

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS ASPECTOS RELEVANTES**  
**(FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS RELEVANT ASPECTS)**

Gisela Barroso Istamati

Resumo: A Constituição Federal contempla um sistema robusto de proteção à liberdade de expressão e, em qualquer de suas justificações, seja a *instrumental*: imprescindível para a consecução dos objetivos da coletividade e a busca da verdade; ou em sua justificação *construtiva*: importante para o desenvolvimento da personalidade individual; este direito é essencial para o Estado democrático brasileiro. Tamanha é sua importância que existem, na doutrina e jurisprudência, quem sustente tratar-se de um direito que ocupa *posição preferencial*, *prima facie*, no confronto com outros direitos. Estes são apenas alguns dos aspectos relevantes que contemplam o direito fundamental à liberdade de expressão e, compreende-los, se torna essencial para quem deseja se aprofundar no estudo das questões complexas que envolvem esta garantia.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Direitos Fundamentais; Direito Constitucional; Posição Preferencial; Justificação Instrumental e Justificação Construtiva.

Abstract: The Federal Constitution contemplates a robust system to protect the freedom of expression and, in any of its justifications, be it the *instrumental* one: it is indispensable to achieve society's purposes and for the search of the truth; or in its *constructive* justification: it is important for the development of the individual personality; this right is essential for the Brazilian democratic State. Its importance is so great that there are, in the opinion of jurists and in case law, those who believe that this right occupies a *preferred position*, *prima facie*, in comparison to other rights. These are some of the relevant aspects that contemplate the fundamental right to freedom of expression. It is essential, for whoever wishes to carry out an in-depth study into the complex matters related to this guarantee, to understand them.

Keywords: Freedom of Speech; Fundamental Rights; Constitutional Right; Preferred Position; Instrumental Justifications; Constructive Justifications.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, junto com a redemocratização do país, ampla proteção aos direitos fundamentais, garantindo especial destaque à liberdade de expressão, impulsionada em boa parte pelas mazelas que abateram o Brasil durante o Regime Militar, em que a censura recaía sobre qualquer tipo de manifestação que o Governo considerava perigosas ou ofensivas aos seus próprios interesses. Isto incluía desde notícias jornalísticas que denunciavam os abusos do regime às expressões artísticas. As consequências eram as piores possíveis: censura prévia de conteúdos produzidos, privação da liberdade de ir e vir, risco à integridade física e às vezes a própria vida.

Conforme bem pontua Daniel Sarmiento<sup>1</sup>, a situação era terrível, mas, sob o prisma do ordenamento jurídico, não havia “casos difíceis”. “Aquelas restrições à liberdade de expressão eram simplesmente erradas e ponto final.”<sup>2</sup>.

Hoje no Brasil a situação é completamente oposta, a imprensa trabalha com liberdade, exercendo o seu papel de controle sobre os atos do Estado, e os artistas podem produzir suas obras sem os temores de outrora. Por outro lado, o cenário atual faz com que os Tribunais enfrentem questões difíceis, tais como: é possível limitar a liberdade de expressão pelo conteúdo do livro? Ato obsceno, racismo e incitação ao ódio estão protegidos pela liberdade de expressão? O Estado pode proibir determinada manifestação artística em época eleitoral?

O intuito deste artigo não é responder tais questões, mas investigar como a Constituição Federal, a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”), compreende a liberdade de expressão, sob três aspectos: (i) em sentido estrito e amplo; (ii) como justificação instrumental e construtiva; e (iii) como posição preferencial. Todavia, para que este trabalho também possua uma

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, pp.243.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, pp.243.

aplicação prática, nos dedicamos a investigar qual interpretação o STF confere ao direito à liberdade de expressão.

Com isso, acreditamos que o leitor terá subsídios para compreender este direito fundamental e ferramentas para enfrentar questões tão ou igualmente complexas as apresentadas acima.

## 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO ESTRITO E AMPLO

O direito à liberdade de expressão contempla tanto a *liberdade de expressão em sentido estrito* quanto a *liberdade de informação*<sup>3</sup>. A doutrina, brasileira e internacional<sup>4</sup>, fazem essa distinção por uma questão de praticidade, tendo em vista que cada um apresentam requisitos e limitações diferentes, embora ambas façam parte da liberdade de expressão em sentido amplo.

A liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado<sup>5</sup>. A liberdade de expressão em sentido estrito, por seu turno, se destina a externar qualquer manifestação do pensamento humano como as ideias, opiniões, juízos de valor<sup>6</sup>, por qualquer meio, seja pela criação artística ou literária, “que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> **CHEQUER**, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 21.

<sup>4</sup> Nesse sentido: **BARROSO**, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18, jan./mar.2004; **CARVALO**, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 25; **CHEQUER**, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 21.

<sup>5</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18.

<sup>6</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18.

<sup>7</sup> **CARVALO**, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 25.

De acordo com essa concepção dual (diferenciadora), a exigência de prova da verdade ou a existência de um necessário trabalho preparatório da informação são elementos exclusivos da liberdade de expressão, já que se refere a fatos. A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada à verdade<sup>8</sup>.

Assim, segundo CHEQUER, a verdade representa um limite apenas do direito fundamental à liberdade de informação, não produzindo o mesmo efeito no que diz respeito à liberdade de expressão em sentido estrito<sup>9</sup>.

“A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] – pela circunstancia de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão”<sup>10</sup>

Cumprе ressaltar que a liberdade de imprensa, por sua vez, é uma das formas de exteriorização da liberdade de informação (fatos) e da liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos e etc.).

Destacamos que ao utilizarmos a expressão “liberdade de expressão” ou “liberdade de expressão em sentido amplo”, nos referimos a definição que abrange tanto a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado), liberdade de imprensa (direito dos jornalistas e radiodifusão), conforme procede Canotilho e Vital Moreira<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Parafrazeando CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 22.

<sup>9</sup> Como ficou estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Keeton v. Hustler Magazine* (485 US 770 (1984)): “[...] declarações falsas de fato injuriam tanto o sujeito da falsidade quanto os leitores da declaração.”

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18/19.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 224.

Passamos agora a analisar os fundamentos que justificam a liberdade de expressão como um direito fundamental.

## 2. JUSTIFICAÇÃO INSTRUMENTAL E CONSTRUTIVA

“liberdade de expressão é preciosa como um fim e como um meio”<sup>12</sup>

O Professor Dworkin, ao discorrer sobre o caso *New York Times vs. Sullivan*<sup>13</sup>, relevante julgado na jurisprudência americana, afirma que os juristas constitucionais propuseram muitas justificativas diferentes para o dispositivo da liberdade de expressão, todavia a maioria delas se enquadra numa ou noutra dessas duas grandes categorias: (i) instrumental e (ii) construtiva<sup>14</sup>.

Na primeira categoria a liberdade de expressão tem uma importância instrumental, em que não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade<sup>15</sup>.

Nesse sentido, a livre manifestação do pensamento é também fundamental porque, por seu intermédio, é mais provável que se chegue à verdade, que se corrijam erros ou, ainda, que se produzam boas políticas<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Citação retirada do livro de **DWORKIN**, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 321, frase atribuída à Brandeis no seu parecer sobre o caso *Whitney*.

<sup>13</sup> **DWORKIN**, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 311: “Na decisão Sullivan, a Corte afirmou que, a partir desse dispositivo constitucional, se conclui que nenhum servidor público ou ocupante de cargo público pode ganhar uma ação contra a imprensa, a menos que prove não só que a acusação feita contra ele era falsa e nociva, mas também que o órgão de imprensa fez essa acusação com ‘malícia efetiva’ – que o jornalista não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem”.

<sup>14</sup> Na doutrina brasileira, a justificação construtiva é denominada de “substantiva” ou “libertária”, ao passo que a justificação instrumental também pode ser referenciada como “democrática”. Todavia, aqui utilizo as expressões encontradas no livro de **DWORKIN**, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 311.

<sup>15</sup> Parafrazeando Ronald Dworkin, O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 321.

<sup>16</sup> Parafrazeando James Madison, a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder do povo de governar a si mesmo. Apud **GOULD**, Jon B. *Speak no Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005, pp. 45-46.

