



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cláudio Chequer

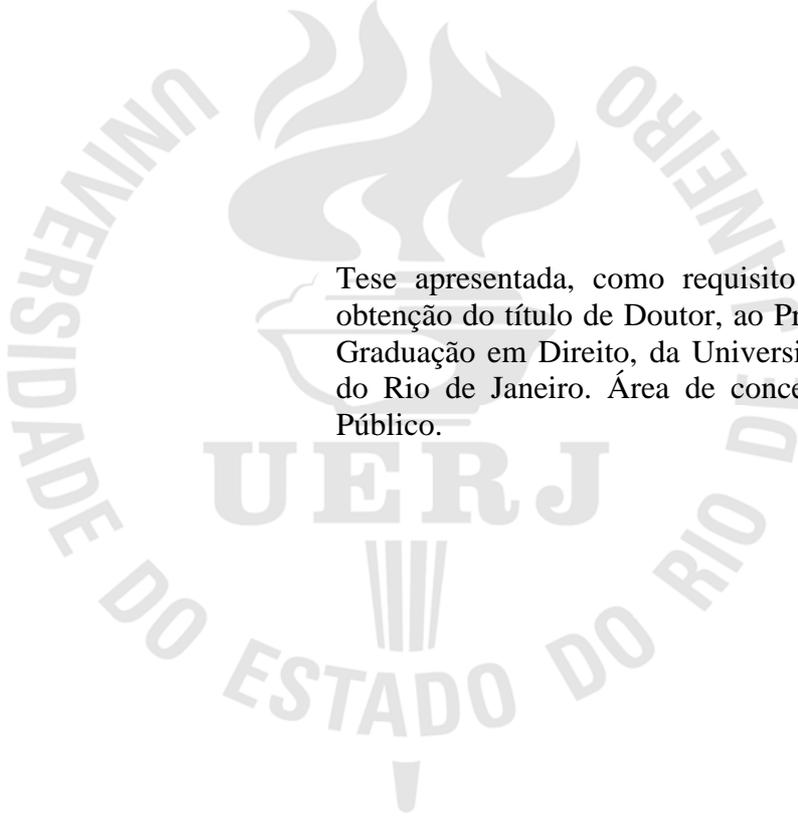
**A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*
(análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**

Rio de Janeiro

2010

Cláudio Chequer

A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C519m Chequer, Cláudio.

A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro) / Cláudio Chequer – 2010.

XX f.

Orientador: Gustavo Binenbojm

Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Liberdade de expressão - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Personalidade (Direito) – Teses. I. Binenbojm, Gustavo, 1972- . II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.727

..

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial dessa tese.

Assinatura

Data

Cláudio Chequer

A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)

Tese apresentada, como requisito para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em 14 de maio de 2010.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Luís Roberto Barroso

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Daniel Sarmiento

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Carlos Ayres Britto

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Cláudio de Souza Pereira Neto

Faculdade de Direito da UFF

Rio de Janeiro

2010

DEDICATÓRIA

A Deus, à minha esposa Francine e aos meus filhos Rafaela e Bento, com muito amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por todas as graças que me foram derramadas durante esses três anos de estudo. Com Seu Amor, Ele é capaz de nos dar os dons da Sabedoria, Inteligência, Fortaleza, entre outros; dons capazes de produzir vários frutos, destacando-se a alegria, a paz e a continência, frutos colhidos, de forma abundante, na elaboração deste trabalho, realizado algumas vezes em momentos muito difíceis.

Aos professores da UERJ que participaram diretamente desse trabalho tenho um agradecimento distinto. Refiro-me aqui, inicialmente, ao meu orientador, Professor Doutor Gustavo Binenbojm, especialmente pela confiança que depositou em mim e pela total liberdade que me deu na construção desta tese, sempre com observações interessantes, inteligentes e dignas de nota.

Agradeço também ao Professor Doutor Daniel Sarmento, o apoio incondicional que me tem conferido desde a época do Mestrado. À professora Doutora Jane Reis, gostaria de agradecer as observações feitas durante a elaboração desta tese. Ao Professor Doutor Luís Roberto Barroso, agradeço as tratativas em torno do tema, sempre capazes de iluminar-me.

Quero agradecer a todos os servidores do Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Município de Itaperuna (Ricardo, Wilson, Gustavo, Christiane, Rubem, José Carlos, Robson e Gláucio), o empenho ao atender a todas as minhas muitas solicitações, destacando-se aqui também a atuação incansável dos servidores das Bibliotecas das Procuradorias da República do Rio de Janeiro e de Brasília.

À D. Alice Verdan, pessoa sensata e que sempre me apresentou importantes sugestões (sempre acatadas) na redação do texto, agradeço o convívio e o que aprendi durante a realização desse trabalho.

