

# Apontamentos sobre a posição preferencial do direito à liberdade de expressão

Ana Elisa Silva Miranda

Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária de Rondônia. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo:** O presente artigo busca analisar os fundamentos gerais do direito à liberdade de expressão e os principais elementos que integram a doutrina da posição preferencial, tese que defende o reconhecimento da posição privilegiada da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com o emprego do método de abordagem dialético, buscando esclarecer as bases teóricas do modelo, à luz da jurisprudência norte-americana, bem como o modo como este tem sido adotado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. Observou-se que a doutrina, apesar de acolhida pela jurisprudência nacional, não possui caráter absoluto, sendo necessária a observância de parâmetros limitativos para seu adequado emprego, com atenção às características do caso concreto sob julgamento.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Colisão de direitos fundamentais. Doutrina da posição preferencial.

**Abstract:** This article aims to analyze the general foundations of the right to freedom of speech and the main elements that integrate the Preferred Freedoms Doctrine, a thesis that defends the recognition of the privileged position of freedom of speech in relation to other fundamental rights. For this purpose, a bibliographic research was carried out, using the dialectical approach method, seeking to clarify the theoretical bases of the model, in light of North American jurisprudence, as well as the way it has been adopted, in Brazil, by the Supreme Federal Court. It was observed that the doctrine, despite being accepted by national jurisprudence, does not have an absolute character, being necessary the observance

of limiting parameters for its adequate use, with attention to the characteristics of the specific case under trial.

**Keywords:** Freedom of speech. Fundamental rights collisions. Preferred freedoms doctrine.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Liberdade de expressão: fundamentos e conteúdo. 3 A doutrina da posição preferencial. 3.1 Aplicação na jurisprudência norte-americana. 3.2 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. 3.3 Considerações doutrinárias. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

O direito à liberdade de expressão é assegurado pelo art. 5º, inciso IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Outros dispositivos da Lei Maior também estão relacionados ao preceito, a exemplo dos incisos V, IX, XIV e XVI do mesmo artigo. A norma assegura a prerrogativa individual de expressar ideias, ainda que ideologicamente minoritárias, bem como de deixar de expressá-las, independentemente da anuência estatal.

Trata-se de um dos mais complexos direitos fundamentais individuais, sendo sua forma de exercício, seus limites e suas consequências discutidos extensamente nos Tribunais. No âmbito internacional, o tema recebe relevante contribuição da doutrina e da jurisprudência oriundas dos Estados Unidos, especialmente à luz da Primeira Emenda à Constituição americana de 1787. No plano nacional, sua importância foi plenamente reconhecida com o advento da Constituição de 1988 e a redemocratização do País.

O presente artigo dedica-se a analisar os fundamentos gerais desse direito e os principais elementos que integram a doutrina da posição preferencial (*preferred position*), tese que defende o reconhecimento da posição privilegiada da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com o emprego do método de abordagem

dialético, buscando esclarecer as bases teóricas do modelo, à luz da jurisprudência norte-americana, bem como o modo como este tem sido recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal.

## **2 Liberdade de expressão: fundamentos e conteúdo**

A compreensão do fenômeno da primazia da liberdade de expressão pressupõe a análise dos fundamentos filosóficos em prol da referida prerrogativa, os quais são invocados para justificar uma proteção jurídica diferenciada ao seu exercício. Não há unanimidade entre as propostas teóricas sobre o tema, de modo que é possível observar variações entre os elementos invocados pela doutrina e pela jurisprudência. Não obstante, alguns preceitos recebem posição de destaque no estudo do assunto e, por isso, serão abordados no presente tópico.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815, o ministro Luís Roberto Barroso consignou que a posição privilegiada do direito à liberdade de expressão decorre, principalmente, de cinco fundamentos: a proteção da democracia, a dignidade humana, a necessidade de garantia do processo coletivo de busca da verdade, a função instrumental para o exercício e usufruto dos demais direitos e garantias fundamentais e a suspeição em relação à censura estatal.<sup>1</sup> Trata-se de uma síntese das justificativas mais comumente apontadas não apenas para invocar a doutrina da posição preferencial, mas para legitimar o próprio conteúdo da liberdade de expressão. Passa-se, então, ao exame detalhado desses elementos.

