

DANIANY SOUZA DA SILVA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO PENAL: UMA RELEITURA
DOS CRIMES CONTRA A HONRA HARMONIZADA À
CONSTITUIÇÃO (DOCTRINA DA *ACTUAL MALICE*, VERDADE E
JUSTIFICAÇÃO)**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, área de concentração Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens

PORTO ALEGRE

2012

S5861

Silva, Daniany Souza da

Liberdade de expressão e direito penal: uma releitura dos crimes contra a honra harmonizada à Constituição (Doutrina da *actual malice*, verdade e justificação). / Daniany Souza da Silva. – Porto Alegre, 2012.

127 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - Faculdade de Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens

1. Direito Penal. 2. Liberdade de Expressão. 3. Crime Contra a Honra. 4. Constituição Federal. 5. *Actual Malice*. I. Feldens, Luciano. II. Título.

CDD 341.5

341.2727

DANIANY SOUZA DA SILVA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO PENAL: UMA RELEITURA
DOS CRIMES CONTRA A HONRA HARMONIZADA À
CONSTITUIÇÃO (DOCTRINA DA *ACTUAL MALICE*, VERDADE E
JUSTIFICAÇÃO)**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, área de concentração Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Aprovada em 28 de março de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luciano Feldens – Presidente da Comissão Examinadora

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro – Membro da Comissão Examinadora

Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra – Membro da Comissão Examinadora

Dedico esta dissertação a Thiago Zucchetti Carrion, pela pessoa que é em minha vida, pelo apoio incondicional com que sempre esteve a meu lado, pelos instigantes debates acadêmicos, com quem eu muito aprendo e de quem tenho muito orgulho, o meu muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todos os momentos.

A meu pai, Rubem (*in memoriam*), por estar sempre presente, ainda que nas lembranças.

À minha mãe, Maria Rita, pelos ensinamentos e pela amizade.

À Eunice, por todo o apoio.

À Sarah, Soraia e Maria, o meu muito obrigada.

Ao Prof. Dr. Luciano Feldens, pela confiança ao aceitar orientar-me nesta pesquisa, pelas valiosas lições, bem como pelas indispensáveis considerações que muito agregaram a esta dissertação, tornando possível sua concretização.

À Prof. Dra. Maria do Horto Motta, pelos valiosos ensinamentos, pela paciência e pela revisão desta dissertação, enriquecendo-a com seu conhecimento e sabedoria.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, especialmente ao Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza, pelas relevantes lições e por possibilitar o indispensável e democrático debate acadêmico.

Ao Thiago, pelos materiais indicados, pelos debates que me auxiliaram a chegar até aqui e pela profunda contribuição ao desenvolvimento desta dissertação.

Aos colegas e amigos e, em especial, à Denise, à Debora, ao Cleopas, ao Daniel e ao Gustavo, pelos debates e indicações de imensa valia para o desenvolvimento desta pesquisa.

Às Secretárias Márcia e Raquel, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, pela eficiência e disponibilidade.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação.

RESUMO

O presente trabalho visa a readequar o direito penal brasileiro, principalmente os crimes contra a honra, a uma compreensão contemporânea de liberdade de expressão. Primeiramente, foi constatada a seriedade da ameaça que essas normas representam contra tal liberdade fundamental, conclusão que inspirou seu estudo no sistema constitucional americano, onde a Primeira Emenda possui um amplo espaço de respiro. Ainda, através da análise de doutrinas da Primeira Emenda, do estudo da *criminal defamation*, notadamente em âmbito estadual, e da compreensão do *standard actual malice*, descobriu-se que a verdade e o direito à crítica são elementos protegidos pela liberdade de expressão e resguardados pelo intercâmbio de ideias, em uma democracia. Por fim, verificou-se que a verdade e a justificação compõem o núcleo essencial desse direito fundamental no Brasil com fundamentos semelhantes aos do direito americano, para assegurar o debate em sociedade, resguardando-o de eventuais ações criminais ajuizadas por funcionários públicos, figuras públicas, ou mesmo particulares envolvidos em assuntos de interesse público que tenham por objeto coibir a crítica e censurar a verdade.