Aos meus amigos Padres Rodrigo e João Roberto, os meus agradecimentos pelas suas orações e por me ouvirem falar a respeito desse trabalho, sempre com observações inteligentes e equilibradas a respeito do tema.

Aos meus pais, João Chequer e Arlete, e a todos os meus irmãos, Chequinho, Marco e Juliene, um agradecimento especial por acreditarem, desde muito cedo, em meus ideais.

À minha esposa e companheira Francine, amor da minha vida, por ler grande parte das versões do texto, manifestando-me, sempre e de forma incondicional, palavras de incentivo e amor.

À minha filha Rafaela, agradeço seu olhar; ao meu filho Bento, a expectativa já gerada desde a sua concepção.

RESUMO

CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). 2010. 329f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

Em um Estado Democrático de Direito, o direito fundamental à liberdade de expressão deve ser tratado de forma heterogênea, sendo capaz de gozar de um status de direito fundamental preferencial *prima facie* nas hipóteses em que estiver relacionado a um tema de interesse público, tendo em vista a ocorrência de duas premissas existentes nesses casos: a do direito que a sociedade tem de saber a respeito dos assuntos de interesse público e a do dever que a imprensa tem de informar a respeito desses assuntos. Firmada a tese da preferencialidade *prima facie* da liberdade de expressão em temas que envolvem assuntos de interesse público, torna-se necessário dar mais um passo e analisar como essa preferencialidade se consubstanciará no ordenamento jurídico brasileiro. A respeito, pode-se afirmar que a materialização dessa preferencialidade *prima facie* da liberdade de expressão ocorrerá com a importação, para o ordenamento jurídico brasileiro, das teorias da *actual malice* e reportagem neutra (teorias provindas dos Estados Unidos) e privilégios de defesa *Reynolds* (Inglaterra) e *Lange* (Austrália). Com a aplicação dessas teorias no Brasil, alguns bons *standards* poderão ser traçados para orientar o intérprete no momento de solucionar eventuais conflitos entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de personalidade, garantindo-se, assim, uma aplicação efetiva dos direitos em conflito e uma estrita observância do ideal democrático traçado pelo Constituinte originário. Aplicar a tese da preferencialidade *prima facie* da liberdade de expressão em sentido amplo significa apenas autorizar que a balança da ponderação, ao iniciar o procedimento ponderativo, confira maior peso inicial à liberdade de expressão, sendo perfeitamente admissível a inversão dos pesos inicialmente atribuídos aos direitos fundamentais em conflito a partir das circunstâncias do caso concreto.

Palavras-chave: Colisão de Direitos Fundamentais. Princípios Constitucionais. Liberdade de Expressão e Informação. Direitos da Personalidade. Ponderação.

ABSTRACT

CHEQUER, Cláudio. *Freedom of speech as a prima facie preferential fundamental right (critical analysis and proposition of revision to the Brazilian legal system)*. 329f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

In a Democratic State of Law, the fundamental right to freedom of speech should be treated unequally, being capable of sharing a status of a *prima facie* preferential fundamental right in cases in which it is related to a subject of public interest, considering the occurrence of two premises on such cases: the right that society has to know about matters of public interest and the duty of the press to inform about these matters. Once established the theory of *prima facie* preferentiality for freedom of speech on issues involving matters of public interest, it is necessary to go one step further and examine how this preference will be manifested in the Brazilian legal system. Concerning this matter, it can be stated that the embodiment of this *prima facie* preferentiality of freedom of speech will occur with the importation, into the Brazilian legal system, of the current theories of actual malice and neutral reportage (theories stemmed from the United States) and Reynolds (England) and Lange (Australia) privileges of defense. By applying these theories in Brazil, some good standards can be traced to guide the interpreter when solving possible conflicts between the fundamental rights of freedom of speech and personality, ensuring, thus, an effective application of these conflicting rights and a strict observance of the democratic ideal outlined by the originating Constituent. Applying the theory of *prima facie* preferentiality of freedom of speech in a broad sense only means allowing that the balancing scale, when initiating its balancing procedure, provides a greater initial weight to freedom of speech, the reversion of the weights initially assigned to the conflicting fundamental rights from the circumstances of the concrete case being perfectly acceptable.