O regime democrático guarda estreita relação com o exercício da liberdade de expressão. Com efeito, ele não poderia subsistir sem a efetiva participação do indivíduo, mediante expressão de suas convicções, na formação da vontade coletiva.<sup>2</sup> Esse vínculo já

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 dez. 2020.

2 SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260-268.

foi reconhecido em diversos precedentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo pertinente a menção à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, na qual se consignou que o exercício da liberdade de imprensa (abarcada na liberdade de expressão *lato sensu*) contribui para a efetividade das normas constitucionais e para a concretização “de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas”.<sup>3</sup>

No ponto, alguns autores destacam a possibilidade de conferir uma dimensão mais rígida à liberdade de expressão quando esta recai sobre assuntos relativos ao governo, ou seja, no discurso político *stricto sensu*, notadamente porque é a atividade governamental que assegurará o pleno exercício das liberdades estritamente individuais.<sup>4</sup> A tese reforça a incindibilidade entre a livre expressão e a manutenção das bases do Estado Democrático de Direito.

Indo além, é possível identificar duas correntes acerca da amplitude da doutrina sob análise. A primeira, capitaneada pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, defende que o reconhecimento da precedência da liberdade de expressão independe do seu conteúdo. Já a segunda restringe a aplicabilidade da tese às hipóteses em que o objeto exprimido relacione-se aos direitos políticos e ao interesse público.<sup>5</sup>

A garantia da dignidade humana, por sua vez, estaria inclusa no rol de justificativas ora examinado pelo reconhecimento de que o próprio desenvolvimento pessoal do sujeito está condicionado à

---

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 6 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 14 dez. 2020.

4 OSÓRIO, Aline. Liberdade de expressão e democracia nos trinta anos da Constituição de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (orgs.). *A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 483-512.

5 OSÓRIO, 2018.

possibilidade de expressar livremente suas ideias e sentimentos.<sup>6</sup> Em outras palavras, o exercício da prerrogativa de expressão conduz à realização individual e à autonomia dos indivíduos, respeitando-se sua identidade pessoal e sua autodeterminação.

Argumenta-se, ainda, que a livre discussão e a contraposição de ideias permitem aos sujeitos o exercício de uma análise mais profunda a respeito dos temas apreciados, cenário que favorece o desenvolvimento do conhecimento em direção à verdade.<sup>7</sup> Sob tal perspectiva, apenas o livre debate pode assegurar que as ideias sejam rigorosamente avaliadas, complementadas e aperfeiçoadas pelo público, independentemente de condução estatal.

Nesse contexto, o ministro da Suprema Corte americana Oliver Wendell Holmes empregou a metáfora do “mercado de ideias” (*marketplace of ideas*), em alusão à lógica do livre mercado, no caso *Abrams v. United States*, julgado em 1919.<sup>8</sup> A expressão tem destaque na literatura jurídica sobre o tema, tendo sido citada pelo ministro Edson Fachin em seu voto na ADPF n. 548, oportunidade em que enfatizou a impossibilidade de intervenção estatal no pleno funcionamento desse sistema autorregulado.<sup>9</sup> Apesar do caráter peremptório da assertiva, admite-se excepcionalmente a definição de limites para o direito em tela, o que será abordado com maior profundidade em linhas posteriores.

Apesar de não ser possível falar em verdade universal, diante dos subjetivismos de que se revestem certos temas e da influência da desigualdade socioeconômica sobre o debate,<sup>10</sup> é viável o reconheci-

---

6 SARMENTO, 2018.

7 OSÓRIO, 2018.

8 OSÓRIO, 2018.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 27 out. 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

10 OSÓRIO, 2018.

mento de que o avanço do discurso social, da ciência e da educação conduz a sociedade a modelos mais próximos da realidade dos fatos. Daí a relevância do argumento em favor do respeito à natureza progressiva e cumulativa do processo de busca pelo conhecimento.

