, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em 23jan2023.

- (ii) a adequação da referida doutrina ao sistema brasileiro de responsabilidade civil; e
- (iii) a compatibilidade da referida doutrina com o direito brasileiro.

Para tanto, adotam-se como objetivos específicos **(i)** delimitar o conteúdo e o âmbito de incidência da aplicação da doutrina da *actual malice* no direito estadunidense, e elencar as premissas que autorizam seu emprego naquele país; **(ii)** analisar os fundamentos da sentença do caso *Moya Chacón vs. Costa Rica*, de modo a verificar se a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos da *actual malice* é convergente com a da Suprema Corte dos Estados Unidos; **(iii)** delimitar o núcleo essencial do interesse contraposto à liberdade informativa (direito constitucional à honra) e seu tratamento pelo Constituinte e pelo legislador ordinário; **(iv)** aferir a compatibilidade da *actual malice* com a Constituição da República e com a legislação infraconstitucional.

Não se tem como finalidade do artigo chegar a uma conclusão peremptória, mas apenas levantar argumentos possíveis para um debate que decerto permeará a próxima década. Concorrem para essa profetização as mencionadas ações de controle concentrado, e a apresentação, em setembro de 2022, de denúncia²⁷ contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por censura e assédio judiciais,²⁸⁻²⁹ e a recomendação do Conselho Nacional de Justiça de que o Brasil siga os precedentes da Corte IDH.³⁰

²⁷ Trata-se de petição apresentada pelo jornalista Paulo Cezar Prado contra o Brasil na Comissão IDH. A petição não menciona expressamente a doutrina da *actual malice*, mas, de um modo mais amplo, tece considerações sobre o Estado Brasileiro ter imposto condenações penais e civis ao jornalista quando apenas presente *animus narrandi*, e que também é vítima de assédio judicial. O jornalista alega que em apenas uma das ações, que tramita na 22ª Vara Cível do TJSP sob o número 0135165-30.2011.8.26.0100, ele foi condenado na quantia de R\$30.000.000,00. Do exame dos autos da ação indenizatória, verifica-se que o valor milionário corresponde à soma da condenação em R\$20.000,00, para cada um dos dois autores, com a liquidação das multas de R\$1.000,00 por dia de descumprimento de liminar ao longo de anos (Caso de violações contra autor do “Blog do Paulinho” é levado à CIDH. In: Rede de Proteção de Jornalistas e Comunicadores. Disponível em: <https://rededeprotecao.org.br/caso-de-violacoes-contra-autor-do-blog-do-paulinho-e-levado-a-cidh/>. Acesso em 23jan2023). O jornalista já foi preso algumas vezes por crimes contra a honra de figuras públicas (Unesco alerta para mau uso da Justiça em ataques à liberdade de expressão: relatório da ONU vê como global onda de ações embasadas em definições jurídicas imprecisas. *Folha de S. Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/>. Acesso em 23jan2023).

²⁸ Como se sabe, a Comissão Interamericana, ao contrário da Corte Interamericana, não detém competência para emitir sentenças, mas, constatadas violações, pode recomendar ao Estado medidas para restaurar o estado anterior. De igual modo, a Comissão Interamericana pode submeter as violações à apreciação da Corte Interamericana. Não por outro motivo, há autores que chamam a Comissão Interamericana de “Ministério Público do Sistema Interamericano” (JAYME, Fernando Gonzaga. Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, *apud* MOURA, Rafael Osvaldo Machado, Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2019, p. 170, disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i3.5683>. Acesso em 23jan2023).

²⁹ O problema do assédio judicial merece estudo próprio e não se encontra no escopo deste artigo.

³⁰ A recomendação será abordada em tópico próprio.

O presente artigo adota como premissa metodológica o direito civil-constitucional, que reconhece a importância da historicidade dos institutos jurídicos no processo interpretativo, isto é, que os conceitos doutrinários do direito são um produto de um determinado contexto histórico-cultural e a ele se referem.³¹

2. A doutrina da *actual malice* tal como criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Os critérios de responsabilização da imprensa nos Estados Unidos, definidores da doutrina da *actual malice*, podem, *grosso modo*, resumir-se àqueles traçados pela Suprema Corte dos Estados Unidos em nove precedentes.³² Nos referidos casos, esteve em jogo a interpretação da real extensão da primeira e da décima quarta³³ emendas à Constituição dos Estados Unidos, sob uma ótica exclusivamente do prisma constitucional da liberdade de expressão (vale reforçar que os Estados Unidos não conferem proteção constitucional explícita aos direitos da personalidade, como faz o Brasil, que elabora limites constitucionais explícitos).

O primeiro caso, *New York Times Co. contra Sullivan*,³⁴ foi julgado em 1964. Nele, os Estados Unidos romperam com mais de duzentos anos de tradição jurídica³⁵ e caminharam para uma responsabilidade civil exclusivamente baseada em conhecimento da falsidade em casos que envolvessem agentes públicos. Como resume a própria decisão, esteve em jogo, “pela primeira vez, até que ponto as proteções constitucionais de liberdade de expressão e de liberdade de imprensa limitam o poder de um Estado [da

³¹ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson, Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, 2016, p. 14. Disponível em: www.ibdcivil.org.br/. Acesso em 23jan2023.

³² A saber, (i) *New York Times Co. vs. Sullivan*; (ii) *Garrison vs. Louisiana*; (iii) *Monitor Patriot Co. vs. Roy*; (iv) *Curtis Publishing Co. vs. Butts*; (v) *Associated Press vs. Walker*; (vi) *Gertz vs. Robert Welch, Inc.*; (vii) *Philadelphia Newspapers vs. Hepps*; (viii) *Milkovitch vs. Lorain Journal Co.*; e (ix) *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell* (MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 55–56).

³³ A primeira seção da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos remete à impossibilidade de o legislativo restringir direitos: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

³⁴ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 280 (1964).

³⁵ O regime jurídico anterior ao precedente permitia, com base em *Crown vs. John Peter Zenger* (1735), o exercício da exceção da verdade para qualquer que fosse a acusação, isto é, o ônus era do réu (MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 18–21). Antes de 1735, o entendimento majoritário da Star Chamber desde 1606 era no sentido de que “as imputações verdadeiras eram ainda mais graves do que as falsas porque teriam maior potencial de provocar a ruptura da paz” (*Ibid.*, p. 17).

Federação] de conceder indenizações por escritos desabonadores³⁶ pleiteadas por um agente público contra os críticos de sua conduta pública”.³⁷ O autor da ação, Sullivan, comissário de segurança pública da Montgomery, Alabama, alegou que o New York Times havia publicado, em 29/03/1960, uma matéria paga pelo Comitê para a Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul. A matéria descrevia a repressão contra manifestantes de direitos civis em Montgomery e não citava nominalmente Sullivan, mas trazia imprecisões e erros fáticos quanto à atuação do departamento de polícia por ele chefiado, sobretudo quanto a uma atuação truculenta contra estudantes.

Na primeira instância, o Sullivan recebeu indenização de meio milhão de dólares (cerca de cinco milhões de dólares, em valores atualizados). Em 30/08/1962, a Suprema Corte do Estado do Alabama negou provimento ao recurso do New York times contra a decisão que fixou a indenização, sob o fundamento de que a primeira emenda à Constituição não protegia contra escritos ofensivos, que a publicação era ofensiva *per se*, e que a vítima não tinha a necessidade de comprovar dano material decorrente da ofensa.³⁸ Ao adotar um parâmetro de dolo presumido (“*inferred malice*”), a Suprema Corte do Alabama salientou que o próprio New York Times, como, nas matérias anteriores que retratavam os mesmos fatos, apresentava os acontecimentos adequadamente e sem distorções, agia de forma maliciosa ao publicar a matéria paga imprecisa e distorcida.³⁹

É importante ter em mente que, no direito estadunidense, há uma bipartição entre dolo inferido e dolo *de facto*. Normalmente, “*actual malice*” é uma expressão compreendida como sinônima de “*malice in fact*”, ou “*express malice*”, que designam, inclusive para

³⁶ Opta-se por traduzir “defamatory” por “desabonadores” com vistas a não confundir o jurista brasileiro, levando-o a precepções equivocadas, em razão de, no direito penal brasileiro, haver uma diferença conceitual particular entre injúria, calúnia e difamação. Registra-se que essa tripartição tipológica não é uniforme ao redor do mundo, como registra TAVARES, Juarez, Anotações aos crimes contra a honra. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 95, p. 89–132, 2012, p. 90–92.

³⁷ No original: “We are required in this case to determine for the first time the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct”. O julgado pode ser consultado em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>. Acesso em 5fev2023.

³⁸ “In affirming the judgment, the Supreme Court of Alabama sustained the trial judge's rulings and instructions in all respects. 273 Ala. 656, 144 So.2d 25. It held that '(w)here the words published tend to injure a person libeled by them in his reputation, profession, trade or business, or charge him with an indictable offense, or tends to bring the individual into public contempt,' they are 'libelous per se'; that 'the matter complained of is, under the above doctrine, libelous per se, if it was published of and concerning the plaintiff'; and that it was actionable without 'proof of pecuniary injury, such injury being implied.' Id., at 673, 676, 144 So.2d, at 37, 41” (*Ibid*).

³⁹ “In sustaining the trial court's determination that the verdict was not excessive, the court said that malice could be inferred from the Times' 'irresponsibility' in printing the advertisement while 'the Times in its own files had articles already published which would have demonstrated the falsity of the allegations in the advertisement'; from the Times' failure to retract for respondent while retracting for the Governor, whereas the falsity of some of the allegations was then known to the Times and 'the matter contained in the advertisement was equally false as to both parties'; and from the testimony of the Times' Secretary that, apart from the statement that the dining hall was padlocked, he thought the two paragraphs were 'substantially correct.' Id., at 686–687, 144 So.2d, at 50–51” (*Ibid*).

fins penais, “malice proved by evidence to exist or have existed in one that inflicts unjustified harm on another, as [...] an intent to injure or kill”.⁴⁰ Trata-se da incursão no *animus agendi*. O dolo presumido ou inferido, por sua vez, é chamado de “*implied malice*” (ou “*legal malice*”, ou “*malice in law*”), a partir da “subjective awareness of duty or of likely results of one’s acts”.⁴¹ Uma ação, portanto, pode ser considerada dolosa para o direito americano mesmo que não se prove a intenção do agente, bastando que se comprove a alta probabilidade de dano de uma conduta e a consciência do agente quanto ao risco.⁴²

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao apreciar o recurso interposto pelo New York Times, afastou a condenação do jornal por unanimidade. Como argumento central, ficou decidido que a responsabilidade civil pela expressão, quando envolvesse agentes públicos, não se operaria pelo então padrão da culpa (ou da culpa presumida, dependendo da imputação), mas por *actual malice*, a ser verificada quando presente o “knowledge that it was false” ou o “reckless disregard of whether it was false or not”. E o argumento de que o New York Times não verificou a falsidade a partir das próprias matérias corretas que ele mesmo havia publicado anteriormente à matéria inexata não foi suficiente para preencher os requisitos.⁴³

Em *New York Times vs. Sullivan*, estabeleceu-se, também, que o ônus de comprovar o conhecimento da falsidade factual por quem violasse a honra alheia recaía sobre agente público que se sentisse violado. A verdade do publicado não seria doravante apenas uma exceção a ser oposta pelo réu; mas seria a falsidade objetiva do publicado um requisito da ação indenizatória, a recair, naturalmente, sobre o autor. Dessa forma, o voto condutor de Justice Brennan ressaltou que:

As garantias constitucionais exigem, pensamos, uma regulamentação federal que proíba um agente público de obter indenizações por uma inverdade desabonadora relacionada a sua conduta oficial, a menos que ele prove que a declaração foi feita com ‘malícia real’ - ou seja, com

⁴⁰ Definições do MERRIAM-WEBSTER, INC (Org). *Merriam-Webster’s dictionary of law*. Springfield, Massachusetts: Merriam-Webster, Incorporated, 2016, p. 300.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Para uma visão geral sobre o tema, *HOLMES, Oliver Wendell, Privilege, Malice, and Intent, Harvard Law Review*, v. 8, n. 1, p. 1, 1894.