De acordo com a visão instrumental, portanto, o compromisso com a liberdade de expressão funda-se na premissa de que, ao longo tempo, a liberdade produzira resultados melhores para a sociedade do que qualquer benefício que se pudesse alcançar por meio de sua supressão. “O melhor remédio para uma eventual patologia do discurso é uma dose maior de liberdade discursiva”<sup>17</sup>.

Segundo perspectiva diversa, chamada construtiva, se pressupõe que a liberdade de expressão é importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial de uma sociedade política justa.

Neste aspecto, é dizer: as pessoas são moralmente responsáveis para tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na fé. Assim, “*o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou desagradáveis*”<sup>18</sup>.

Segundo o autor, ainda, a responsabilidade moral também tem um aspecto ativo: é a responsabilidade não só de construir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar.

“Quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente

---

<sup>17</sup> Petição inicial proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, no âmbito da ADI nº 4451. Autoria: Gustavo Binenbojm, Rafael Koatz e Alice Voronoff. pp.6.

<sup>18</sup> Ibidem. pp. 319.

político (...) os cidadãos têm o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético.”<sup>19</sup>.

Nota-se que as justificações instrumental e construtiva da liberdade de expressão não são excludentes e apresentam muitos pontos em comum: nenhum deles atribui um caráter absoluto à liberdade de expressão, ao passo que ambos admitem que os valores por eles invocados podem ser postos em segundo plano em casos especiais, ao se decidir, por exemplo, até que ponto se devem censurar as informações militares.

Não obstante, conforme nos ensina Dworkin, as duas justificações são essencialmente diferentes<sup>20</sup>, pois a justificação instrumental é mais frágil e mais limitada porque trata, principalmente, da proteção da expressão política, ao passo que a justificação construtiva abrange, em princípio, todos os aspectos da expressão ou do pensamento cuja independência é exigida pela responsabilidade moral.

Por exemplo, se adotarmos apenas a justificação instrumental é possível afirmar que o objetivo da liberdade de expressão é o de simplesmente garantir que a democracia funcione bem – que as pessoas tenham as informações de que precisam para votar, para proteger a democracia dos tirânicos ou para garantir que o governo não seja nem corrupto nem incompetente – e até aqui estamos de acordo e louvamos essas características. Porém, apenas considerar o caráter instrumental é dizer, contrário sensu, que a liberdade de expressão é muito menos importante quando diz respeito à arte, ao humor, decisões pessoais, sociais. E com isso não concordamos. Apenas para ilustrar, ainda que de forma forçada e fácil de derrubar, se levamos a justificação instrumental ao extremo é possível afirmar que um show cujo único objetivo é entreter não está protegido pela liberdade de expressão, pois não é essencial que eu o assista para que se possa, por exemplo, votar de forma consciente.

---

<sup>19</sup> Ibidem. pp. 320.

<sup>20</sup> **DWORKIN**, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 321.

Por tais motivos, neste trabalho defendo ambas, pois são necessários os dois tipos de justificações, sobrepostas, para uma compreensão plena do direito à liberdade de expressão<sup>21</sup>. Não se pode negar o caráter intrínseco da democracia, mas também é de suma importância a responsabilidade moral, um aspecto da auto realização do homem e essencial ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Sem uma delas a proteção à liberdade de expressão não seria completa.

Em suma, no plano teórico, defendemos que a liberdade de expressão possui duas justificações, instrumental e construtiva, complementares, que asseguram ao mesmo tempo o desenvolvimento da personalidade moral dos cidadãos (justificação construtiva), além de condições mínimas para o exercício de outros direitos fundamentais e para a consecução de outros objetivos coletivos (justificação instrumental), relacionadas ao funcionamento da democracia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”) sustenta posição semelhante, acentuando a justificação instrumental da liberdade de expressão, sem, contudo, descuidar da justificação construtiva, ilustrado nas passagens abaixo:

**“... a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contempla a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação de consciência e de vontade popular.”<sup>22</sup>**

**““(...) 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um**

---

<sup>21</sup> Este entendimento, que defende as duas justificações sobrepostas, também apresenta defensores na doutrina. Ver John Stuart Mill em Sobre a liberdade.