A liberdade de expressão também viabilizaria o exercício dos demais direitos fundamentais. Isso porque não se pode conceber o pleno usufruto de direitos civis e sociais, por exemplo, sem a garantia de articulação de grupos e ideias com vistas à implementação de normas gerais ou políticas públicas. Nesse sentido, “a crítica e a reivindicação política são as formas mais eficazes de conquista dos direitos e de melhoria dos serviços públicos”.<sup>11</sup>

O último dos fundamentos elencados no voto do ministro Luís Roberto Barroso é a desconfiança histórica nos governos, decorrente da suspeita perene de que o Estado pode, a qualquer momento, interferir no exercício da liberdade de expressão com o objetivo de regular a forma ou o conteúdo desse direito.<sup>12</sup> Tal circunstância demanda um alto grau de vigilância por parte dos indivíduos, isto é, as investidas estatais para imposição de limites a essa prerrogativa, ainda que teoricamente tímidas, devem ser interpretadas com cautela por seus destinatários, com o objetivo de identificar de antemão eventuais tentativas de cerceamento da plena liberdade civil.

As justificativas acima descritas podem também ser categorizadas em dois grandes grupos – as justificativas de natureza instrumental e aquelas de natureza constitutiva ou moral. O primeiro engloba os benefícios que a prerrogativa proporciona aos indivíduos e à coletividade, contribuindo para o avanço do conhecimento humano em direção à verdade, para a manutenção do equilíbrio entre estabilidade e mudança na sociedade (estabilidade governamental) e para a garantia da democracia. O último representa a garantia da autonomia de consciência, isto é, o reconheci-

---

11 OSÓRIO, 2018, p. 496.

12 OSÓRIO, 2018.

mento de que os cidadãos devem ser autorizados a pensar e extrair conclusões por si próprios.<sup>13</sup>

Quanto ao conteúdo, a proteção jurídica conferida à liberdade de expressão é ampla, abarcando, a princípio, “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.<sup>14</sup> Engloba, ainda, a face oposta dessas condutas, qual seja, o direito de não se exprimir, de calar e de não se informar.<sup>15</sup>

Nota-se que o reconhecimento dessa liberdade, quando não colide com outros direitos fundamentais, independe de juízo de valor acerca da veracidade, moralidade ou seriedade da ideia transmitida. É inerente à caracterização da liberdade que o discurso ou conduta seja viabilizado mesmo (e especialmente) nas hipóteses em que se verifique divergência quanto à adequação de seus termos ou da forma pela qual o pensamento foi propagado. A possibilidade de divergências é a essência do discurso e do debate público.

Trata-se de uma liberdade negativa, assim entendida como o direito a uma abstenção por parte do Estado, que não deve interferir na livre manifestação do pensamento, seja colocando-se na posição de examinador prévio do mérito da opinião emitida ou impondo sanções pelo exercício regular da prerrogativa de expressar-se. Com efeito, a crítica às ideias deve partir do público, a quem cumpre decidir sobre a sua validade e aceitabili-

---

13 SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>. Acesso em: 22 dez. 2020. DOI: 10.22456/2317-8558.72978.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 264.

15 MENDES; BRANCO, 2015.

dade.<sup>16-17</sup> Isso não autoriza, todavia, o exercício da violência, tampouco impede que o indivíduo assuma as consequências, cíveis e penais, por suas palavras e condutas.<sup>18</sup> A definição dos limites desse direito será objeto do tópico seguinte deste estudo.

Por fim, cumpre consignar que a liberdade de expressão é comumente desdobrada em manifestação do pensamento e divulgação de fatos. Enquanto o primeiro aspecto estaria relacionado a convicções do sujeito, o último seria afeto à liberdade de informar. A distinção é relevante em virtude da existência de normas específicas que regem os veículos de comunicação social, as quais traduzem um compromisso mais incisivo de narração dos fatos conforme a verdade.<sup>19</sup> O presente artigo tem como foco a manifestação do pensamento, dotada de maior grau de abstração, com a consequente dificuldade de definição de seus contornos.

### **3 A doutrina da posição preferencial**

Diante da relevância dos fundamentos invocados para a proteção da liberdade de expressão, foi desenvolvida a tese segundo a qual é preciso conferir posição preferencial a referido direito, quando contraposto a outras prerrogativas também reconhecidas juridicamente. Trata-se, assim, de uma proteção reforçada contra investidas autoritárias e tentativas de restrição do alcance dessa liberdade fundamental.