Palavras-chave: Constituição Federal – liberdade de expressão – núcleo essencial – *actual malice* – *criminal defamation* – crimes contra a honra.

ABSTRACT

The present work aims to conform the Brazilian criminal law, especially the offenses against the honor, to a contemporary understanding of freedom of expression. First of all, it was established how serious is the threat posed by these laws to this fundamental freedom, conclusion which inspired its study in the American constitutional system, where the First Amendment has a large "breathing space". Still, by analyzing the First Amendment doctrines, the study of criminal defamation, particularly at state level, and by understanding the actual malice standard, it was discovered that the truth and the right to critique are protected by freedom of expression and awarded by the exchange of ideas in a democracy. Finally, it was found that truth and justification form the core of this fundamental right in Brazil on grounds similar to American law, ensuring the debate in society, protecting it from possible criminal actions filed by public officials, public figures or even individuals involved in matters of public interest which have as their goal to deter criticism and censor the truth.

Keywords: Federal Constitution – freedom of speech – essential core – actual malice – criminal defamation – offenses against the honor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO E DO DIREITO PENAL	12
1.1 A ATUAL VISÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO	12
1.2 A (AUSÊNCIA DA) LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA DO DIREITO PENAL	15
1.2.1 A ABORDAGEM DOS CRIMES CONTRA A HONRA	15
1.2.2 CALÚNIA (ART. 138 DO CÓDIGO PENAL)	17
1.2.3 DIFAMAÇÃO (ART. 139 DO CÓDIGO PENAL).....	18
1.2.4 INJÚRIA (ART. 140 DO CÓDIGO PENAL).....	19
1.2.5 DESACATO (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL)	19
1.3 O QUE FAZER DIANTE DA GRAVE DESCONFORMIDADE DO DIREITO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO.....	21
2 NOÇÕES DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO	22
2.1 A DOCTRINA DA <i>STATE ACTION</i> COMO PONTO DE PARTIDA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA	24
2.2 ALGUNS APONTAMENTOS QUANTO AO TRATAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS	29
2.3 AS TÉCNICAS ATRAVÉS DAS QUAIS A SUPREMA CORTE VISLUMBRA EXPRESSÕES PROTEGIDAS (OU NÃO) PELA PRIMEIRA EMENDA	30
2.3.1 <i>CONTENT-BASED RESTRICTIONS</i>	31
2.3.2 <i>CONTENT NEUTRAL RESTRICTIONS</i>	34
2.3.3 A DOCTRINA DA <i>OVERBREADTH</i>	34
2.4 ALGUMAS DOCTRINAS E CONCEITOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA CONCERNENTES À PRIMEIRA EMENDA.....	37
2.4.1 <i>VAGUENESS</i>	38
2.4.2 <i>SLIPPERY SLOPE</i>	38
2.4.3 <i>HATE SPEECH</i>	39
2.5 NOTAS FINAIS	40
3 A <i>CRIMINAL DEFAMATION</i> NO SISTEMA NORTE-AMERICANO	41