<sup>22</sup> STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2013, citação extraída do voto: Min. Gilmar Mendes, p. 324; grifou-se.



**patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.** O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado ‘poder social da imprensa’. (...)”<sup>23</sup>

No plano normativo, é possível concluir que a Constituição Federal acolheu ambas as justificações da liberdade de expressão<sup>24</sup>, ora mais relacionado à faceta construtiva, ora à instrumental, em que se garante a cada brasileiro tanto a tutela da livre manifestação de opiniões e ideias por parte dos indivíduos (justificação construtiva), quanto a faculdade de participar dos processos de deliberação coletiva atuando na formação da opinião pública (justificação instrumental).

---

<sup>23</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009; grifou-se.

<sup>24</sup> Oscar Vilhena Vieira sustenta posição semelhante quando afirma que “Nossa Constituição (...) buscou conciliar dois conceitos fundamentais de liberdade. O emprego da expressão ‘Estado Democrático de Direito’ não é fortuito, mas uma representação de que há pelo menos dois princípios de liberdade inspiradores de nossa ordem constitucional, que são a autonomia e a liberdade negativa”. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146. Na mesma linha, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 397.

Assim, a Constituição Federal protege e garante: a livre manifestação do pensamento em todos os seus desdobramentos, inclusive artísticos, científicos, religiosos e políticos (art. 5º, IV, VI e IX); o direito de resposta (art. 5º, V); a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI); o amplo acesso à informação, com as garantias que lhe são inerentes (art. 5º, XIV, XXXIII e LVII); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, como princípio reitor do ensino (art. 206, II); a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220); a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 220, §1º); e veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2º)<sup>25</sup>.

Todos esses direitos constitucionais compõem o sistema constitucional da liberdade de expressão e, em qualquer de suas justificações, são essenciais para o Estado democrático brasileiro. Ademais, tamanha é a importância e destaque da liberdade de expressão na Constituição, que há quem sustente tratar-se de um direito que ocupa *posição preferencial* no confronto com outros direitos, que passamos a analisar.

### **3. TEORIA DA POSIÇÃO PREFERENCIAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Mas afinal, em que consiste a *posição preferencial* da liberdade de expressão? Resposta: trata-se de uma doutrina na qual entende que a solução das colisões envolvendo a liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolvem, em princípio, em favor daquela. Explico melhor:

---

<sup>25</sup> Vale ressaltar, ademais, que não se trata de rol taxativo, pois na forma do §2º do art. 5º da Constituição, “...os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, também fazem parte do sistema constitucional da liberdade de expressão diversos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário, dentre os quais merecem destaque: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19); (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.19); e (iii) a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13).

Existem duas vertentes, a primeira é a teoria norte-americana e segunda é a doutrina que propõe os direitos humanos como ordem de valores. Passamos a análise.

Para a doutrina dos direitos fundamentais preferenciais, originária da Suprema Corte dos Estados Unidos, a preferencia concedida a determinados direitos fundamentais não supõem uma prevalência absoluta de um direito fundamental quando comparado com outros direitos da mesma natureza, mas simplesmente lhes confere uma posição mais forte ou uma maior eficácia na hora de proceder ao *balancing*, à ponderação dos interesses em conflito<sup>26</sup>.

Em suma, havendo colisão entre direitos fundamentais e um dos princípios envolvidos for considerado preferencial, a solução se dará pela ponderação de princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), todavia, no momento de fazer a ponderação, a balança inicial confere mais peso ao direito fundamental preferencial. Situação essa que pode ser perfeitamente invertida diante das circunstâncias do caso concreto. Em verdade, trata-se, de uma preferencia *prima facie*, mas não de uma preferência absoluta entre os direitos fundamentais.