⁴³ “The Court rejected the argument that ‘actual malice’ could be found because the Times did not retract and because it did not check the accuracy against news stories in its own files. The imputed knowledge from its own files was not sufficient to show an actual state of mind necessary to support a finding of knowing or reckless falsehood. The Court also thought the evidence was constitutionally deficient because criticisms did not clearly refer to the plaintiff. This was thought too much like permitting an action for criticism of government itself” (DOBBS, Dan B.; HAYDEN, Paul T. *Torts and compensation: personal accountability and social responsibility for injury*. 4th ed. St. Paul, Minn: West Group, 2001, p. 909).

conhecimento de que [a declaração] era falsa ou com desprezo temerário sobre se era falsa ou não.⁴⁴

O equivalente funcional de “*reckless disregard*” (traduzido livremente *supra* como “desprezo temerário”) não é consenso na doutrina brasileira, como ressalta Rodrigo Gaspar de Mello.⁴⁵ Há autores que inserem o conceito no âmbito da “culpa *stricto sensu*”, da “culpa grave”, da “culpa acentuada” ou ainda do “dolo eventual”. Mello ressalta, entretanto, que “dolo eventual” parece ser a definição que mais se aproximaria daquele instituto, a partir do exemplo de Lewis segundo o qual “o temerário *desinteresse* [dolo eventual] apenas ocorre se a história é provavelmente falsa, mas o escritor ou editor vai em frente e publica mesmo assim”, ou seja, “se desconfia de uma provável falsidade e mesmo assim a divulga”.⁴⁶ Não se viu necessidade, no julgamento *New York Times vs. Sullivan*, de definir “*public official*”,⁴⁷ conceito que foi delimitado e expandido em julgados posteriores e que é extremamente relevante para a aplicação da *actual malice*.

Três anos depois, em 1967,⁴⁸ a corte ampliou a incidência da teoria. Agora, ela não se aplicaria somente aos “*public officials*” (agentes públicos), mas também às “*public figures*” (figuras públicas). Sete anos mais tarde, em *Gertz vs. Welch*, a Suprema Corte reafirmou que a responsabilidade da imprensa pela violação da honra de pessoas não notórias era baseada em *negligence*, e não na *actual malice*,⁴⁹ sob os argumentos de que os particulares têm menos oportunidades de desmentir as falsidades da imprensa⁵⁰ e, portanto, são mais vulneráveis, e porque eles não se expuseram voluntariamente ao risco de serem retratados pela imprensa, como o fazem as figuras públicas.

⁴⁴ Tradução livre do original: The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with ‘actual malice’ – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not” (Sullivan, 376 U.S. at 279–80). Justice Goldberg, em voto convergente, salientou que a Constituição garante o direito de criticar condutas de agentes públicos *apesar* dos danos que possam advir dos excessos e abusos: “The Court thus rules that the Constitution gives citizens and newspapers a ‘conditional privilege’ immunizing nonmalicious misstatements of fact regarding the official conduct of a government officer. The impressive array of history and precedent marshaled by the Court, however, confirms my belief that the Constitution affords greater protection than that provided by the Court’s standard to citizen and press in exercising the right of public criticism. In my view, the First and Fourteenth Amendments to the Constitution afford to the citizen and to the press an absolute, unconditional privilege to criticize official conduct despite the harm which may flow from excesses and abuses”.

⁴⁵ MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 76–80.

⁴⁶ LEWIS, A. Make no law: the Sullivan case and the First Amendment. Nova Iorque: Vintage, 1992, p. 195, *apud* MELLO. *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 78-79.

⁴⁷ MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 80.

⁴⁸ *Curtis Publishing Co. vs. Butts e Associated Press v. Walker*, 388 U.S. 130 (1967).

⁴⁹ *Gertz*, 418 U.S. 351 (1974).

⁵⁰ Tenha-se em mente que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos veda o direito de resposta, como decidido em *Miami Herald Publications Co. v. Tornillo* 418 U.S. 241 (1974). A Suprema Corte entende que o direito de resposta seria uma espécie de discurso obrigatório (“*compelled speech*”), e que acarretaria autocensura (“*chilling effect*”).

Foi em 1988, todavia, que a *actual malice* encontrou sua plenitude, no caso *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*,⁵¹ que versou sobre a humilhação de um líder religioso, veiculada em uma revista erótica. Nos anos oitenta, o aperitivo Campari apresentava uma linha publicitária que consistia em equiparar o prazer de beber pela primeira vez o licor com o prazer de perder a virgindade, sob o slogan “*you’ll never forget your first time*”. Celebridades da época, como Jill St. John, Elizabeth Ashley e Tony Roberts descreviam nas peças publicitárias, de forma sexualizada, a primeira vez que haviam consumido a bebida.⁵² Em paralelo, o pastor Jerry Falwell pregava pela televisão valores da direita cristã e capitaneava um movimento político chamado Moral Majority, defensor de valores tradicionais, como a oposição à homossexualidade, ao aborto, e à igualdade de gênero.⁵³ À Moral Majority se costuma atribuir o voto branco e evangélico que levou o conservador Ronald Reagan à presidência em 1980.

A *Hustler Magazine* era uma revista pornográfica fundada e comandada pelo magnata Larry Flynt, crítico do governo Reagan. Flynt, naturalmente, sofria críticas moralistas do Pastor Falwell. Foi então que a revista publicou uma paródia da primeira experiência sexual do Pastor Falwell, aos moldes dos anúncios da Campari. O texto da paródia **(i)** acompanhava um retrato de Falwell; **(ii)** utilizava a logomarca da Campari; **(iii)** utilizava a mesma identidade visual dos demais anúncios da Campari, incluindo a fonte tipográfica; **(iv)** simulava uma entrevista em que o pastor dizia ter perdido a virgindade com sua própria mãe, que seria feia e promíscua. Em tradução livre:

FALWELL:	Minha primeira vez foi em uma casinha [banheiro de fossa seca] perto de Lynchburg, Virginia.
ENTREVISTADOR:	Não foi um pouco apertado?
FALWELL:	Não depois de eu ter chutado a cabra para fora.
ENTREVISTADOR:	Entendi. Me conte.
FALWELL:	Eu nunca <i>verdadeiramente</i> esperei que fosse com a mamãe, mas depois que ela garantiu a diversão para todos os caras da cidade, eu pensei “que se foda”.
ENTREVISTADOR:	Mas com a sua mãe? Não é um pouco estranho?
FALWELL:	Não acho. Aparência não importa tanto para mim em uma mulher.
ENTREVISTADOR:	Continue.

⁵¹ *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

⁵² ROSENBERG, Ian, *The fight for free speech: ten cases that define our First Amendment freedoms*, New York: New York University Press, 2021, p. 140.

⁵³ HOGLUND, Andy, Flashback: Hustler Magazine Scores First Amendment Victory Against Jerry Falwell: When a porn-mag editor took on a leader of the Religious Right, it went all the way to the Supreme Court – and still has a lasting impact on satire, *Rolling Stone Magazine*, 2021. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/>. Acesso em 6fev2023.

- FALWELL: A gente estava para lá de Caná⁵⁴ de Campari, ginger ale, e soda. Na época a gente chamava de *Fire and Brimstone*. E a mamãe estava com uma aparência melhor que a de uma puta batista com uma doação de cem dólares.
- ENTREVISTADOR: Campari na privada com a mamãe... Que interessante. Bem, como foi?
- FALWELL: O Campari foi ótimo, mas a mamãe desmaiou antes que eu pudesse gozar.
- ENTREVISTADOR: Você tentou de novo outra vez?
- FALWELL: Claro..., mas não na casinha. As moscas, que ficavam entre a mamãe e a merda, eram demais de aguentar.
- ENTREVISTADOR: Estou falando da Campari...
- FALWELL: Ah, sim! Eu sempre fico mamado antes de subir no púlpito. Você não acha que eu poderia pregar toda aquela merda *sóbrio*, acha?⁵⁵

Em letras miúdas, no final da página, centralizado, havia uma advertência: “anúncio-paródia: a não ser levado a sério”. O Pastor Falwell, então, ajuizou uma ação indenizatória contra a revista fundada na **(i)** utilização indevida de seu nome e imagem; **(ii)** violação da honra; **(iii)** imposição intencional de sofrimento emocional decorrente de aflição e angústia.⁵⁶ O pedido de indenização por utilização indevida do nome e da imagem foi julgado improcedente pelo juiz federal, antes mesmo de ir a júri, com o fundamento de que não havia real intenção de comercializar a bebida.⁵⁷ O júri, por outro lado, entendeu que a honra do pastor não fora violada, porque nenhuma pessoa poderia imaginar que os fatos retratados eram verdadeiros, mas concedeu indenização de USD 200.000,00 (cerca de USD 550.000,00, atualmente) por imposição intencional de sofrimento emocional ao pastor, e a decisão foi mantida em segunda instância.⁵⁸

⁵⁴ No original, “*drunk off our Godfearing asses*”, que seria algo como “bebaço”, mas com o elemento “Godfearing”, “temente a Deus”, que alfineta inegavelmente o fato de que Falwell é um pastor. Minha tradução buscou resgatar o elemento religioso, fazendo um trocadilho com “para lá de Bagdá” (muito bêbado) e Caná, cidade onde Jesus teria transformado água em vinho (João 2:1–11).

⁵⁵ O anúncio digitalizado é relativamente simples de ser encontrado na Internet. Essa tradução foi realizada com base no disponível em: <https://dankennedy.net/>.

⁵⁶ MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 110.

⁵⁷ Impossível não remeter ao paralelo com a finalidade comercial inserta no art. 20, CC, do Brasil: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”, cujo escopo foi delimitado pelo STF na ADI 4.815.

⁵⁸ MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 110.

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a manifestar sobre a matéria. Em jogo, estava a possibilidade de se conceder indenização pelo sofrimento comprovado quando ausentes os requisitos da *actual malice*. Dito de outro modo, se a concessão de indenização pela humilhação poderia acarretar autocensura (e violaria a Primeira Emenda), porque poderia resfriar o debate público (*chilling effect*)⁵⁹ e contrariar o interesse público.⁶⁰

A Corte, partindo da premissa de que não havia falsidade factual (porque ninguém acreditaria se tratar de uma entrevista real), pronunciou-se sobre as opiniões emitidas em desfavor do pastor,⁶¹ e afastou todas as condenações. Ela consagrou que a expressão de opinião tem proteção absoluta da Primeira Emenda, e que as figuras públicas estão proibidas de serem indenizadas quando não há fato falso e a única coisa que podem comprovar é que o discurso feriu seus sentimentos.⁶² A partir da análise dos precedentes integrativos da doutrina da *actual malice*, tem-se como requisitos da aplicação da doutrina:

- a. A imputação de *fato* (e não de uma *opinião*) desabonador da honra (e não apenas violador da imagem ou da privacidade);
- b. A falsidade objetiva do fato imputado, a ser comprovada pela vítima;

⁵⁹ No Brasil, esse posicionamento é defendido notadamente por Fábio Leite, cf. LEITE, Fábio Carvalho, Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema, in: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Eds). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395–408.