A origem da doutrina é atribuída ao Direito norte-americano, tendo a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América papel de destaque no desenvolvimento de suas balizas teóricas. No Brasil, o tema passou a receber ênfase após ser expressamente citado em diversos precedentes do Supremo

---

16 MENDES; BRANCO, 2015.

17 SARMENTO, 2018.

18 MENDES; BRANCO, 2015.

19 SARMENTO, 2018.



Tribunal Federal a partir dos anos 2000.<sup>20</sup> Nos tópicos seguintes, serão analisados os principais precedentes de ambas as Cortes acerca do assunto sob exame para identificação dos parâmetros que devem guiar o intérprete.

### 3.1 Aplicação na jurisprudência norte-americana

Segundo alguns autores, pode-se apontar como origem remota da doutrina da posição preferencial as discussões entre Thomas Jefferson e James Madison que levaram à elaboração da Primeira Emenda à Constituição americana de 1787.<sup>21</sup> Referida norma preconiza que “o Congresso não editará leis [...] cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa [...]”.<sup>22</sup> Trata-se do dispositivo central sobre o tema no ordenamento jurídico dos Estados Unidos.

A Suprema Corte americana confere interpretação expansiva à referida norma constitucional, sendo sua jurisprudência caracterizada por priorizar o exercício do direito à liberdade de expressão. Diferencia-se, assim, da posição predominante no continente europeu, especialmente na Alemanha, desde o término da Segunda Guerra Mundial, marcada pela ausência de preferência a tal direito.<sup>23</sup>

Um dos primeiros casos sobre liberdade de expressão levados à Suprema Corte americana foi *Schenck v. United States*, julgado em 1919. O litígio dizia respeito à condenação de um homem com base no *Espionage Act*, por ter distribuído panfletos subversivos que, no entender da acusação, representavam um risco à estabilidade do governo. A Corte manteve a condenação, ocasião em que formu-

---

20 OSÓRIO, 2018.

21 OSÓRIO, 2018.

22 OSÓRIO, 2018, p. 498.

23 WEDY, Miguel Tedesco; HORBACH, Lenon Oliveira. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e37204, maio/ago. 2019, p. 10. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30692>. Acesso em: 27 dez. 2020. DOI: 10.5902/1981369430692.

lou um critério que passaria a ser clássico para demandas do gênero: o teste do perigo claro e iminente (*clear and present danger*), que, se confirmado, autorizaria a restrição às liberdades comunicativas.<sup>24</sup>

O esboço da doutrina preferencial foi efetivamente traçado em momento posterior – no caso *United States v. Carolene Products Co.*, julgado em 1938. O caso não tratava especificamente sobre a liberdade de expressão – na verdade, a discussão tinha como tema a regulação econômica pelo Estado. Em seu voto, o *justice* Harlan Stone afirmou que “as regulações das liberdades e da propriedade somente deveriam ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma base razoável fosse vislumbrada na correlação entre meios e fins”.<sup>25</sup> Com isso, estabeleceu-se que caberia ao Poder Judiciário, a princípio, a adoção de uma postura de maior deferência às escolhas realizadas pelo Poder Legislativo.

Contudo, na nota de rodapé n. 4, vinculada à afirmação supracitada, o julgador ressaltou que tal raciocínio não deveria ser aplicado a outros direitos fundamentais diversos das liberdades econômicas e da propriedade. Nesses casos, normas restritivas deveriam ser examinadas com maior rigidez (*strict scrutiny*).<sup>26</sup> Portanto, o nível de deferência a ser concedido ao Poder Legislativo dependeria da natureza do direito fundamental restringido.

Essas considerações possibilitaram o desenvolvimento da tese de graduação do princípio da presunção de constitucionalidade de atos normativos. Direitos de cunho econômico estariam sujeitos a uma análise mais favorável à manutenção das normas restritivas estabele-

---

24 TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 1, 2016, p. 178. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3551>. Acesso em: 6 jan. 2021. DOI: 10.5102/unijus.v27i1.3551.

25 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, 2004, p. 106. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236>. Acesso em: 10 jan. 2021.