3.1 O SIGNIFICADO DA <i>DEFAMATION</i> NOS ESTADOS UNIDOS.....	41
3.2 A <i>DEFAMATION</i> ANTES DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO	42
3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA <i>LAW OF DEFAMATION</i> : IMPORTÂNCIA DO <i>STANDARD ACTUAL MALICE</i>	47
3.3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA <i>CIVIL DEFAMATION</i> : O CASO <i>NEW YORK TIMES Co. v. SULLIVAN</i> E A CRIAÇÃO DA <i>ACTUAL MALICE</i>	48
3.3.2 <i>GARRISON V. LOUISIANA</i> : A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA <i>CRIMINAL DEFAMATION</i>	51
3.3.3 A AMPLIAÇÃO DA <i>ACTUAL MALICE</i> APÓS 1964.....	53
3.3.4 A RESTRIÇÃO À APLICAÇÃO DA <i>ACTUAL MALICE</i> NO CASO <i>GERTZ V. ROBERT WELCH, INC.</i>	54
3.4 A <i>CRIMINAL DEFAMATION</i> E O IMPACTO DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NOS ESTADOS NORTE-AMERICANOS	59
3.4.1 A <i>CRIMINAL LIBEL</i> NO COLORADO	60
3.4.2 A <i>CRIMINAL DEFAMATION</i> NA GEORGIA.....	62
3.4.3 A <i>CRIMINAL DEFAMATION</i> EM ILLINOIS	63
3.4.4 A <i>CRIMINAL LIBEL</i> EM KENTUCKY	63
3.4.5 A <i>CRIMINAL DEFAMATION</i> NA LOUISIANA	65
3.4.6 A <i>CRIMINAL LIBEL</i> NO NOVO MÉXICO	66
3.4.7 A <i>CRIMINAL DEFAMATION</i> NA VIRGINIA.....	68
3.4.8 O CASO DE <i>DEFAMATION</i> EM IOWA	70
3.4.9 ESTADOS QUE REVOGARAM RECENTEMENTE A <i>DEFAMATION</i>	71
3.5 PERSPECTIVAS PARA UMA ANÁLISE COMPARATIVA	72
4 OS CRIMES CONTRA A HONRA E O DELITO DE DESACATO QUANTO À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA – UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO NORTE- AMERICANO.....	73
4.1 APROXIMAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO	73
4.1.1 A NECESSIDADE DE UM ESPAÇO DE RESPIRO E DE UM NÚCLEO ESSENCIAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	74
4.1.2 A VERDADE E A JUSTIFICAÇÃO COMO ELEMENTOS DO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	80
4.1.3 A EXCESSIVA PROTEÇÃO A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS, PESSOAS PÚBLICAS E PARTICULARES ENVOLVIDOS EM ASSUNTOS DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	85
4.1.4 UM LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO – <i>HATE SPEECH</i>	91

4.2 A READAPTAÇÃO DO DIREITO PENAL AO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	94
4.2.1 O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXPRESSAR A VERDADE OU A CRENÇA JUSTIFICADA	95
4.2.2 A (NÃO) RECEPÇÃO DOS DELITOS CONTRA A HONRA EM RAZÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	96
4.2.2.1 CASOS DE NÃO RECEPÇÃO INTEGRAL	98
4.2.2.1.1 Dispositivos que vedam a verdade como defesa – artigos 138, § 3º, e 139, parágrafo único, do Código Penal.....	98
4.2.2.1.2 Causas de aumento de pena incompatíveis com o núcleo essencial da liberdade de expressão – artigo 141, incisos I e II, do Código Penal	99
4.2.2.1.3 O delito de desacato – artigo 331 do Código Penal.....	101
4.2.2.2 CASOS DE RECEPÇÃO MEDIANTE DECISÃO MANIPULATIVA DE EFICÁCIA ADITIVA	104
4.2.2.2.1 A readaptação da <i>actual malice</i> como efeito aditivo de decisão manipulativa	107
4.2.2.2.2 A relação entre o núcleo essencial da liberdade de expressão e o delito de injúria	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114
ANEXO A – TRADUÇÕES DAS LEGISLAÇÕES ESTADUAIS	124

INTRODUÇÃO

A inspiração inicial para a construção de uma dissertação cujo foco é o direito individual da liberdade de expressão e o conteúdo protegido por seu núcleo essencial adveio de uma inquietação acadêmica que teve início com o repensar do modelo – do qual se extraem matizes autoritárias – de crimes contra a honra e do delito de desacato, cuja vigência, guardando origens em 1940, projeta-se para um período em que o autoritarismo perde seu lugar e a Constituição, que assegura, de modo proeminente, a liberdade de expressão, adquire força normativa.

Nesse sentido, considerando o sistema constitucional vigente, efetuamos, na primeira seção, uma análise sobre a compatibilidade dos crimes contra a honra e do delito de desacato com a liberdade de expressão. Nesse exame, diagnosticamos a vigência de um modelo penal arcaico e, no que se refere à boa parte dos dispositivos (seja em sua expressão textual, seja em sua dimensão normativa, como produto da interpretação que lhes foi historicamente atribuída), incompatível com o regime de liberdade assegurado pela Constituição Federal. É diante desse panorama que verificamos a necessidade de buscar amparo no sistema constitucional norte-americano.