⁶⁰ O estudo comparado do que se entende por “interesse público” nos EUA não integra o escopo deste artigo. Entretanto, é preciso salientar que não são acepções nem de perto equiparáveis às do direito brasileiro, como se depreende da própria leitura de *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

⁶¹ Nos EUA, é comum que se faça uma distinção doutrinária entre responsabilidade por fatos e responsabilidade por opiniões. A princípio, como as opiniões, diferentemente dos fatos, não se sujeitam ao binômio verdadeiro-falso, elas não poderiam ensejar responsabilização, exceto quando se baseiam em uma premissa fática dolosamente falsa. Para um panorama, SHAPO, Marshall S. *Principles of tort law*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003, p. 387–394. No caso em tela, a Suprema Corte trabalhou com as opiniões inferidas da entrevista, como a de que o pastor era um hipócrita. No Brasil, a responsabilidade por opiniões é plenamente possível, como no conhecido caso Mayrink Veiga, analisado em BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 312–318. No embate, estavam os comentários jocosos do escritor Carlos Heitor Cony, na também revista erótica Playboy (Editora Abril), em desfavor da *socialite* Carmen: “Gosto muito de me considerar alienado. Só não sou alienado quanto à condição humana, aí não. Há pouco tempo fiz um artigo elogiando a Carmen Mayrink Veiga. É chato elogiar a Carmen Mayrink Veiga, mas elogiei. Estive na casa dela. É uma tristeza, um luxo de um mau gosto desgraçado. Uma perua. Mostrou os álbuns de fotografia, e todos os amigos estão na cadeia. ‘Esse deu desfalque na Suíça, coitadinho. Esse deu desfalque (rindo) na Inglaterra, está preso, todo dia eu rezo para ele sair da cadeia...’ O mundo de Carmen Mayrink Veiga é terrível! E todo mundo está chutando esse cachorro atropelado. Ela está doente, tem um problema chato na perna, sente dores, vive à base de cortisona, está enorme, monstruosa de feia. Mas, na hora da fotografia, bota aquele sorriso e ainda é uma perua. Arrivista social, alpinista social - tudo o que você quiser você joga em cima dela. Mas no momento em que a Carmen Mayrink Veiga está na desgraça, virou saco de pancada, eu me recuso a linchar. Nunca linchei um Judas. Agora ela conseguiu dar a volta por cima? Aí vou em cima dela, entendeu? Talvez eu tenha herdado isso do meu pai: adoro causas perdidas...”

⁶² SMOLLA, Rodney A., *Jerry Falwell v. Larry Flynt: the First Amendment on trial*. Urbana e Chicago: University of Illinois Press, 1990, p. 299–300., apud MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 112.

- c. A consciência do emissor quanto à falsidade, ou, ainda, o *reckless disregard*; e
- d. Que a declaração diga respeito a uma figura pública.

Nesses termos, surgiu um modelo de responsabilização civil por conhecimento de falsidade factual, quando envolvidas figuras públicas, de modo que essas exigências tornam raras as vitórias contra a imprensa.⁶³ Os demais casos, que não envolvessem as figuras públicas, continuavam regidos pelo filtro semelhante à culpa *lato sensu*, com base em *Gertz vs. Welch*.

É de extrema importância frisar que a doutrina brasileira, ao analisar essa teoria, costuma descrevê-la como se ela fizesse uma perquirição do aspecto psicológico do ofensor, remetendo seja ao dolo direto, seja ao dolo eventual, seja à culpa grave. Afinal, como se demonstrou acima, *actual malice*, de fato, é uma expressão da *common law* para se referir ao dolo *de facto*, aquele que não se presume. Entretanto, é preciso salientar que a interpretação que a doutrina brasileira faz do instituto parece conflitar com a interpretação que constitucionalistas americanos fizeram da mesma decisão.

Isso porque, como se sustenta no presente artigo, saber que uma informação é falsa e, mesmo assim, divulgá-la (*actual malice*), não equivaleria ao filtro do *dolo direto*, mas o da *ausência de boa-fé subjetiva*. Ao se analisar o direito estrangeiro, não basta uma visão da fonte primária (no caso, o texto do julgado da Suprema Corte dos EUA), mas é preciso perquirir a interpretação que o próprio jurista estrangeiro faz do texto primário.⁶⁴ O culturalismo, na metodologia comparada, *exige* que se desconfie do texto primário.⁶⁵ E a doutrina estadunidense critica a impropriedade terminológica do que a Suprema Corte dos Estados Unidos chamou de “*actual malice*” (e, por isso, neste artigo se defende que não se traduza por “malícia real”). Não se trata de desprezo ou de uma vontade torpe,

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁴ “Em segundo lugar, impõe-se determinar o Direito em vigor (law in action) de acordo com o sistema de fontes do sistema ou sistemas jurídicos considerados. Para tal, há que se aceder às respetivas fontes originárias (leis, decisões judiciais, textos sagrados, etc); mas sem prejuízo da concomitante utilização de outras fontes, por vezes ditas secundárias ou não normativas (entre as quais avultam as obras doutrinárias e os contratos-tipo)” (VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. v. 1, 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 43).

⁶⁵ “O que o culturalista faz é, assim, deslocar o olhar. Em vez de se ater apenas às palavras encontradas na página, como faria o positivista (para quem o que conta é apenas aquilo que diz literalmente um texto de lei ou uma decisão jurisprudencial), o culturalista insiste naquilo que as palavras dissimulam, naquilo que elas guardam em segredo, naquilo que elas aparentemente não dizem, mas que elas afirmam no fim das contas muito bem (,,) Repito: o comparatista será forçado a ler nas entrelinhas!” (LEGRAND, Pierre, *Como ler o direito estrangeiro*, São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 76–77).

mas apenas de provar que o jornalista *sabia* que a informação era falsa. E a própria doutrina daquele país afirma que as palavras usadas no precedente “*proved confusing*”.⁶⁶

Ou seja, traduzir “*actual malice*” por “*dolo direto*” criaria um requisito mais rigoroso do que aquele que a Suprema Corte dos Estados Unidos propôs. Isso porque basta provar que o agente sabia que a informação era falsa (ausência de boa-fé subjetiva), ou tinha sérias dúvidas de que poderia ser falsa e divulgou mesmo assim (ensejando a inútil discussão entre culpa consciente ou dolo eventual) sem necessidade de que se comprove um suposto “*animus mentiendi*”.

Mas seriam esses conceitos compatíveis com os atuais contornos da responsabilidade civil brasileira? Seria possível realizar esse transplante jurídico?⁶⁷

3. Incompatibilidades sistêmicas à importação da teoria da *actual malice* ao Brasil

Críticas ao modelo estadunidense e sua inaplicabilidade ao paradigma brasileiro costumam perpassar desde uma comparação funcional entre a *tort law* e a responsabilidade civil, até uma comparação estrutural entre as duas, ou ainda uma leitura contextual dos dois regimes, a qual permeia uma análise das garantias pressupostas dos envolvidos.

Em primeiro lugar, é possível sustentar que a responsabilidade civil brasileira não apresenta caráter punitivo: a despeito de posição contrária minoritária, o caráter do instituto é puramente reparatório. Seu foco, no mais, é a reparação da vítima a partir da

⁶⁶ “Actual malice. The Times-Sullivan Court drew on familiar words in holding that “actual malice” was required as a condition of liability, but the words proved confusing in the end because the court was not referring to spite or ill-will. The proof required to recover for criticism of official conduct was that the defendant knew the publication was false or, just short of this, that the defendant published “recklessly” It is now established that recklessness in this sense requires a “high degree of awareness of probable falsity,” or that the publisher “in fact entertained serious doubts as to the truth of his publication” *St. Amant v. Thompson*, 390 D.S. 727, 88 S.Ct. 1323, 20 L.Ed.2d 262 (1968). Clearly enough, negligence, as in a failure to investigate, is not sufficient” (DOBBS; HAYDEN. *Torts and compensation*, p. 909). No mesmo sentido, separando “common law malice”, ligada a “ill will or fraud”, de “actual malice”, SHAPO. *Principles of tort law*, p. 377–378. No mesmo sentido, SCHLUETER, Linda L.; REDDEN, Kenneth R., *Punitive damages*, 4th ed. New York: LEXIS Pub, 2000, p. 554.

⁶⁷ Expressão criada por Alan Watson para se referir à possibilidade de introdução, em um ordenamento jurídico, de instituições de outros ordenamentos. A expressão é controvertida, porque reflete uma visão de que o direito não precisa manter uma relação estreita com a sociedade em que opera (WATSON, Alan, *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2nd ed. Athens (Georgia): University of Georgia Press, 1993).

análise do dano injusto,⁶⁸ e não a punição do ofensor a partir da reprovabilidade moral de sua conduta.⁶⁹ Conceber diversamente seria, para além de um cisma com as últimas décadas, entender que a reparação da vítima seria mero efeito colateral, porque o objetivo precípua do direito civil passaria a ser sancionar o agente pelo bolso. A *tort law*, por outro lado, claramente reconhece o escopo punitivo, e permite com folga uma análise voltada à reprovabilidade da conduta do ofensor. Ela nasce imbuída da premissa de que punir o ofensor por meio do seu patrimônio é mais efetivo do que o punir por meio de seu corpo.⁷⁰

Ainda em uma perspectiva funcional, pode-se perquirir se a *actual malice* de fato é apta a tutelar a *honra* do indivíduo, como conhecemos no direito brasileiro, na *tort law* dos Estados Unidos. No direito penal brasileiro, por exemplo, a exceção da verdade (a ser alegada pelo réu, e não pelo autor) apresenta-se, quanto ao funcionário público, como uma possibilidade nos crimes de difamação e calúnia. Ao se incluir um filtro de falsidade, a qual também afeta o direito à informação dos leitores do jornal, parece que o direito americano apenas tutela o indivíduo quando há prejuízo também para a coletividade, o que confirma a ideia de que o ressarcimento da vítima, para eles, não é uma finalidade perseguida autonomamente, mas um mero desdobramento da punição do ofensor pela desinformação intencionada da coletividade, que afeta o interesse público.⁷¹ Como lembra Perlingieri, essa assimilação do interesse público como direito juridicamente superior advém de uma concepção autoritária de Estado, de modo que “o interesse

⁶⁸ José de Aguiar Dias ressalta, mesmo antes da égide da Constituição de 1988, que a culpa vem cedendo terrenos a outras idéias (.) [e] prevalece sobre todas as considerações o dano injusto” (AGUIAR DIAS, José de, Responsabilidade civil de direito especial e de direito comum. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 273., *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina, Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, in: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Ed), *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 392).

⁶⁹ Como explica a professora Maria Celina Bodin de Moraes, a objetivação da responsabilidade civil é uma tendência cada vez mais forte em nosso direito, assim como o abandono do foco da responsabilidade a partir do autor. “A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação (.) traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a lógica do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento, e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado. Desta forma, a responsabilidade civil desvincula-se da idéia de punição-sanção em favor da reparação da vítima injustamente lesada, optando o ordenamento por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar culpados” (BODIN DE MORAES, Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, p. 392).

⁷⁰ “Os princípios fundamentais da *tort law* podem ser rastreados até as rixas entre os clãs primitivos durante o período anglo-saxônico, apesar de não se encontrar, na época, uma distinção entre crime e responsabilidade civil. O homem primitivo descobriu que a indenização obrigatória dos membros assassinados do clã provou ser um mecanismo eficaz para travar a escalada dos homicídios nos feudos” (Tradução livre de SCHLUETER; REDDEN, *Punitive damages*, p. 496).

⁷¹ A mesma *ratio* do argumento pode ser encontrada na seguinte passagem de Gilmar Mendes e Paulo Branco: “Prepondera, fora dos Estados Unidos, o propósito de não sobrecarregar a pessoa pública com as consequências mais danosas de uma reportagem injusta. As pessoas difamadas terminariam por pagar, individualmente, e somente elas, um preço alto por um benefício que seria fruído por toda a sociedade” (MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, n.p).

público fundamental reside, não em razões superiores do Estado, mas no pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.⁷²

Em segundo lugar, estruturalmente, dano injusto, culpa ou dolo e nexos de causalidade (ensejadores da responsabilidade subjetiva, como é o caso daquela da imprensa) não se confundem no direito civil brasileiro. Não se pode, portanto, importar uma análise de que o dano se materializa e é indenizável apenas pela falsidade, pelo dolo, ou pela ausência de boa-fé subjetiva, porque, na estrutura do direito civil brasileiro, esses elementos não se confundem e nem se influenciam. O dano, tampouco, não tem qualquer relação com o grau de culpa ou dolo do agente,⁷³ e a eventual gradação da culpa não possui qualquer impacto no *an debeatur*.⁷⁴ Nessa esteira, a tese de que a honra seria apenas afetada pela culpa, mas somente violada pelo dolo,⁷⁵ consubstanciando dano indenizável, parece não dialogar com os paradigmas da responsabilidade civil no Brasil, onde a culpa e o dolo se fundiram no conceito de ato ilícito.