Claudio Chequer faz o interessante exercício: “*Representando em números, poderíamos afirmar que, havendo um conflito entre um direito fundamental preferencial e um direito fundamental que não é preferencial, o primeiro entra com peso 2 e o último com peso 1 na balança da ponderação. Isso não significa dizer que o direito fundamental que entra com mais peso vai sempre ser preferido. As circunstancias do caso concreto podem inverter o prato da balança, fazendo prevalecer, no caso, o princípio fundamental não preferencial.*”<sup>27</sup>

A preferencia concedida à liberdade de expressão estaria justificada, para essa corrente de pensamento, basicamente em razão do fato dela ser vista como um meio para alcança a efetivação

---

<sup>26</sup> Parafrazeando Cláudio Chequer. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 103.

<sup>27</sup> Nota de rodapé 306, Cláudio Chequer. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 104.

da democracia<sup>28</sup>. Todavia, é possível apontar outros fundamentos filosóficos, tais como: a) a importância da liberdade de expressão para a descoberta da verdade; b) a liberdade de expressão vista como um aspecto de autossatisfação (*self-fulfilment*); e c) suspeita do governo, já que os governos têm fortes razões para ter medo dos impactos das ideias, sendo, pois, naturalmente tentados a repreendê-las<sup>29</sup>.

Com esse tipo de raciocínio, ficou estabelecida, ao menos implicitamente, uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais. Não se trata de uma hierarquia rígida ou definitiva entre os princípios constitucionais, pois a liberdade de expressão não é absoluta – como de resto, nenhum direito o é – e poderá ceder lugar a outros princípios.

Todavia, existe vertente diversa desta, trata-se da doutrina que propõe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, segundo a qual:

“... em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele será resolvido, independentemente da circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, em favor do direito fundamental de hierarquia superior, portanto, embasando-se em um critério prévio e rígido de hierarquização. Aqui não há, entre os direitos fundamentais, apenas uma preferência *prima facie*, mas sim uma preferência definitiva e absoluta.”<sup>30</sup>

Consoante Chequer<sup>31</sup>, alguns autores<sup>32</sup> entendem que os direitos fundamentais são simples projeções de valores e, portanto, apenas representam um meio para oferecer proteção jurídica a um valor que, por definição, é um fim em si mesmo. Assim, se toda teoria de valores supõe uma ordem

---

<sup>28</sup> Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. O Direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 311.

<sup>29</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial *Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 104.

<sup>30</sup> *Idem*, pp. 104

<sup>31</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial *Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 104.

<sup>32</sup> O autor cita **Juan Carlos Gavara de Cara** em *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*; **José Souto Maior Borge** em *Pro-Dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais*; e **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** em *A ordem Econômica na Constituição de 1988*.

hierárquica entre os valores, se conclui que os direitos também se encontram ordenados hierarquicamente<sup>33</sup>.

Nesse sentido, Miguel Ekmekdjian<sup>34</sup> parece adotar esse entendimento ao propor a classificação dos direitos fundamentais em uma ordem hierárquica abstratamente estabelecida, fixando primeiramente os direitos fundamentais mais relevantes numa escala decrescente de importância, nos seguintes termos:

1. derecho de la dignidad humana y sus derivados (libertad de consciencia, intimidad, prohibición de vejámenes y humillaciones, torturas, mutilaciones e etc.);
2. derecho de la vida y sus derivados (derecho a la preservación de la salud, a la integridad física y psicológica, etc.);
3. derecho de la libertad física;
4. derecho al honor;
5. los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.);
6. derecho a la información;
7. derecho de asociación;
8. los restantes derechos personales, primero los ‘derechos fines’ y luego los ‘derechos medios’;
9. los derechos patrimoniales.

Para Habermas, essa doutrina constitucional que propõe ordem de valor aos direitos fundamentais é completamente equivocada, pois estes não podem ser considerados nem tratados como valores. Em razão de estarem tipificados na Constituição e possuírem força normativa, estão

---

<sup>33</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 104.

<sup>34</sup> EKMEKDJIAN, Miguel. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*. E.D. 114-945 (1985). pp. 487.

revestidos de um caráter deontológico, que é radicalmente diverso e incompatível com o caráter teológico dos valores<sup>35</sup>.

Ademais, a hierarquização proposta por esse tipo de doutrina, ainda que gozem de algum tipo de justificabilidade em termos constitucionais, encontra-se fortemente marcadas por condicionamentos ideológicos<sup>36</sup>, o que faz com que se entenda pelo afastamento dessa vertente.