26 MARTEL, 2004.

cidas pelo Poder Público, enquanto os direitos assegurados pelas dez primeiras emendas à Constituição americana, em harmonia com a décima quarta emenda (direitos essencialmente civis e concernentes a processos políticos), devem receber proteção mais robusta. Essa visão graduada da presunção de constitucionalidade é bem explicada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

A jurisprudência consolidou parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas. Existe o “teste da racionalidade” (*rationality test*) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, para o controle da regulação das atividades econômicas; o “teste intermediário” (*intermediate test*), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste do escrutínio estrito (*strict scrutiny*), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo. Esse último parâmetro, quase sempre “fatal” para o ato normativo examinado, é empregado para controle de leis restritivas de algumas liberdades públicas, como as liberdades de expressão e religião [...].<sup>27</sup>

A expressão “posição preferencial” (*preferred position*), por sua vez, foi empregada expressamente no âmbito da Suprema Corte americana em 1942, pelo *justice* Harlan Stone, no caso *Jones v. Opelika*.<sup>28-29</sup> Na oportunidade, o julgador retomou a lógica empregada na nota de rodapé n. 4 do caso *United States v. Carolene Products*, reafirmando que direitos de naturezas diversas estão sujeitos a graus de escrutínio diferenciados. Contudo, a tese foi consolidada no caso *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania*, julgado em 1943, no qual a doutrina da posição preferencial foi afinal aceita pela maioria da Suprema Corte americana.<sup>30</sup>

---

27 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 459.

28 MARTEL, 2004.

29 OSÓRIO, 2018.

30 OSÓRIO, 2018.

Posteriormente, no caso *Thomas v. Collins*, julgado em 1945, a prioridade da liberdade de expressão foi ressaltada no voto do *justice* Rutledge, que reiterou a imprescindibilidade da aferição, em concreto, de perigo claro e iminente ao bem-estar público para que seja justificada a restrição do direito em tela.<sup>31</sup> Conforme consignado pela Corte, “apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”.<sup>32</sup>

Finalmente, cumpre registrar que a jurisprudência norte-americana, a exemplo do que se verificou no caso *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, de 1972, distingue as restrições fundadas no conteúdo da mensagem expressa (*content-based*) daquelas fundadas em outros fatores, como tempo, lugar ou forma (*content-neutral*) – as primeiras, por atingirem o cerne da ideia, estão sujeitas a um controle judicial mais rigoroso.<sup>33</sup> Assim, uma “restrição baseada em conteúdo é presumida inconstitucional de acordo com a primeira emenda, salvo quando houver argumentos convincentes (*compelling rights*), aptos a justificar a restrição”.<sup>34</sup>

Verifica-se que o tema apresenta grande complexidade, tendo recebido tratamento extenso pela Suprema Corte dos Estados Unidos, com a fixação de critérios específicos para situações concretas diferenciadas. O amplo e antigo debate gerou precedentes relevantes, que passaram a ser invocados em outros ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, conforme será exposto no tópico seguinte deste estudo. Deve-se considerar, todavia, que as particularidades sociais e históricas impactam consideravelmente o resultado do emprego das técnicas interpretativas narradas, de modo que a adequação dos parâmetros expostos pode demandar adaptações casuísticas.

---

31 OSÓRIO, 2018.

32 GRAÇA, Guilherme Mello. Desvelando o grande irmão. Fake news e democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas*, Pelotas, RS, v. 5, n. 1, 2019, p. 403. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/13987>. Acesso em: 12 jan. 2021.

33 OSÓRIO, 2018.

34 WEINSTEIN, 2009 *apud* WEDY; HORBACH, 2019, p. 14.

### 3.2 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal

A doutrina da posição preferencial foi consagrada no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro a partir do julgamento da ADPF n. 130, ocorrido em 2009. Referida ação discutia a compatibilidade da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com a Constituição de 1988. Em seu voto, o ministro Ayres Britto consignou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*”.<sup>35</sup> Declarou-se, ao final, que a norma impugnada não foi recepcionada pela nova ordem jurídica, por restringir indevidamente a liberdade de imprensa.

Posteriormente, em 2011, a tese foi reafirmada no bojo da ADPF n. 187. A demanda abordava a (i)legitimidade de manifestação favorável à descriminalização de substância entorpecente, conhecida como “marcha da maconha”. Nas palavras do ministro Luiz Fux,

a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior.<sup>36</sup>

O resultado do julgamento foi favorável ao reconhecimento da compatibilidade da citada manifestação com a Constituição Federal.

Frisou-se, contudo, que o raciocínio não implica hierarquização jurídica dos direitos fundamentais, tratando-se, na verdade, de interpretação de natureza axiológica. Conforme assentado,

não se quer afirmar que haja qualquer espécie de hierarquia entre as normas constitucionais – o princípio da unidade da Constituição [...]