De modo a tentar permitir um diálogo com a *tort law* estadunidense, poder-se ia afirmar que uma transposição da *actual malice* ao direito brasileiro significaria admitir (a partir da premissa de que se trata de dolo, com a qual não se concorda no presente artigo) que os métodos de aferição do dano e do nexos causal se manteriam, mas que o filtro da culpa deveria ser reforçado para o filtro de algo como “dolo”, ou, mais especificadamente, o filtro do conhecimento da falsidade da informação, atrelado a um novo filtro da verdade/falsidade objetivamente aferíveis. E que não deve haver responsabilização pela pura manifestação de uma opinião.

⁷² “A assimilação do interesse público ao interesse juridicamente superior é o reflexo de uma concepção autoritária de Estado, insustentável do ponto de vista constitucional. A autoridade do Estado está na legitimidade de seus princípios: o Estado moderno é caracterizado não por uma relação de subordinação do cidadão à soberania do Estado, mas pelo compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse das pessoas singulares. A tarefa do Estado não é tanto impor aos cidadãos o seu interesse superior, quanto realizar a tutela dos direitos fundamentais; ao se desincumbir de tal tarefa, portanto, pode exigir o adimplemento de inderrogáveis deveres de solidariedade” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147).

⁷³ “O dano moral, como se sabe, não se materializa a partir do dolo do ofensor, sendo mais do que suficiente que a ação tenha sido culposa” (BODIN DE MORAES, Honra, liberdade de expressão e ponderação, p. 16)

⁷⁴ “Por outro lado, a gradação da culpa em culpa grave, leve e levíssima não tem relevância para a configuração do ato ilícito no sistema pátrio” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES. *Código civil interpretado*. Teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil, preferências e privilégios creditórios, p. 338). No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, par. 54. Em comentário ao parágrafo único do art. 944, CC, Marcelo Junqueira Calixto reforça que nem mesmo o *quantum debeatur* tem relação com o grau de culpa do agente, porque esta seria uma perquirição afeta ao “caráter punitivo, e não meramente reparatório da responsabilidade civil” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364–365).

⁷⁵ Rodrigo Gaspar de Mello propõe que se adote por meio de lei a doutrina da malícia real no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o autor, “apenas o dolo a respeito do conhecimento ou provável conhecimento da falsidade do fato afirmado autoriza o reconhecimento de que a honra foi violada”. Outras investidas contra a honra têm apenas o condão de afetá-la, mas sem a violar (MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 241).

Ora, se boa parte da responsabilidade civil brasileira experimenta um ocaso da culpa,⁷⁶ e tem caminhado para a uma presunção e posterior normatização, como justificar um caminho contrário?⁷⁷ É dizer, se a culpa, inicialmente psicológica, caminhou para contornos normativos – ou, ainda, para contornos de presunção que se transformaram no filtro do risco (na responsabilidade objetiva) –, e se cada vez mais se debruça sobre o nexos causal como filtro essencial da responsabilidade, de modo garantir a reparação da vítima, por que retomar um filtro subjetivo, reforçando-o com contornos nunca antes vistos baseados em falsidade? E mais: ainda que se chame esse filtro de “dolo”, como faz parte da doutrina brasileira, não se trataria de um dolo genérico, mas sim de um dolo específico, contrariando drasticamente a tradição do direito civil brasileiro.⁷⁸ O “especial fim de agir” é tema afeto ao direito penal, o que retoma a incompatibilidade sistêmica da teoria.

Além disso, o problema do dolo eventual vem se colocando até mesmo entre os penalistas. Isso porque, se dolo é a consciência do que se quer (elemento intelectual) e a decisão de querer realizá-lo (elemento volitivo),⁷⁹ ou seja, conhecimento e querer, é inegável que no dolo eventual (como na proposta de tradução do *reckless disregard* em comento) o elemento volitivo inexistente.⁸⁰ Nesse sentido, os penalistas, portanto, afirmam que “o fato de o agente dirigir defeituosamente ou excedendo o risco autorizado não implica consentir no resultado”, e que “[n]enhuma teoria foi capaz de ofertar critérios

⁷⁶ “A responsabilidade fundada exclusivamente na culpa entrou assim em crise e esta é concomitante, como bem foi assinalado, com a perda de centralidade do esquema proprietário tradicional. O modelo liberal, forjado nos albos da Revolução Francesa, que servira a fundamentar tanto a propriedade privada absoluta como a responsabilidade por culpa, estava sendo ultrapassado” (BODIN DE MORAES, Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva, p. 390–391).

⁷⁷ Schreiber bem ressalta que “as presunções [da culpa] vão se aplicando de forma cada vez mais tranqüila, e a avaliação negativa do comportamento subjetivo vai, gradativamente, passando de *fundamento* de responsabilização para um *elemento* ou *aspecto* do complexo juízo de responsabilidade. A perda desta força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável. Corrói-se o primeiro dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem – como, efetivamente, têm se voltado – para o segundo obstáculo à reparação, qual seja, a demonstração do nexos de causalidade” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50).

⁷⁸ Uma aparente hipótese legal de responsabilidade civil apenas por dolo, no direito brasileiro, está prevista nos arts. 143, CPC e 49, I da LOMAN (LC n^o 35/1979), que têm quase a mesma redação, e regula a relação de regresso entre Estado e juiz: “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;”. Veja-se que uma interpretação constitucionalmente adequada do dispositivo, à luz dos arts. 5^o, LXXV e 37, §6^o, torna evidente que a relação entre vítima e Estado é de natureza objetiva, sendo desnecessária qualquer incursão quanto a culpa ou dolo do juiz: “Art. 5^o, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”; e “Art. 37, §6^o, As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 73–74.

⁸⁰ “Assim, a atribuição desses efeitos, a título de dolo eventual, quer com base na teoria do consentimento ou da assunção do risco, ou mesmo no critério da probabilidade, corresponde a outro sistema de valor, diverso daquele fundado na intencionalidade. Esse é ponto exato de discussão em torno do dolo eventual” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 324).

seguros para determinar, em casos controvertidos, o que é dolo e o que é culpa”.⁸¹ Por que, então, importar para o direito civil brasileiro uma solução americana que, em seu âmago, traz um dos maiores problemas do direito penal?⁸²

Sob o ponto de vista do dano, a teoria também vai na contramão da experiência brasileira. Ora, se cada vez mais o direito civil brasileiro amplia a categoria dos danos indenizáveis, ou “novos danos”, por que regredir? Além disso, o fundamento da verdade para *justificar o dano* (expressão da antiga *Common Law*), encontra-se num adágio segundo o qual “não se concede indenização quanto a um caráter que a vítima não possui [a honra]”, distinguindo-se entre pessoas honradas e pessoas não honradas.⁸³ Tal fundamento parte de uma concepção aristocrática da honra, incompatível com os valores contemporâneos do ordenamento brasileiro e dos atuais contornos deste direito da personalidade.⁸⁴ Ainda que se transponha o requisito “*falsidade*” para o elemento “dano *injusto*”, deve-se ter em mente que o direito brasileiro não concebe a pessoa humana como *homo sacer*, por mais que que o noticiado seja verdadeiro.

Em terceiro lugar, uma transposição da teoria à realidade brasileira, se baseada exclusivamente no eixo constitucional da liberdade de expressão, poderia acarretar uma proteção da honra menor até mesmo do que a existente nos Estados Unidos. Explica-se: a teoria da *actual malice* nasce em sistema constitucional que não admite direito de resposta.⁸⁵ Segundo narra a doutrina, um dos fundamentos da teoria é o pressuposto de que pessoas notórias têm acesso mais facilitado aos meios de comunicação para retificar inexatidões (e assim obter a reparação da honra *in natura*), ao contrário de pessoas não notórias. Ora, se no Brasil o direito de resposta é assegurado a todos, por essa lógica, poder-se-ia sustentar que a *actual malice*, aqui, poderia ser aplicada também às pessoas não notórias – que podem recorrer ao judiciário para fazer o jornal responder

⁸¹ *Ibid.*, p. 319.

⁸² Curioso observar que, no direito penal brasileiro, os crimes contra a honra não preveem a figura culposa (como regra geral do art. 18, p.u., do CP), mas também não preveem a figura do dolo eventual. Como ressalta Juarez Tavares, “Se a estrutura do dolo eventual conduz a uma equiparação com a culpa e não mais com o dolo direto, será preciso que doutrina jurídica e também a jurisprudência acompanhem essa evolução e passem a proceder a uma rigorosa análise de cada tipo penal puramente doloso para verificar se o fato, na verdade, é penalmente irrelevante ou não, em face da configuração de elementos de uma atividade culposa. A doutrina jurídica e a própria jurisprudência, por exemplo, já trabalham dessa forma nos crimes contra a honra. Ao analisarem esses crimes e reconstruírem sobre sua tipicidade a velha teoria do ânimo, excluem a figura do dolo eventual. Claro, quando se exige que o agente atue com o animus injuriandi, que no fundo implica a intenção de injuriar, não se pode admitir que possa realizar o fato com dolo eventual, ou seja, assumindo o risco da produção da ofensa” (*Ibid.*, p. 326).

⁸³ MURPHY, John; STREET, Harry. *Street on torts*. 14. ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2015, p. 552.

⁸⁴ Para uma visão detalhada sobre o tema, REIS JÚNIOR, Antonio dos, Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013.

⁸⁵ *Cf.* nota de rodapé 52.

publicamente –, enquanto nos EUA essas mesmas pessoas apenas precisam comprovar a culpa (*negligence*).

Em quarto lugar, é possível argumentar que estudar, no Brasil, um juízo constitucional exclusivamente interno quanto aos limites da liberdade de expressão, como faz a experiência estadunidense, é de todo inconcebível. Diferentemente de no Brasil, naquele país a liberdade não encontraria limite constitucional externo explícito. Nos Estados Unidos, não há na Constituição artigo que garanta os direitos da personalidade. É dizer, lá, protege-se eventualmente o direito à honra *a despeito de* ele não ser um limite constitucional expresso à liberdade de expressão.

No Brasil, pode-se defender que qualquer abordagem à liberdade de expressão, sobretudo à liberdade jornalística, deve, por decorrência constitucional expressa, observar o limite imposto pela parte final do art. 220, §1º,⁸⁶⁻⁸⁷ o que impõe, *tout court*, que é pressuposto de validade da argumentação do intérprete ou do legislador um profundo estudo desse limite à luz da Constituição da República, e não apenas uma menção meramente descritiva ou retórica. A adoção da *actual malice* no direito brasileiro atrairia, portanto, um ônus argumentativo de abordar o tema das restrições de direitos fundamentais.

Em quinto lugar, eventual argumento de que os jornalistas ou o jornal iriam à bancarrota⁸⁸ não parece dialogar com sistema jurídico brasileiro. Como se sabe, o princípio da reparação integral, mesmo na responsabilidade civil, não é absoluto, porque encontra limite externo também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial.⁸⁹ Não se desconhece o dramático caso do jornalista que anunciou que teria de vender a prensa para pagar condenação contra magistrado,⁹⁰ mas se pontua que a legislação ordinária prevê regras para que um cumprimento de sentença

⁸⁶ Art. 220, § 1º, CRFB: Nenhuma lei conterà 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.

⁸⁷ Veja-se, a título comparativo, que o art. 220, §1º, CRFB, é quase que uma cópia da tradução literal da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América quanto à liberdade de expressão. A diferença se dá justamente no fato de que a CRFB/88 adiciona a essa tradução a observância aos direitos da personalidade como limite externo implícito à liberdade jornalística. Veja-se: “*O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos*”.

⁸⁸ O argumento é frequentemente citado pelos defensores da posição preferencial da liberdade de expressão, juntamente com o argumento do *chilling effect*.

⁸⁹ CALIXTO, *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*, p. 364–365.