Na segunda seção, são estudadas doutrinas de proteção à Primeira Emenda e conceitos e ela pertinentes, um passo necessário à compreensão do sistema americano e à identificação de um *standard* normativo apto a (eventualmente) servir de apoio à interpretação do sentido (extensão, limites e âmbito de proteção) dos tipos penais catalogados na legislação nacional. Também, é com base na análise aqui efetuada que compreenderemos os testes de revisão judicial aplicados pela Suprema Corte americana a leis com alta capacidade de restringir a liberdade de expressão, como ocorre em diversos Estados, abordados na seção subsequente.

A terceira seção é ponto nevrálgico desta pesquisa. Primeiro porque aborda os casos, os Estados e as legislações a que se aplicam as construções elaboradas na seção anterior e, segundo, porque é nesta parte em que será estudada a evolução da *defamation* no direito americano, sua constitucionalização, com a qual nasceu o *standard actual malice*, e os fundamentos hábeis a embasar a quarta seção, no que condiz com a apresentação de argumentos de reforço à proteção da liberdade de expressão no Brasil.

Na última seção, são apresentados, de modo mais objetivo, os aportes construídos na pesquisa em ordem a justificar a revogação do delito de desacato, dos artigos 138, § 3º, e 139, parágrafo único, 141, I e II, todos do Código Penal, devido a sua contrariedade à Constituição

brasileira. Observe-se, no entanto, que eventuais condutas que atentem contra a honra do funcionário público não seriam autorizadas com a revogação do desacato, pois encontram limitação em um enquadramento típico, na parte especial do Código Penal brasileiro. Além disso, é elaborada uma defesa do núcleo essencial da liberdade de expressão no Brasil com base nos elementos protegidos pela Primeira Emenda, efetuando uma readaptação da *actual malice* enquanto efeito aditivo de decisão manipulativa dos artigos 138, *caput* e § 1º, 139, *caput*, bem como 140, *caput*, do Código Penal, com a finalidade de compatibilizá-los com a Constituição brasileira, com a noção material de liberdade de expressão, bem como com o conteúdo amparado por seu núcleo essencial, a verdade e a justificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização desta pesquisa permite-nos, ao final, enumerar os seguintes tópicos, à guisa de considerações finais:

1. Constatamos que, no Brasil, o Código Penal, no tocante aos crimes contra a honra e ao delito de desacato, adquiriu vigência em um período autoritário, cujo contexto político pressupunha tendências antidemocráticas, nas quais o interesse estatal em assegurar a paz social possuía mais relevância do que a descoberta da verdade e o exercício de críticas contra o Estado. Por outro lado, a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorrida em um cenário completamente distinto daquele em que a liberdade de expressão constituía um entrave aos interesses do Estado, rompeu com tais barreiras, adquirindo esta o efetivo peso de um direito fundamental. Nesse contexto, a incompatibilidade de boa parte desses delitos com a atual Constituição Federal é cristalina, não devido ao fato de terem adquirido vigência em períodos diferentes, mas pelas nítidas distinções entre os cenários dos quais fizeram parte. Neles vislumbramos que, em diversas circunstâncias, tais delitos descartam a possibilidade de provar a verdade, bem como a realização de críticas, que, não raras vezes, assume proporções ofensivas, diferentemente da noção que o Constituinte originário conferiu a esse direito fundamental. Por essas razões, foi extrema a necessidade da construção de um núcleo essencial à liberdade de expressão.