Keywords: Collision of Fundamental Rights. Constitutional Principles. Freedom of Speech and Information. Personality Rights. Balancing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONCEITO, FINALIDADES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS	21
1.1 O conceito de liberdade de expressão.....	21
1.2 Por que a liberdade de expressão é um direito fundamental?.....	26
1.2.1 <u>A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de assegurar uma autossatisfação individual</u>	<u>28</u>
1.2.2 <u>A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de permitir o avanço do conhecimento e possibilitar a descoberta da verdade</u>	<u>31</u>
1.2.3 <u>A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de representar uma forma de garantir a democracia</u>	<u>38</u>
1.2.4 <u>A liberdade de expressão é um direito fundametal em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.....</u>	<u>42</u>
1.2.5 <u>Em defesa de uma liberdade de expressão <i>lato sensu</i> multifuncional.....</u>	<u>44</u>
1.3 Os princípios constitucionais que garantem a liberdade de expressão	47
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL LIMITADO: TEORIAS EXTERNA E INTERNA.....	51
2.1 Introdução.....	51
2.2 A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais	53
2.3 A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais.....	57
2.3.1 <u>A verdade como limitação externa às liberdades de informação.....</u>	<u>60</u>
2.3.2 <u>A honra como limitação externa às liberdades de expressão e informação.....</u>	<u>70</u>
2.3.3 <u>A vida privada e a intimidade como limitações externas às liberdades de expressão e informação.....</u>	<u>80</u>
3 FORMAS DE SOLUCIONAR EVENTUAIS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA PERSONALIDADE	100
3.1 Introdução.....	100
3.2 A liberdade de expressão nos EUA.....	103
3.2.1 <u>A doutrina dos direitos fundamentais preferenciais: duas vertentes</u>	<u>103</u>

3.2.2	<u>A doutrina norte-americana dos direitos fundamentais preferenciais</u>	107
3.2.3	<u>A doutrina norte-americana dos direitos fundamentais preferenciais em outras cortes constitucionais</u>	129
4	AS MANEIRAS DE CONSUBSTANCIAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL <i>PRIMA FACIE</i> NOS ESTADOS UNIDOS, INGLATERRA E AUSTRÁLIA	142
4.1	Introdução	142
4.2	Algumas importantes formas de consubstanciar a tese da preferência <i>prima facie</i> da liberdade de expressão	142
4.2.1	A doutrina norte-americana da <i>actual malice</i>	142
4.2.2	<u>As declarações de terceiros e a denominada <i>neutral reportage doctrine</i> (Estados Unidos)</u>	160
4.2.3	<u>O qualificado privilégio de defesa <i>Reynolds</i> (Inglaterra)</u>	178
4.2.4	<u>O qualificado privilégio de defesa <i>Lange</i> (Austrália)</u>	191
5	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL	204
5.1	A liberdade de expressão no direito brasileiro: um cenário de incoerências	204
5.2	Alguns casos emblemáticos julgados pelo Poder Judiciário Brasileiro	220
5.2.1	<u>Proibição da marcha da maconha</u>	220
5.2.2	<u>Caso Federação Israelita do Rio de Janeiro versus Grêmio Recreativo e Escola de Samba Unidos do Viradouro (Carnaval do Rio de Janeiro de 2008)</u>	228
5.3	A liberdade de expressão no Brasil e o diagnóstico feito pela ONG <i>Article 19</i>	230
6	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL <i>PRIMA FACIE</i> NO DIREITO BRASILEIRO	232
6.1	Introdução	232
6.2	Os fundamentos que justificam a liberdade de expressão <i>lato sensu</i> como um direito fundamental e as premissas que a estabelecem como um direito fundamental preferencial <i>prima facie</i>. Uma visão a partir do Direito Comparado	234
6.3	A liberdade de expressão no Brasil: múltiplas finalidades	236
6.4	A liberdade de expressão em sentido amplo e a função democrática	243

6.5	A liberdade de expressão em sentido amplo como direito fundamental preferencial <i>prima facie</i>: importantes fundamentos extraídos do Direito brasileiro	247
6.5.1	<u>Em razão de o público ter o direito de saber dos assuntos de interesse público</u>	248
6.5.2	<u>Diante do fato de a imprensa ter o <i>dever</i> (e não apenas o direito) de informar ao público sobre os assuntos de interesse público</u>	259
7	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL <i>PRIMA FACIE</i> E A FORMA DE SUA MATERIALIZAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: RECEPÇÃO DE TEORIAS ESTRANGEIRAS	271
7.1	Introdução	271
7.2	Fundamentos da responsabilidade civil dos jornalistas e dos meios de comunicação	271
7.3	A doutrina da <i>actual malice</i> e sua recepção pelo Direito Constitucional brasileiro	280
7.4	A teoria da reportagem neutra e sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro	301
7.5	Os padrões de defesa <i>Reynolds</i> (Inglaterra) e <i>Lange</i> (Austrália) como critérios objetivos a serem utilizados para identificar a atuação culposa ou dolosa do jornalista que divulga uma informação de interesse público falsa	315
	CONCLUSÃO	320
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	325

NOTA PRÉVIA:

As citações em língua estrangeira, constantes nesta obra, foram traduzidas livremente pelo autor. Algumas citações feitas, entretanto, foram reproduzidas no original.