⁹⁰ MILÍCIO, Gláucia. Morte Econômica: Jornal é condenado a indenizar juiz em R\$ 593 mil. *Consultor Jurídico*, 26/06/2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 29jan2023. No presente artigo não se chancela e nem se advoga pela decisão adotada naquele caso concreto.

não acabe com os meios de subsistência do ofensor, como o art. 833, CPC.⁹¹ Eventual falha na aplicação da lei não significa sacramentar que a lei seja injusta.

Por último, começa-se a surgir, mesmo dentro da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma discussão quanto à reversão do precedente fundante da *actual malice* (New York Times *vs.* Sullivan), sobretudo após o advento da Internet. O atual cenário fático de desinformação e de facilidade de divulgação de informações inexatas, atrelado à excepcionalíssima responsabilização de quem escreve, e a um recompartilhamento por vezes negligente, mas não doloso, causa danos irreparáveis aos cidadãos e à democracia e contribui para que *Justices* da Suprema Corte comecem a cogitar da reversão do precedente.⁹²⁻⁹³

De todo modo, no Brasil, parece ser amplamente admitido no direito civil que a doutrina da *actual malice* não é compatível com o nosso sistema jurídico. O Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado majoritariamente no sentido de que o instituto não foi adotado pela ordem jurídica brasileira,⁹⁴ compreendendo-a como um “desconhecimento culposo” ou um “agir grosseiro” do jornalista – em definição muito aquém da proposta

⁹¹ Notadamente, Art. 833. São impenhoráveis: (...) V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

⁹² Atualmente, dois ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos propõem a revisão da *Sullivan doctrine*, sobretudo porque consideram que o comportamento da mídia se alterou desde a criação do primeiro precedente, e que o ônus de comprovar o dolo na falsa informação não é compatível com a resposta necessária à desinformação. Justice Thomas, por exemplo, citou uma crescente onda de desinformação que podem ensejar atos violentos, como o Pizzagate (troca de tiros em uma pizzaria que supostamente albergaria abusos sexuais satânicos em crianças envolvendo políticos como Hillary Clinton). Justice Gorsuch, por sua vez, esposou entendimento segundo o qual o precedente New York Times *vs.* Sullivan foi firmado em uma época em que havia menos canais de notícia e profissionais capacitados. Segundo Gorsuch, “What started in 1964 with a decision to tolerate the occasional falsehood to ensure robust reporting by a comparative handful of print and broadcast outlets [...] has evolved into an ironclad subsidy for the publication of falsehoods by means and on a scale previously unimaginable” As proposições de superação da *Sullivan doctrine* foram votos vencidos no precedente *Berisha vs. Lawson* (LIPTAK, Adam. Two justices say supreme court should reconsider landmark libel decision: Justice Neil M. Gorsuch added his voice to that of Justice Clarence Thomas in questioning the longstanding standard for public officials set in New York Times v. Sullivan. The New York Times, 2jul2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/>. Acesso em 29jan2023).

⁹³ Na Suprema Corte dos Estados Unidos, pontua Justice Gorsuch em *Shkelzen Berisha vs. Guy Lawson et al.*, 594 US (2021) que a maioria direitos vêm com deveres atrelados, e que, desde a fundação dos Estados Unidos, “liberdade de imprensa” significa que a administração pública não pode impor restrição prévia aos indivíduos, mas isso não significava que os indivíduos poderiam difamar os outros, e arruinar carreiras e vidas sem consequências. “Ao revés, os que exercem a liberdade de imprensa tinham o dever de apurar os fatos – ou, como qualquer um, responder civilmente pelo prejuízo causado” (Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/>. Acesso em 29jan2023). O juiz constitucional relembra que a Bill of Rights protege a imprensa não como um favor a uma atividade econômica em particular, mas porque a democracia não pode funcionar sem uma livre troca de ideias.

⁹⁴ Esta Corte, porém, tem afirmado que “[o] reconhecimento do ato ilícito e sua consequente condenação não exigem a prova inequívoca da má-fé da publicação que extrapola os limites da informação, à semelhança do que ocorreu na jurisprudência norte-americana, difundida pela doutrina da *actual malice*, que não se coaduna com o ordenamento brasileiro” (STJ, Quarta Turma, REsp 1897338/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 24/11/2020, DJe 05/02/2021).

de adoção do dolo direto ou dolo eventual.⁹⁵ Além disso, o tribunal ainda admite a responsabilização civil por danos à personalidade eventualmente decorrente de simples opiniões e não necessariamente da imputação de fatos falsos.⁹⁶

Minoritariamente, é possível extrair uma maior aproximação da *ratio* da *actual malice* a partir de alguns julgados da Ministra Nancy Andrighi, em passagens como “não basta a divulgação de informação falsa, exige-se prova de que o agente divulgador conhecia ou poderia conhecer a inveracidade da informação propalada”,⁹⁷ e que “a honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público”.⁹⁸

Grosso modo, os argumentos de rejeição da *actual malice* expostos *supra*, contudo, poderiam, em tese, ser afastados pelo legislador, porque a ele cabe dispor sobre direito civil e elaborar restrições a direitos fundamentais (ressalvada a proporcionalidade),⁹⁹ e a ele também caberia pautar os rumos do direito brasileiro.

Se a adequação do padrão brasileiro à *actual malice* pode ser feito por força de lei, ela também poderia ser feita por via supralegal, como por um tratado de direitos humanos não enquadrado no regime do art. 5º, §3º, da Constituição da República,¹⁰⁰ a partir do momento em que a norma hierarquicamente superior invalidaria a norma hierarquicamente inferior.

Delineia-se, pois, o seguinte cenário: considerando que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), e considerando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o art. 13 do Pacto, entendeu que a *actual malice* está implicitamente adotada, pode-se dizer que a cláusula geral de responsabilidade subjetiva do Código Civil, quando aplicada a críticas a figuras públicas, é inválida? Ainda, um problema paradigmático: o escopo da *actual*

⁹⁵ Notadamente STJ, REsp n. 680.794/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/6/2010, DJe de 29/6/2010. Neste caso, apesar de se declarar que a teoria não é compatível com o direito brasileiro, o STJ reformou condenação imposta a um jornal que noticiou como um “bêbado” um funcionário da prefeitura que causou acidente automobilístico, porque entendeu não haver erro grosseiro na matéria.

⁹⁶ Cf. STJ, AgInt no AREsp n. 1.120.731/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 28/6/2018. Trata-se de ação indenizatória

⁹⁷ STJ, REsp 1297567/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.4.2013, DJe 02.5.2013

⁹⁸ STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.5.2009, DJe 19.8.2009.

⁹⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *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. 154.

¹⁰⁰ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

malice previsto pela Corte IDH é o mesmo daquele previsto pela Suprema Corte Americana? Ou se assemelharia mais à interpretação que a doutrina brasileira lhe confere?

4. Ventos interamericanos: uma imposição transversa por via hermenêutica? Apresentação do Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica

O caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica, cuja Comunicação de Sentença se deu em 06/09/2022,¹⁰¹ representa um marco na jurisprudência da Corte IDH, porque aborda o controle de convencionalidade da legislação civil relativa à atuação da imprensa. Na oportunidade, a Corte se debruçou sobre a convencionalidade, à luz do art. 13 do Pacto, das cláusulas gerais de responsabilidade civil Costa Rica, quase idênticas às brasileiras.

Desde há pelo menos vinte anos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já recomenda a adoção da *actual malice* pelos Estados-Membros, como critério complementar à intenção.¹⁰²⁻¹⁰³ Na realidade, a Comissão vai até mesmo além, ao recomendar o estabelecimento uma posição preferencial do direito de resposta sobre as condenações pecuniárias, e que a condenação judicial – a ser imposta apenas se o direito de resposta não for suficiente para reparar o dano, e se a ofensa gerou um dano “certo e grave aos direitos de outras pessoas ou bens jurídicos especialmente tutelados pela Convenção Americana” – deve **(a)** atender à regra da *actual malice*; **(b)** prever que o ônus de provar o falso e o conhecimento da falsidade incumbe à vítima; **(c)** prever que apenas os fatos geram responsabilização, e não as opiniões.¹⁰⁴

¹⁰¹ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 23jan2023.

¹⁰² A expressão pode ser rastreada até o ano 2000, quando a Comissão IDH editou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão: “10. 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”. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/>. Acesso em 7fev.2023. O documento tem natureza jurídica de *soft law*.

¹⁰³ “In relation to this point, as in previous years, the Office of the Special Rapporteur recommends to the Member States: (...) I. Promote the incorporation of Inter-American standards into civil law so that civil proceedings brought against persons who have made statements about public officials or matters of public interest apply the standard of actual or actual malice [*sic*], in accordance with Principle 10 of the Declaration of Principles, and are proportionate and reasonable” (Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression. Annual Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression: Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 2021, vol.2: Approved by the Inter-American Commission on Human Rights on May 26, 2022 / Pedro Vaca Villarreal, Relator Especial para la Libertad de Expresión, p. 281. Disponível em: <https://www.oas.org/>. Acesso em 23jan2023).

¹⁰⁴ O documento oficial arremata que “Como consequência, ninguém pode ser condenado por uma opinião sobre uma pessoa quando isso não implicar em uma falsa imputação de fatos verificáveis” (*Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Washington, DC: Inter-American Commission on Human Rights, 2010, p. 36-38*).

No caso Moya Chacón, o Estado da Costa Rica foi considerado responsável internacionalmente pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão dos jornalistas Ronald Moya Chacón e Freddy Parrales Chaves, em razão da condenação civil destes pela publicação de um artigo jornalístico em 17/12/2005.¹⁰⁵

O referido artigo narrava supostas irregularidades no controle aduaneiro de licores com o Panamá, que envolviam contrabando e abusos policiais. Segundo relatava, havia seis meses, um chefe regional da Força Pública teria liberado, sem justo motivo, na fronteira com aquele país, um veículo que continha mercadoria de licores. Em seguida, o comunicado trazia a informação de que aquele não era um caso isolado, e que duas outras investigações aconteciam. O artigo apontou que os chefes da Força Pública (dentre os quais o Sr. José Cruz Trejos Rodríguez) seriam possivelmente afastados de suas funções. Os jornalistas basearam-se na versão pública e oficial dada pelo próprio Ministro da Segurança do Estado da Costa Rica, que os havia informado sobre a existência de uma investigação contra os referidos agentes policiais. Na matéria, lia-se:

Ramos também confirmou que o chefe de polícia da cidade de San Vito de Coto Bruz, de sobrenome Cruz, e o da Ciudad Neily, de sobrenome Méndez, são objeto de uma investigação e que possivelmente serão afastados (...) Cruz, que trabalha na Força Pública há mais de 16 anos, também está envolvido em uma causa na *Fiscalía de Corredores* [divisão do Ministério Público da Costa Rica] por uma suposta extorsão envolvendo transporte de licores.¹⁰⁶

O Sr. José Rodríguez ajuizou, meses depois, queixa-crime contra os jornalistas, em razão da calúnia e da difamação sofridas. Ajuizou também ação ordinária, pleiteando danos moral e material, contra ambos os jornalistas, o Ministro da Segurança Pública, o jornal e o Estado da Costa Rica, afinal, para além do dano à sua reputação, o Sr. José Rodríguez teria, em decorrência da informação errada, recebido postos de menor importância. Dias depois do ajuizamento das ações (que apresentaram a versão de Rodríguez e foram instruídas com provas documentais), o periódico publicou pequena errata que apenas alterava a localidade da *Fiscalía*, de Corredores para Coto Bruz.

Dois anos depois, houve absolvição quanto a todas as acusações penais em razão da ausência de dolo e da presença de um *animus* de informar, mas houve condenação

¹⁰⁵ Os principais documentos do caso encontram-se disponíveis em: <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 23jan2023.