---

<sup>35</sup> BRASIL, 2009.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 14 dez. 2020.

não concebe essa distinção hierárquica –, mas é inegável que existe uma certa preeminência axiológica da liberdade de expressão.<sup>37</sup>

O posicionamento foi mantido quando do julgamento da ADI n. 4.815, em 2015. A ação discutia a constitucionalidade da exigência de autorização prévia para a publicação de biografias, assunto regulado pelos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). O ministro Luís Roberto Barroso mencionou em seu voto que a Constituição elaborou

um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade.<sup>38</sup>

Reiterou-se, ainda, a inexistência de hierarquia jurídica, mas meramente axiológica, entre os preceitos:

[A] impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais não obsta que o sistema constitucional atribua uma proteção privilegiada a alguns bens jurídicos e estabeleça posições de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios ou valores dotados de elevado valor axiológico.<sup>39</sup>

Já na ADI n. 4.451 se discutiu a (in)constitucionalidade de dispositivos legais que estabeleciam a prévia ingerência estatal no direito à crítica durante o processo eleitoral. A primazia da liberdade de expressão foi salientada pelo ministro Edson Fachin, que adotou esse *status* de especial proteção como uma de suas razões de decidir. A tese foi reiterada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que ressaltou sua principal consequência: “o ônus argumentativo da demonstração de que outro valor deva sobrepujá-la é da parte que esteja questionando, da parte que esteja impugnando a norma”.<sup>40</sup>

---

37 BRASIL, 2011.

38 BRASIL, 2015a.

39 BRASIL, 2015a.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 jun. 2018b. Disponível em: <http://redir>.

Ainda no ano de 2018, foi proposta a ADPF n. 548, já citada em tópico anterior deste estudo, buscando a declaração de nulidade de decisões da Justiça Eleitoral que determinavam buscas e apreensões em universidades e associações de docentes, sob o argumento de exercício indevido de propaganda política. À época, concedeu-se medida liminar para suspender os efeitos dos pronunciamentos judiciais impugnados, ante a legitimidade da livre manifestação de ideias e da divulgação do pensamento nos ambientes universitários. No julgamento do mérito da demanda, a ministra Cármen Lúcia mencionou que “o respeito à exposição do livre pensamento por particulares ou, mais ainda, pelos agentes estatais é da dinâmica democrática”.<sup>41</sup>

O tema receberá contribuição importante no bojo do Recurso Extraordinário n. 662.055/SP, pendente de julgamento. O litígio envolve uma sociedade de proteção dos direitos dos animais e, de outro lado, uma pessoa jurídica de direito privado que organiza rodeios. A primeira veiculou mensagens na internet denunciando suposto tratamento cruel e conclamando a população a instar os patrocinadores do evento a retirarem seu apoio. A organizadora alega a falsidade das informações divulgadas, bem como o exercício abusivo da liberdade de expressão.<sup>42</sup> A repercussão geral da matéria foi reconhecida em 2015, em decisão assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITOS DOS ANI-

---

stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337. Acesso em: 14 dez. 2020.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343350100&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

42 ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/11313>. Acesso em: 8 jan. 2021.

MAIS E RELEVANTE PREJUÍZO COMERCIAL A EVENTO CULTURAL TRADICIONAL. RESTRIÇÕES A PUBLICAÇÕES E DANOS MORAIS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A decisão recorrida impôs restrições a publicações em sítio eletrônico de entidade de proteção aos animais, que denunciava a crueldade da utilização de animais em rodeios, condenando-a ao pagamento de danos morais e proibindo-a de contactar patrocinadores de um evento específico, tradicional e culturalmente importante. 2. Constitui questão constitucional da maior importância definir os limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica, como os da inviolabilidade da honra e da imagem, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas. 3. Repercussão geral reconhecida.<sup>43</sup>

Nota-se que o Tribunal pretende estabelecer critérios claros para o reconhecimento dos limites à liberdade de expressão, o que certamente densificará a doutrina da posição preferencial, mediante a definição dos parâmetros para sua esmerada aplicação. Deve-se ter em vista, contudo, que o caso concreto tem como peculiaridade a alegação de veiculação de informações falsas, circunstância essa que confere aspecto diferenciado à lide, pois esta não estará limitada à discussão acerca da colisão frontal entre o exercício legítimo de direitos fundamentais legitimamente exercidos.