2. Vislumbramos que, nos Estados Unidos, a Primeira Emenda da Constituição, da qual faz parte a liberdade de expressão, ampara esse direito contra restrições ilegítimas que possam ocorrer, seja através de uma lei, seja através de um ato do Estado, mediante os quais o Poder Público possa limitá-la. A proteção à liberdade de expressão contra exercícios arbitrários do Governo é assente no direito americano, inclusive perante a Suprema Corte, a qual desenvolveu doutrinas de proteção à Primeira Emenda, tais como a *overbreadth*, em que normas violadoras dessa Emenda, capazes de gerar um grave *chilling effect* são declaradas integralmente inconstitucionais. Tal como a proteção da liberdade de expressão, a verdade também encontra respaldo no direito desse país e é vista como uma *defense*, indispensável para o avanço do conhecimento. Além disso, possui tamanha relevância para o debate público que sua presença, em uma declaração aparentemente difamatória, sobrepõe-se a eventuais punições.

3. Verificamos o aprofundamento dessa tendência a partir da doutrina da *actual malice* que foi, inicialmente, aplicada aos casos *New York Times Co. v. Sullivan* e *Garrison v. Louisiana*, em que a *defamation* e a *criminal defamation* foram constitucionalizadas pela

Suprema Corte. Dentre os principais efeitos dessa doutrina encontra-se a proteção da crítica efetuada em face de funcionários públicos, a qual integra o livre intercâmbio de ideias, objeto de proteção da Primeira Emenda. Em seguida, sua aplicação foi estendida a casos como *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, nos quais a crítica contra pessoas públicas e particulares envolvidos em assuntos de interesse público também foi assegurada. Cabendo, em todas as situações, ao acusador comprovar a *actual malice*, que consiste na declaração dolosa de algo que se sabe falso ou na extrema negligência em buscar informar-se acerca da veracidade da declaração realizada.

4. Quanto ao direito brasileiro, concluímos que a proteção da verdade enquanto defesa, evidenciada no sistema americano, é recepcionada pela Constituição brasileira, de modo a integrar o núcleo essencial da liberdade de expressão. A verdade, portanto, deve ser compreendida como um elemento central de sustentação desse direito, pois é o fim último que se busca em um debate público. Como um complemento à verdade, a justificação também é elemento integrante do núcleo essencial, em razão de possibilitar a efetuação de críticas, sem resquícios de censura. Mais do que isso, a verdade e a justificação não só compõem o núcleo essencial da liberdade de expressão como também são, por excelência, o exercício regular desse direito, resguardando-lhe de eventuais restrições.

Ainda, a liberdade de expressão não pode se curvar diante de ditames arbitrários, que visem a censurar seu conteúdo essencial, eventualmente impostos pelo Estado e por seus *representantes*. A crítica contra o Estado, como forma de manifestar uma opinião em relação ao papel desempenhado por quem exerce o poder, configura um clássico exercício da liberdade de expressão e remonta à noção da Teoria Orgânica da Administração Pública e do estado de sujeição, através dos quais, ao *representarem* o Estado, os funcionários públicos atuam como se ele o fossem e, por isso, encontram-se mais sujeitos às críticas dos cidadãos. Tal tolerância à crítica, porém, não se limita a tais pessoas, mas estende-se em face daqueles que possuem maior visibilidade em sociedade, a exemplo de pessoas públicas e de particulares envolvidos em assuntos de interesses público.

5. Diante desta análise, concluímos que os artigos 138, § 3º, 139, parágrafo único, 141, incisos I e II, bem como o artigo 331, todos do Código Penal, devem ser reconhecidos como revogados, devido à sua não recepção pela Constituição Federal de 1988, face à incompatibilidade de seus conteúdos com o núcleo essencial do direito em questão. Não fazê-lo seria tolher a verdade e a justificação, demovendo-as como exercício regular da liberdade de expressão.

Além disso, concluímos que os artigos 138, *caput* e § 1º, 139, *caput* e 140 *caput*, do mesmo diploma legal, necessitam de uma readaptação de sentido, que deve ser desenvolvida com base nos efeitos da doutrina da *actual malice*, em sede de decisão manipulativa de eficácia aditiva. Assim, essa doutrina, que tem como uma das principais funções a proteção às críticas, bem como a produção da prova pela acusação, é readaptada ao direito brasileiro, servindo de base a tais delitos, que passariam a se coadunar com o núcleo essencial da liberdade de expressão, o qual poderia ser exercido sem temor à censura.