¹⁰⁶ Tradução livre do espanhol. Original disponível em <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 23jan2023.

solidária ao pagamento de cinco milhões de colones por dano moral,¹⁰⁷ e de um milhão de colones por dano material.¹⁰⁸ O tribunal costarriquenho entendeu que os jornalistas não haviam apurado a matéria com a devida diligência. Isso porque havia imprecisões objetivas na matéria. O tribunal confirmou que, quatro meses antes de a matéria ser publicada, o Ministério Público da Costa Rica havia até começado uma investigação quanto ao crime de extorsão praticado pelo Sr. José Rodríguez, mas que fora requalificada como *coecho* (análogo ao crime de corrupção passiva), de modo que, quando a notícia fora publicada, não havia qualquer investigação sobre *extorsão*. E o periódico jamais publicou errata especificamente quanto ao ponto.

Ademais, o tribunal considerou que os réus agiram com culpa grave [*grave descuido y falta de deber de cuidado*], porque, em vez de terem ouvido o Ministro da Segurança Pública para se informar quanto às investigações, deveriam ter ouvido a assessoria de imprensa do Poder Judiciário, ou, então, procurado o inteiro teor dos autos dos processos. A exceção da verdade oposta pelos réus não logrou êxito, porque se entendeu que “o núcleo central da matéria era falso”. Em 20/12/2007, a Suprema Corte de Justiça da Costa Rica manteve a decisão, por entender que ela foi suficientemente motivada.

Em uma análise preliminar do caso, a Comissão IDH determinou que os arts. 1.045¹⁰⁹ e 1.048¹¹⁰ do Código Civil da Costa Rica, que regulam a responsabilidade extracontratual, não são incompatíveis *per se* com o Pacto de São José da Costa Rica, mas que sua aplicação pelo judiciário costarriquense deve se fazer pelo critério da *actual malice*, “*de modo a que as indenizações civis não impliquem uma inibição ou autocensura dos que exercem seu direito à liberdade de expressão*”.¹¹¹ No caso, a Comissão concluiu que os jornalistas atuaram de boa-fé e realizaram diligências razoáveis para a obtenção das informações, e que não acreditavam que suas informações estavam desprovidas de fundamento e veracidade.

¹⁰⁷ Aproximadamente R\$ 81.993,59, a partir da atualização pela inflação da Costa Rica de 2007 a 2023 e da posterior conversão para o real.

¹⁰⁸ Aproximadamente R\$ 16.398,72, nos mesmos termos da nota anterior.

¹⁰⁹ O artigo é semelhante à cláusula geral de responsabilidade subjetiva do Código Civil Brasileiro, veja-se: Artículo 1045. Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

¹¹⁰ O artigo dispõe sobre a culpa *in vigilando*: “Artículo 148 (.) El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar (.)”.

¹¹¹ Ofício de submissão do caso à Corte IDH, redigido pela Comissão IDH. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 7fev.2023.

A contestação¹¹² do Estado da Costa Rica abordou diretamente o tema da *actual malice*, e sua argumentação se assemelhou muito ao estado das coisas da jurisprudência e na doutrina brasileiras. Para o Estado, o fundamento da responsabilidade civil naquele caso concreto não era necessariamente a falsidade objetiva da declaração, mas sim a inobservância do dever de cuidado pelos os jornalistas. O Estado ressaltou que a jurisprudência da Costa Rica estabelece que o critério de “falsidade” não reside na falta de congruência entre o afirmado e a verdade objetiva, de modo que seria mais apropriado falar em falta de veracidade: não procurar e nem diligenciar o que se poderia ter procurado e diligenciado antes da publicação.¹¹³ Em seguida, alegaram que o fundamento da indenização foi o dano injusto, e que os jornalistas não apresentaram nenhuma causa de justificação.

Por fim, a Costa Rica argumentou que o parâmetro da *actual malice*, nascido da *Common Law*, não era o único parâmetro possível, e que o Pacto não o teria adotado expressamente.¹¹⁴ E sugeriu que seria incoerente que a Corte IDH o adotasse para países de *Civil Law*, porque ele teria advindo de um país de *Common Law* que sequer reconhece a autoridade da Corte (os EUA):

A respeito, deve se esclarecer que a doutrina da *actual malice*, elaborada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, não tem por que ser o único *standard* de legitimidade de uma regulação ou resolução, nem tampouco por que ser vinculante pelos países integrantes do

¹¹² Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 7mar2023.

¹¹³ Cf. quanto ao tema TEPEDINO, O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. Ademais, é possível reconhecer, no direito brasileiro, que a verdade também pode ser utilizada para prejuízo da liberdade de informação. Sobre o tema, permita-se remeter a TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de, Fake news e o mercado de desinformação, in: BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas (Org). *Supremo 4.0: Constituição e tecnologia em pauta*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. A título de exemplo, cita-se acórdão da Justiça Eleitoral: ““(.) no caso, a veiculação da notícia extrapolou o exercício regular da liberdade de imprensa. Mais do que uma matéria sensacionalista, de erros honestos de jornalistas ou de adoção de posição desfavorável por parte do jornal, os elementos fáticos extraídos do acórdão apontam que se trata de reportagem que, embora com conteúdo verídico, foi distorcida com o potencial de prejudicar a imagem do candidato. Trata-se, assim, de situação de desinformação (*fake news*), em razão da transmissão de conteúdo verdadeiro de forma enganosa, e que poderia, em tese, induzir o eleitorado a erro” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 97229, NUP 0000972-29.2016.6.13.0263, Acórdão, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 26/08/2019. Voto. p. 21). Sobre o conceito de verdade subjetiva, BARROSO, Luís Roberto, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. III, p. 110.

¹¹⁴ A discussão decerto é mais dramática em casos como o presente, porque o art. 13 do Pacto não prevê explicitamente a adoção da teoria da *actual malice*. Para além disso, pode-se argumentar que um país latino-americano, ao assinar a convenção, em decorrência da sua tradição jurídica, sequer poderia supor que algum dia se interpretaria o dispositivo exclusivamente à luz da doutrina estadunidense (que sequer ratificou o tratado). Como ressalta a doutrina, “a operação de interpretação é particularmente delicada em direito internacional, porque os Estados, soberanos, entendem que não estão obrigados para além do que verdadeiramente aceitaram” (DAILLIER, Patrick et al. *Droit international public: formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires*. 8e éd. Paris: LGDJ-Lextenso éd, 2009, p. 283).

Sistema Interamericano de Direitos Humanos [SIDH], uma vez que se baseia num sistema jurídico distinto à maioria dos membros do SIDH, a cuja corte [a Corte IDH] os Estados Unidos não conferem jurisdição. Podem existir outros critérios regulatórios, desde que estes não contrariem os princípios fundamentais do Estado de Direito liberal (...)

Nos países de tradição romana ou cultura jurídica latina, os institutos que regulam a matéria assentam-se nas noções de dolo penal, para crimes, e de intencionalidade ou culpa, para infrações civis”.¹¹⁵

A sentença da Corte IDH, então, julgou a Costa Rica responsável internacionalmente. Para tanto, seguiu o entendimento dos casos *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica (2004)*¹¹⁶ e *Kimel vs. Argentina (2008)*,¹¹⁷ e entendeu que o Pacto dispõe que a liberdade de expressão não será previamente limitada, e que as responsabilidades posteriores ao exercício da liberdade deverão, cumulativamente, cumprir os requisitos da **(i)** previsão legal expressa; **(ii)** promoção de um dos objetivos do Pacto, como os direitos ou a reputação das pessoas, a segurança nacional, a ordem e a moral públicas; **(iii)** necessidade em uma sociedade democrática (ser proporcional, necessária e idônea).¹¹⁸ A corte considerou que a solução entre os direitos à honra e à liberdade de expressão se sujeitava a uma ponderação do caso concreto, e forneceu como parâmetros o interesse público, o agente público, e um “espaço para o erro” em jornais.¹¹⁹ Destacou-se, ademais, que a reparação da honra não tem como função castigar o ofensor, mas indenizar a vítima.

A Corte IDH registrou que as disposições do Código Civil da Costa Rica não eram incompatíveis *per se* com o Pacto, mas precisavam, no caso concreto, ser interpretadas à luz dele. A Corte baseou-se nos fatos de que a justiça da Costa Rica havia absolvido os jornalistas por ausência de dolo direto, e de que os jornalistas foram diligentes (isto é,

¹¹⁵ Contestação do Estado da Costa Rica. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>, pp. 21 e 42.

¹¹⁶ Neste caso, os jornalistas e o jornal também pediram expressamente à Corte IDH que se adotasse a *actual malice* como padrão interamericano. Apesar da semelhança com o caso *Moya Chacón*, a análise da Corte IDH no caso *Herrera-Ulloa* foi sobretudo criminal, e não civil.

¹¹⁷ Neste caso, as sanções aplicadas pela Argentina à imprensa também eram de natureza penal. No caso *Kimel*, apesar de a sentença em inglês mencionar “*actual malice*” dentre os parâmetros a serem observados, da versão na língua original dos juízes, o espanhol, usou a expressão “*dolo*”, referindo-se à intenção do agente. O erro conceitual, que também ocorreu na tradução de *Tristán Donoso vs. Panamá (2009)*, é apontado por CARTER, Edward, *Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights. Communication Law and Policy*. v. 18, n. 4, p. 395–423, 2013, p. 416. O autor ressalta que “não há indicação do motivo pelo qual a versão de língua inglesa teria empregado *actual malice* para indicar o necessário grau de culpa”.

¹¹⁸ Sentença disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>, p. 21. Acesso em 7fev2023.

¹¹⁹ *Idem*, p. 22.

que não havia culpa).¹²⁰ O pedido da Comissão IDH de condenar a Costa Rica a adequar sua legislação ao padrão da *actual malice*, por fim, não foi acatado pela Corte IDH, por se considerar que seria suficiente uma leitura da redação do Código Civil à luz do Pacto.

A sentença internacional do caso Moya Chacón revela uma aproximação entre as interpretações do Pacto pela Comissão IDH (e não pela Corte IDH) e da Constituição dos EUA pela Suprema Corte. A frequente conjugação dos artigos 13 e 29 do Pacto, pela Comissão IDH, se assemelha muito à conjugação que os Estados Unidos fazem da Primeira e da 14^a Emendas. Na sentença da Corte IDH, contudo, sedimentou-se que o filtro seria o da diligência, que é notadamente mais permeável que o da *actual malice*, e traduz-se bem em hipótese que os ordenamentos da *Civil Law* entendem por ausência de culpa normativa. Entretanto, dentre os votos dos juízes, todos convergentes, o uruguaio Ricardo Manrique aludiu aos critérios de “dolo ou negligência extremada”,¹²¹ e o colombiano Humberto Porto aludiu ao “dolo”.¹²²

De modo geral, a discussão quanto à adoção de um padrão comum pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos divide a doutrina. Até hoje, é possível encontrar quem defenda que a Corte IDH poderia adotar um padrão de **(a)** *actual malice*; **(b)** negligência extremada, quando se demonstrasse a ausência de boa-fé; ou **(c)** de especial fim de causar dano. Note-se que essa divisão entre *actual malice* e “especial fim de causar dano”, feita por um pesquisador americano ao traçar essas tendências,¹²³ apenas ressalta a imprecisão da Suprema Corte americana ao usar, de forma ambígua, uma expressão sinônima de *malice in fact* para construir um padrão que não se preocupa com a intenção do ofensor.

Conclui-se, portanto, que, no caso Moya Chacón, a Corte IDH, a despeito dos esforços e dos pedidos da Comissão IDH, não determinou que o Estado da Costa Rica alterasse sua legislação civil para adotar o padrão da *actual malice*. O que houve foi, no caso concreto, uma reavaliação das provas produzidas na justiça costarricense, pela Corte IDH, para se declarar que o requisito da culpa não estava devidamente preenchido e, portanto, os jornalistas não poderiam ter sido responsabilizados.

¹²⁰ *Idem*, p. 26,

¹²¹ *Idem*, p. 45.