Do exposto, observa-se que a tese é expressamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo frequentemente reiterada em sede de controle de constitucionalidade. Não obstante, é recomendável cautela ao invocá-la. Isso porque as decisões supracitadas, apesar de firmarem a precedência, *prima facie*, da liberdade de expressão, não fornecem critérios específicos ou acomodações interpretativas que conduzam à aplicação segura do direito.<sup>44</sup> A textura aberta dos

---

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055/SP*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 ago. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307638786&ext=.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

44 ROBL FILHO; SARLET, 2016.



preceitos examinados dificulta a imposição de regras objetivas para fixação dos limites ao direito discutido, exigindo a minuciosa análise das características do caso concreto *sub judice*. Assim, espera-se que o desenvolvimento da matéria no STF forneça parâmetros mais seguros para o enfrentamento da dificuldade exposta.

### 3.3 Considerações doutrinárias

Com base nos precedentes examinados e no desenvolvimento teórico do tema, é possível identificar alguns parâmetros para a aplicação da doutrina da posição preferencial. A primeira premissa a ser destacada é a impossibilidade do reconhecimento de caráter absoluto a qualquer direito fundamental, apesar das fórmulas peremptórias utilizadas pelo legislador constituinte na redação das cláusulas constitucionais.<sup>45</sup>

Assim, deve-se admitir a possibilidade (e a probabilidade) de que o caso concreto se revista de complexidade que desafie os comandos normativos abstratos. Nessas circunstâncias, exige-se do intérprete a reflexão a respeito do enquadramento dos fatos à hipótese legal, com especial atenção ao campo de aplicação de outros direitos por vezes antagônicos.

A respeito da unidade da Constituição, deve-se admitir que o consenso fundamental do qual resulta a ordem jurídica vigente não impede a existência de tensões entre princípios constitucionais, tendo em vista que o pluralismo e o antagonismo são fatores naturais no pacto jurídico-político. Essas tensões, contudo, não resultarão na eliminação de um princípio para a afirmação de outro. Em vez disso, eles podem ser submetidos à ponderação e à concordância prática, à luz das características do caso concreto.<sup>46</sup>

---

45 COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação*. 2016. 208 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

Devem, ainda, ser ressaltadas como premissas basilares sobre os limites dos direitos fundamentais a vedação à proteção de práticas ilícitas e a necessidade de preservação do seu núcleo essencial.<sup>47</sup> Desse modo, na hipótese de colisão, assim entendida como “a situação em que dois ou mais direitos fundamentais, coexistentes em abstrato, passam a representar obstáculo ao exercício do outro”,<sup>48</sup> faz-se necessária a avaliação do peso dos direitos examinados conforme as circunstâncias específicas de cada caso.

Podem, ainda, ser apontados como parâmetros a vedação à violência,<sup>49</sup> ao “discurso de ódio” (*hate speech*), à discriminação e as ofensas graves à dignidade humana e aos direitos de personalidade a ela vinculados.<sup>50</sup> Além disso, pode-se citar a interpretação da liberdade de expressão a partir de valores liberais, democráticos e republicanos; o emprego de juízo de proporcionalidade e razoabilidade quando estritamente necessário; a não proteção à divulgação de informações inverídicas de forma dolosa ou com negligência grave, situação que concludaria a teoria da malícia; e a não proteção à divulgação de informações obtidas por meios ilícitos, salvo na hipótese de veículos de comunicação social que divulguem fatos de interesse público e não tenham participação na obtenção ilícita do material. De igual modo, não estaria no âmbito da liberdade de expressão a proteção a teses negacionistas de fatos firmemente estabelecidos, quando tiverem aptidão para lesar a dignidade humana ou outros direitos fundamentais da espécie.<sup>51</sup>

É também relevante a distinção, nos casos referentes à tensão entre liberdade de expressão e direitos à honra e à imagem, do nível de proteção conferido a personalidades públicas em relação aos

---

47 COLNAGO, 2016.

48 COLNAGO, 2016, p. 59.

49 MENDES; BRANCO, 2015.

50 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

51 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

demais indivíduos.<sup>52</sup> Com efeito, a constatação de um grau maior de exposição pública do indivíduo enseja análise parcimoniosa acerca da possibilidade de cercear opiniões ou manifestações a seu respeito.