¹²² “La posición según la cual las sanciones penales o civiles no resultan per se contrarias a la Convención, y para identificar si se constituyen como limitaciones admisibles se debe adelantar un test de proporcionalidad en el marco del cual se pueda evaluar entre otros elementos, el dolo de quien emitió las opiniones, las características del daño que se produjo, y la naturaleza la expresión, permiten dar una mayor protección a los discursos de interés público, sin establecer una regla absoluta que desconozca las complejidades del mundo jurídico y los derechos de juego” (*Idem*, p. 48).

¹²³ CARTER, *Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights*.

De outro modo, caso eventualmente, no futuro, a Corte IDH adote o padrão da *actual malice* e o Brasil venha a rejeitar a aplicação deste padrão por qualquer motivo de direito interno (mesmo a inconstitucionalidade), ele estará sujeito, ao que tudo indica, a penalidades internacionais.

5. Notas complementares sobre a adoção do padrão *actual malice* à luz do direito constitucional brasileiro

Como se ressaltou no capítulo 3, *supra*, os argumentos tecidos até então pela doutrina para a inadequação da *actual malice* ao direito brasileiro pautam-se geralmente em razões fundadas na lei e na tradição jurídica brasileiras. A princípio, se se entender estar diante de uma mera opção legislativa, uma revisão dos pressupostos de responsabilidade civil poderia ser proposta pelo legislador, ou, então, imposta transversalmente pela Corte IDH, por meio de uma inovação na interpretação do Pacto. Assim entende, por exemplo, Rodrigo Mello. O autor propõe um “Anteprojeto de Lei de Proteção do Direito à Liberdade de Expressão e de Imprensa” em seu livro.¹²⁴

Do ponto de vista do direito internacional, não se poderia usar, por exemplo, o argumento de que o Brasil oferece maior grau de proteção ao direito à honra,¹²⁵ a pretexto de reduzir um escopo que a própria Corte IDH deu ao tratado.¹²⁶ Tampouco se poderia suscitar que o Brasil não fora parte no processo (caso se imponha a regra a outro país), porque ele reconhece a jurisdição obrigatória da Corte IDH¹²⁷ e sua palavra final na interpretação do tratado, no art. 63.2 do Pacto.^{128,129} A própria Corte IDH já esclareceu, em *obiter dictum* do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que os juízes dos

¹²⁴ MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 257–270.

¹²⁵ Trata-se do princípio internacional da primazia da norma mais favorável à vítima, ou interpretação *pro homine* (assemelha-se ao princípio da dignidade da pessoa humana). No caso do confronto honra e liberdade de imprensa, sendo ambos previstos pelo Pacto, o princípio da norma mais favorável à vítima é de difícil aplicação, porque pode se considerar vítima tanto o jornalista (que tem sua liberdade vitimada) quanto o retratado (que tem sua honra vitimada). Quanto ao ponto, André Ramos Tavares registra que, em casos de colisão de direitos, a interpretação *pro homine* “sofre um desgaste profundo” no séc. XXI (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. n.p).

¹²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 435.

¹²⁷ RAMOS, André de Carvalho, Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241–286, 2009, p. 245.

¹²⁸ Artigo 62 (.) 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

¹²⁹ Por uma visão contrária à eficácia vinculante *extra partes* da jurisprudência da CIDH via controle de convencionalidade, e até mesmo à eficácia *inter partes* da jurisprudência CIDH, João Pedro Natividade e Débora Silva, NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões da, A ilegitimidade na imposição e no exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Revista de Processo Comparado*, v. 5, p. 221–243, 2017.

Estados-Partes são obrigados a exercer um controle das leis nacionais não apenas a partir de sua interpretação autêntica¹³⁰ do Pacto, mas também da interpretação que a CIDH a ele conferiu.¹³¹ A própria Convenção assim parece determinar em seu artigo 62.1,¹³² que se torna mais eloquente quando combinado com o art. 27 da Convenção de Viena.¹³³ Administrativamente, no Brasil, Conselho Nacional de Justiça recomenda que o Judiciário siga a interpretação que a Corte IDH conferiu ao Pacto.¹³⁴ Ou, seja, é possível argumentar que a interpretação conferida pela Corte IDH a dado dispositivo do Pacto vincula o juiz nacional e invalida toda legislação que for contrária ao decidido pela Corte.¹³⁵⁻¹³⁶

Contudo, é no direito constitucional que a discussão fica interessante, porque eventual inconstitucionalidade poderia ser um poderoso argumento contrário à realização do transplante jurídico. Poderia o legislador restringir direitos fundamentais (como a honra da figura pública, esta que continua a ser um cidadão brasileiro titular de direitos como qualquer outro e também produz fatos que não possuem interesse público) por meio do filtro da *actual malice*, em lugar dos já existentes filtros da reparação civil? Qual seria o núcleo duro do direito fundamental à inviolabilidade da honra? Quais seriam os limites constitucionalmente explícitos à liberdade de expressão e de imprensa? Como salienta Jane Reis Gonçalves Pereira, “restrições – para serem entendidas como tais – hão de mostrar-se constitucionalmente legítimas”.¹³⁷ E mais: em um cenário de ADPF 130, cujo

¹³⁰ Diz-se interpretação autêntica porque é aquela que advém diretamente de um órgão de Estado-Parte. Em direito internacional privado, é comum, sem deméritos inerentes, que haja uma distinção teórica entre interpretação autêntica, isto é, aquela realizada pelos signatários de um tratado, e interpretação inautêntica: aquela feita por um terceiro, juiz internacional (ou árbitro), cuja jurisdição se atribui por meio de cláusula de tratado, como no caso da CIDH (DAILLIER *et al*, *Droit international public*, p. 280).

¹³¹ CIDH, 26/09/2006, Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, §124, p. 53. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em 25jan2023.

¹³² “ARTIGO 62.1. Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”.

¹³³ “Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”

¹³⁴ Conselho Nacional de Justiça, Recomendação Nº 123 de 07/01/2022, DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6. É interessante notar que, nos considerandos da resolução, sugestionou-se que o Pacto de San José da Costa Rica teria status constitucional, o que afronta a decisão do STF quanto ao julgamento da constitucionalidade do depositário infiel.

¹³⁵ A discussão decerto é mais dramática em casos como o presente, porque o art. 13 do Pacto não prevê explicitamente a adoção da teoria da *actual malice*. Para além disso, pode-se argumentar que o Brasil, ao assinar a convenção, e em decorrência da sua tradição jurídica e da dos demais países latino-americanos, sequer poderia supor que algum dia a CIDH interpretaria o dispositivo à luz da doutrina estadunidense (que sequer reconhece a jurisdição contenciosa da Corte). Como ressalta a doutrina, “a operação de interpretação é particularmente delicada em direito internacional, porque os Estados, soberanos, entendem que não estão obrigados para além do que verdadeiramente aceitaram” (DAILLIER *et al*, *Droit international public*, p. 283).

¹³⁶ *Cf.*, em sentido diverso, estudo que distingue a obrigação do juiz nacional para com a jurisprudência da CIDH entre “levar em consideração” ou “orientar-se” em oposição a “obrigar-se definitivamente”.

¹³⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 234.

voto condutor do acórdão assemelhou-se à máxima “*make no law*” da Constituição dos Estados Unidos,¹³⁸ poderia haver *qualquer* regulação civil à liberdade de expressão no Brasil que não fosse advinda da própria Constituição?

Ora, em primeiro lugar, se a Corte declarou, quando do julgamento da ADPF 130, que o direito à liberdade de expressão não pode ser legalmente anulado, por mais que haja fundamento constitucional contraposto nos direitos “à intimidade, à privacidade e à imagem”, a mesma lógica poderia ser transposta ao debate diametralmente oposto: se o direito à honra é constitucionalmente garantido, não poderia ser anulado ou esvaziado por norma constitucional, muito menos por norma de inferior hierarquia (supralegal ou legal).¹³⁹ Ou seja, não é possível que a lei restrinja o núcleo essencial de um direito, mesmo em função de outro direito constitucionalmente previsto.¹⁴⁰ Foi essencialmente esse o tema julgado pelo STF na ADI 4.815, sobre a possibilidade de edição de biografias não autorizadas à luz do art. 20, CC. Ainda que se conceba o direito à liberdade de expressão como preferencial *prima facie*, como concebe Daniel Sarmiento,¹⁴¹ conclui-se que o modelo da *actual malice* não protege suficientemente os direitos da personalidade.¹⁴²

¹³⁸ Um dos críticos a esse argumento, o Min. Gilmar Mendes ressalta que “o que há é uma reserva legal qualificada e, portanto, não subscrevo esse entendimento de que não há lei e que não há matéria. Inclusive, em matéria de direito de resposta, fica evidente que a Constituição clama por norma de organização e procedimento. Não se pode simplesmente entregar a qualquer juiz ou tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério, grave. Porque o mundo não se faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da pessoa humana, de respeito à imagem das pessoas” (STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 83).

¹³⁹ Cf. voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI das BNAs: “A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional, menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade e a imagem” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.815, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10jun2015).

¹⁴⁰ “No plano objetivo, é correto afirmar que a lei não pode restringir um direito fundamental afetando o seu núcleo essencial, ainda que a pretexto de traçar seus contornos ou regulamentá-lo. Existe um âmbito de proteção do direito que é imune à ação legislativa. Assim, ao fazer uma ponderação entre direitos ou princípios, para fins de edição de legislação, o legislador não pode, ao normatizar em tese uma matéria, preferir de maneira permanente um direito ou princípio ao outro. Exemplo ilustrativo da ilegitimidade de tal conduta foi o julgado do Supremo Tribunal Federal que entendeu inconstitucional a exigência de autorização prévia para a publicação de biografia de qualquer pessoa” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, loc. 1303,9/2085). Em sentido similar, FARIAS, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 154.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel, Parecer no ARE 833248: Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira, p. 19.

¹⁴² “(.) Mas, no extremo oposto, outro modelo incompatível com a Constituição brasileira foi o adotado no direito norte-americano, a partir do importante precedente *Sullivan v. New York Times*, em que, em nome da proteção à liberdade de expressão, se assentou que as pessoas públicas, mesmo diante da divulgação de fato inverídico prejudicial à sua reputação, só fazem jus a indenização se provarem que o responsável agiu com dolo real (*actual malice*) ou eventual (*reckless disregard of whether it was false or not*). Tal modelo, se protege muito bem a liberdade de expressão, não tutela adequadamente os direitos da personalidade, sendo, portanto, inadequado para o sistema constitucional brasileiro” (SARMENTO, Daniel, Art. 220, *in: Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 535).

Isso porque, em segundo lugar, a despeito de a lei poder modular o exercício de direitos fundamentais, ou fixar parâmetros à solução das colisões, ela não o pode fazer de modo rígido ou abstrato entre direitos que a Constituição conferiu o mesmo *status*.¹⁴³ Na própria ADPF 130, o Min. Menezes Direito assentou que a preservação da dignidade humana deve ser assegurada como limite possível à liberdade de imprensa.¹⁴⁴ E, na mesma direção, o Min. Celso de Mello consignou que a liberdade que desrespeita direitos da personalidade configura ato ilícito e gera dever de indenizar,¹⁴⁵ e que a aferição do dano depende da ponderação concreta de valores pelo magistrado.¹⁴⁶ De fato, ao prever um direito fundamental contraposto, a Constituição parece remeter à técnica da ponderação e vedar silogismos estruturais¹⁴⁷ (dos quais a *actual malice* é exemplo).

Em terceiro lugar, eventual lei que module o exercício do direito à honra deveria necessariamente passar pelo teste do princípio da igualdade. O *discrímen* da *actual malice* fundado em “figura pública” não parece levar em conta que pessoas são privadas por definição, e que, embora possa haver em certos momentos prevalência do interesse público, isso não quer dizer que em todos os casos deverá haver a prevalência da liberdade.^{148,149} Ademais, o *discrímen* fundado em “verdade” parte dos pressupostos de que uma verdade descontextualizada não gera danos, e de que opiniões, porque que não se sujeitariam ao binômio verdade/falsidade, não mereceriam repreensão constitucional, o que deixaria eventual discurso de ódio sem repressão.¹⁵⁰

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. n.p.

¹⁴⁴ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Acórdão, voto do Min. Menezes Direito, p. 93.