Os parâmetros ora apresentados não esgotam o assunto, que comporta discussões mais amplas com relação ao alcance da pretensão restritiva sobre a liberdade de expressão. Buscou-se aqui identificar critérios relevantes para a adequada aplicação da tese da posição preferencial, considerando, por um lado, a impossibilidade de sacrifícios de determinados direitos em benefício de outros e, por outro, a tendência contemporânea de privilegiar o direito à livre expressão de ideias.

#### **4 Conclusão**

O presente estudo examinou os principais fundamentos do direito à liberdade de expressão, demonstrando sua vinculação com o regime democrático e com o princípio da dignidade humana, bem como sua contribuição para a garantia do processo de busca pela verdade e para o usufruto dos demais direitos e garantias fundamentais. A partir dessas justificativas, analisou-se a tese segundo a qual é preciso conferir posição preferencial a referido direito, quando contraposto a outras prerrogativas cujos valor e importância também são reconhecidos juridicamente.

Pelos argumentos expostos, observa-se que a doutrina da posição preferencial representa uma proteção reforçada contra investidas autoritárias e tentativas de restrição do alcance dessa liberdade fundamental, a qual tem sido amplamente debatida na jurisprudência norte-americana e, mais recentemente, na brasileira. Desde a redemocratização em 1988, o STF tem reconhecido o papel central da liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio, mas não admite o caráter absoluto desse direito. Em vez disso, autoriza a sua limitação por outros direitos previstos expressamente na Constituição ou dela decorrentes.

---

52 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

A posição preferencial, portanto, não é garantia inarredável da sobrepujança da liberdade de expressão sobre outros direitos – a avaliação do caso concreto sempre será determinante para a definição de seus contornos. Por outro lado, a complexidade da matéria e a ausência de marcos teóricos firmes sobre sua restrição na jurisprudência nacional podem dificultar a aplicação uniforme da teoria. Visando ao estabelecimento de premissas objetivas sobre o assunto, alguns parâmetros têm sido invocados pela doutrina e pela jurisprudência para auxílio do intérprete.

No estudo em epígrafe, foram mencionados como parâmetros viáveis a vedação à violência, ao discurso de ódio, à discriminação e a ofensas graves à dignidade humana; a interpretação à luz de valores liberais, democráticos e republicanos; o emprego de juízo de proporcionalidade e razoabilidade; a não proteção à divulgação de informações inverídicas de forma dolosa ou com negligência grave; a não proteção, em regra, à divulgação de informações obtidas por meio ilícitos ou de teses negacionistas violadoras de direitos fundamentais; bem como o grau diferenciado de proteção conferido a pessoas públicas.

Com tais considerações, é notável a necessidade de avanço da jurisprudência brasileira na formulação de critérios para o aperfeiçoamento da tutela jurídica da liberdade de expressão. A complexidade dos casos concretos envolvendo tensão entre referido direito fundamental e outros de semelhante envergadura tem exigido do intérprete o exame cauteloso e aprofundado do tema, o que reafirma a importância da fixação de parâmetros objetivos com vistas à obtenção da melhor solução para conflitos entre direitos individuais.

## **Referências**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 6 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 jun. 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343350100&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 27 out. 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055/SP*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 ago. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307638786&ext=.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação*. 2016. 208 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

GRAÇA, Guilherme Mello. Desvelando o grande irmão. Fake news e democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas*, Pelotas, RS, v. 5, n. 1, p. 392-414, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/13987>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, p. 91-117, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OSÓRIO, Aline. Liberdade de expressão e democracia nos trinta anos da Constituição de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (Orgs.). *A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 483-512.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/11313>. Acesso em: 8 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260-268.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>. Acesso em: 22 dez. 2020. DOI: 10.22456/2317-8558.72978.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 1, p. 163-187, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3551>. Acesso em: 6 jan. 2021. DOI: 10.5102/unijus.v27i1.3551.

WEDY, Miguel Tedesco; HORBACH, Lenon Oliveira. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e37204, maio/ago. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30692>. Acesso em: 27 dez. 2020. DOI: 10.5902/1981369430692.