¹⁴⁵ “o desrespeito aos vetores subordinantes referidos no § 1º do art. 220 da própria Constituição [art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV], caracteriza ato ilícito e, como tal, gera o dever de indenizar” (STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, voto do Ministro Celso de Mello, p. 202).

¹⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, voto do Ministro Celso de Mello, p. 204. Em outra passagem, o ministro lembra que “[n]a realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe parâmetros - dentre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) - cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto”. Posicionamento análogo parece ser adotado pela Min.^a Cármen Lúcia na p. 104 do acórdão.

¹⁴⁷ “Assim, temas profundos e complexos como o exercício da liberdade de expressão e sua ponderação perante outros interesses juridicamente protegidos pela Constituição da República não podem ser discutidos à luz de silogismos estruturais, como se viu no célebre voto que concluía inexistir racismo na publicação de obras antisemitas pelo fato do judaísmo não ser ‘raça’” (SCHREIBER; KONDER, Uma agenda para o direito civil-constitucional, p. 25).

¹⁴⁸ SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 113–114. Em sentido contrário, STJ, Quarta Turma, REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, J. 12/06/2012, DJe 12/03/2013.

¹⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que o princípio da igualdade é violado quando “a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 47).

¹⁵⁰ Igualmente, o princípio da igualdade é violado quando “a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente” (*Ibid*).

Last, but not least, se se admitir que *actual malice* corresponde à noção que se denomina dolo no direito brasileiro (ou mesmo a ausência de boa fé subjetiva), ela pode encontrar um novo impasse constitucional. Isso porque não seria descartável sustentar que filtro da culpa poderia já ter sido adotado pelo Constituinte originário no art. 5º, X. O referido artigo assim dispõe, com atenção aos grifos:

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

Como já visto, a doutrina brasileira propõe uma leitura desse inciso à luz da *actual malice* para concluir que a honra seria meramente *afetada* pela culpa, mas apenas *violada* pelo dolo,¹⁵¹ pelo que, alterando-se o conceito de violação do bem jurídico por meio de lei, a *actual malice* poderia ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, como ressalta Perlingieri, “a unidade do ordenamento não permite sua separação da Constituição, nem mesmo sua implícita submissão à normatividade”.¹⁵²

É dizer, não se pode legislar no sentido de se distanciar do que pretendeu o constituinte, e nem restringir a Constituição a partir da lei ordinária. Além disso, como lembra bem o Min. Eros Roberto Grau, “[n]ão se interpreta o direito em tiras”:¹⁵³ quando se interpreta uma norma, se interpreta o direito como um todo. Dessa forma, seria igualmente válido e pertinente argumentar que, no contexto do Constituinte de 1988, a expressão “inviolável”, originalmente ausente no Anteprojeto Afonso Arinos, e adicionada expressamente pelo Constituinte originário, só poderia remeter ao art. 159 do Código Civil de 1916, que abriga o conceito de ato ilícito, ensejador da responsabilidade subjetiva por culpa.¹⁵⁴ O referido artigo consagra que a violação é caracterizada por “ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência”, isto é, a culpa. A redação do

¹⁵¹ MELLO, *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*, p. 241., ressalvado nosso entendimento de que não se trata de “dolo”.

¹⁵² “A unidade do ordenamento não permite sua separação da Constituição, nem mesmo sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento. A normatividade constitui «caráter fundamental da juridicidade» e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento”. PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 205–206.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto, *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 86.

¹⁵⁴ Código Civil de 1916: Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código.

anteprojeto, por sua vez, não inseria a expressão “inviolável”¹⁵⁵ e, nos limites às liberdades de expressão¹⁵⁶ e de imprensa,¹⁵⁷ consagrava apenas a indenização em casos de *abuso do direito*, conceito diverso de *culpa*.

Dessa forma, não seria tampouco absurdo sustentar que a alteração do anteprojeto, pelo Constituinte, teria constituído cláusula pétrea no sentido de que nenhum requisito mais enérgico do que a culpa será imposto à reparação do dano à honra. Seria como se o Constituinte tivesse dito: “é até possível erodir o filtro da culpa, como na responsabilidade indireta, ou adotar um filtro mais permeável, como o risco, mas a culpa é o filtro máximo para a configuração do ilícito contra os direitos da personalidade”. Essa interpretação de “*inviolável*”, inclusive, nos parece mais factível do que um recurso à distinção feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Conclui-se, portanto, que o assunto permeia o âmbito constitucional, pelo que eventual lei, ação direta de inconstitucionalidade, ou recurso que conteste a interpretação do Pacto no sentido de se inserir a *actual malice* no direito brasileiro provavelmente será admitido e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

6. Conclusão

Como se apresentou no presente artigo, a doutrina e a jurisprudência civilistas, desde a declaração de não recepção da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 130, convergiram, *grosso modo*, para o entendimento de que a responsabilidade civil da imprensa é de caráter subjetivo, isto é, baseada no filtro da culpa, tal como é a cláusula geral aplicável entre particulares que se expressam.

Além disso, apresentou-se uma visão crítica da doutrina da *actual malice*, por meio do confronto entre o que constitucionalistas americanos depreendem dos precedentes formadores dessa doutrina, e as propostas de equivalência funcional apresentadas pela doutrina brasileira, evidenciando-se os perigos de uma tradução aproximativa dos critérios da Suprema Corte dos Estados Unidos em “dolo direto ou eventual”. Entende-

¹⁵⁵ “Art. 16 – Todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública. Parágrafo único – A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insuscetível de anistia e prescrição”

¹⁵⁶ Art. 19 – É livre a manifestação do pensamento, de crença religiosa e de convicções filosóficas e políticas. § 1º – As diversões e espetáculos públicos ficam sujeitos às leis de proteção da sociedade. § 2º – Cada um responderá, na forma da lei, pelos abusos que cometer no exercício das manifestações de que trata este artigo.

¹⁵⁷ Art. 22 – Todos têm direito a procurar, receber, redigir, imprimir e divulgar informações corretas, opiniões e idéias, sendo assegurada a pluralidade das fontes e proibido o monopólio estatal ou privado dos meios de comunicação. § 1º – A legislação não limitará o direito previsto neste artigo. § 2º – Os abusos que se cometerem pela imprensa e outros meios de comunicação serão punidos na forma da lei.

se que o conceito, mesmo em inglês, não é autoevidente para o intérprete familiarizado com o direito dos Estados Unidos, isto é, não expressa adequadamente a visão do tema pela própria Suprema Corte, que teria descartado qualquer incursão quanto ao especial fim de agir do ofensor. Dessa forma, propõe-se um paralelo com a ausência de boa-fé subjetiva, com a ressalva da falsidade factual.

Ademais, analisou-se o estado de adoção da dita doutrina pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, concluindo-se que, se a Comissão IDH caminha para uma adoção da *actual malice* como padrão interamericano, não se pode dizer que a Corte IDH, a seu turno, tenha adotado interpretação semelhante em seus julgados, inclusive no julgado *Moya Chacón vs. Costa Rica*, que versou sobre sanções exclusivamente cíveis a jornalistas. Caso a Corte IDH venha a adotar o padrão da *actual malice*, e considerando que o Pacto de São José da Costa Rica tem *status* superior ao das leis, qualquer interpretação do Código Civil que contrarie a interpretação da Corte IDH será inválida.

Há argumentos relevantes a sustentar que a *actual malice* não seria compatível com a Constituição da República. Dentre eles, ressaltam-se a impossibilidade de restrição do núcleo essencial de um direito fundamental por outro direito fundamental, o modelo implícito da ponderação de interesses constante do art. 220, §1º, CF, a necessidade de observação do princípio da igualdade, e a necessidade de se interpretar o conceito de “inviolável” para resgatar, a partir da historicidade, o conceito de violação com base no ato ilícito (em que culpa e dolo encontram-se fundidos), a repelir qualquer filtro legal ou convencional que fosse menos protetivo do direito à honra.

Por fim, ressalta-se que, caso se acate a tese de inconstitucionalidade da teoria da *actual malice*, mas que esta seja adotada pela Corte IDH, o Brasil pode chegar a um impasse: fazer valer sua Constituição poderia significar descumprir obrigações internacionais, o que poderia acarretar sanções internacionais ao Estado Brasileiro.

Com essas considerações, levantam-se apenas alguns argumentos possíveis para um debate que decerto permeará a próxima década, tendo em vista os múltiplos *fronts* pelos quais a discussão adentra o nosso sistema.

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. Responsabilidade civil de direito especial e de direito comum. *In: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. III.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*, a. 2, n. 2, 2013.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Ed.). *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 381–421.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 2v.
- CARTER, Edward. Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights. *Communication Law and Policy*, v. 18, n. 4, p. 395–423, 2013.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain; et al. *Droit international public: formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires*. 8e éd. Paris: LGDJ-Lextenso éd, 2009.
- DOBBS, Dan B.; HAYDEN, Paul T. *Torts and compensation: personal accountability and social responsibility for injury*. 4th ed. St. Paul, Minn: West Group, 2001. (American casebook series).
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *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.
- GIMENES, Erick. Decisão da Corte IDH sobre liberdade de imprensa deve se irradiar para países-membros: Tribunal reforçou princípios que devem ser observados sobre o jornalismo. CNJ recomenda uso da jurisprudência da Corte IDH. *Jota*, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: 23 jan. 2023.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- HOGLUND, Andy. Flashback: Hustler Magazine Scores First Amendment Victory Against Jerry Falwell: When a porn-mag editor took on a leader of the Religious Right, it went all the way to the Supreme Court – and still has a lasting impact on satire. *Rolling Stone Magazine*, 2021. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/>.
- HOLMES, Oliver Wendell. Privilege, Malice, and Intent. *Harvard Law Review*, v. 8, n. 1, p. 1, 1894.
- LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Eds.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395–408.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- MELLO, Rodrigo Gaspar de. *Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MERRIAM-WEBSTER, INC (Org.). *Merriam-Webster's dictionary of law*. Springfield, Massachusetts: Merriam-Webster, Incorporated, 2016.
- MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/>. Acesso em: 23 jan. 2023.
- MURPHY, John; STREET, Harry. *Street on torts*. 14. ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2015.
- NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões da. A ilegitimidade na imposição e no exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Revista de Processo Comparado*, v. 5, p. 221–243, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- RAMOS, André de Carvalho. *Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241–286, 2009.
- REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional*. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013.
- ROSENBERG, Ian. *The fight for free speech: ten cases that define our First Amendment freedoms*. New York: New York University Press, 2021.
- SARMENTO, Daniel. Art. 220. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.
- SCHLUETER, Linda L.; REDDEN, Kenneth R. *Punitive damages*. 4th ed. New York: LEXIS Pub, 2000.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.10, 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/>.
- SHAPO, Marshall S. *Principles of tort law*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003. (Concise hornbook series).
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Pequeno manual de metodologia da pesquisa jurídica: ou roteiro de pesquisa para estudantes de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021.
- SMOLLA, Rodney A. *Jerry Falwell v. Larry Flynt: the First Amendment on trial*. Urbana e Chicago: University of Illinois Press, 1990.
- TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 89–132, 2012.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de. Fake news e o mercado de desinformação. In: BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas (Org.). *Supremo 4.0: Constituição e tecnologia em pauta*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. In: *Soluções Práticas de Direito*. Revista dos Tribunais. São Paulo: [s.n.], 2011, v. 1, p. 111–132.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*. Teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil, preferências e privilégios creditórios: (arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2nd ed. Athens (Georgia): University of Georgia Press, 1993.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

Unesco alerta para mau uso da Justiça em ataques à liberdade de expressão: relatório da ONU vê como global onda de ações embasadas em definições jurídicas imprecisas. *Folha de S. Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/>. Acesso em: 23 jan. 2023.

Como citar:

VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli. Actual malice, Sistema Interamericano de Direitos Humanos e responsabilidade civil por dano à honra da figura pública: possíveis desafios sob o prisma civil-constitucional. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/actual-malice-sistema/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
4.1.2023