### 3.1. Direitos fundamentais na doutrina norte-americana e nas outras cortes constitucionais

A ideia de que certos direitos desfrutam de posição preferencial é originária da jurisprudência constitucional norte-americana. Consoante Daniel Sarmento<sup>37</sup> a doutrina da posição preferencial começou a se desenvolver a partir da célebre nota de rodapé nº 4 aposta pelo *Justice Harlan Stone* na decisão do caso *United States v. Carolene Products*<sup>38</sup>, julgado em 1938<sup>39</sup>, que tratava da regulação econômica pelo Estado. Sobre essa decisão:

“... Naquele feito, decidiu-se que o Judiciário deveria ser deferente em relação às decisões legislativas em questões econômicas, mas, no que tange a alguns *direitos preferenciais* e à proteção de minorias impopulares, poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas. Com o tempo, definiu-se que o *standard* que rege este escrutínio jurisdicional rigoroso (*strict scrutiny*) envolve verificar se a norma restritiva promove um interesse público excepcionalmente importante (*compelling interest*), e se ela é talhada de modo estreito e preciso (*narrowly tailored*), para favorecer dito interesse.

---

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, pp.314.

<sup>36</sup> Nesse sentido: SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 7.

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>38</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>39</sup> Lá se decidiu que o Judiciário deveria ser deferente em relação às decisões legislativas em questões econômicas, mas no que tange a alguns direitos preferenciais e à proteção de minorias impopulares, poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas.

O escrutínio estrito – diz um conhecido ditado - é quase sempre fatal. Em outras palavras, poucas normas conseguem sobreviver ao controle jurisdicional efetuado com base neste *standard*.”

Segundo Chequer<sup>40</sup>, vários outros julgados contribuíram para reafirmar a nota de rodapé número 4 e firmar os direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda da Constituição Americana como direitos preferenciais, destacando-se casos *Jones v. Opelika*<sup>41</sup>, *Prince v. Massachusetts*<sup>42</sup>, *Kavacs v. Cooper*<sup>43</sup>.

Todavia, a doutrina foi articulada mais claramente em relação à liberdade de expressão, em 1943, com o julgamento *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania*<sup>44</sup>, a Suprema Corte norte-americana afirmou, expressamente, que a liberdade de expressão e religião ocupam uma posição preferencial: “A liberdade de imprensa, liberdade de expressão, a liberdade de religião estão em uma posição preferencial”<sup>45</sup>.

A posição preferencial da liberdade de expressão foi reafirmada novamente em 1945, no julgamento do caso *Thomas v. Collins*<sup>46 47</sup>. Na ocasião, a corte decidiu que “a usual presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial conferida no nosso sistema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias.(...) Por estas razões, qualquer tentativa de restringir essas liberdades devem ser justificadas por interesse público claro, não ameaça de dúvida, mas por perigo claro e presente.”<sup>48</sup>

---

<sup>40</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 122.

<sup>41</sup> 319 U.S. 103 (1943).

<sup>42</sup> 319 U.S. 158 (1944).

<sup>43</sup> 336 U.S. 77 (1949).

<sup>44</sup> 319 U.S. 105 (1943).

<sup>45</sup> Texto original: “Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position”.

<sup>46</sup> 323 U.S. 516 (1945).

<sup>47</sup> Informação retirada da nota de rodapé nº11 da Petição inicial proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, no âmbito da ADI nº 4451. Autoria: Gustavo Binenbojm, Rafael Koatz e Alice Voronoff. pp.10.

<sup>48</sup> Texto original: “...usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable, democratic freedoms secured by the First Amendment. That priority gives these liberties a sanctity and a sanction

Com base em tais julgados, a doutrina da posição preferencial foi sedimentada na década de 1940. Portanto, diante deste cenário, cabe fazer duas indagações: a) atualmente a Corte Constitucional Norte Americana continua entendendo a liberdade de expressão como um direito preferencial?; e b) a doutrina da posição preferencial, elaborada pela Suprema Corte dos EUA, encontra aprovação nas Cortes Constitucionais de outros países?

Com relação à primeira questão, após pesquisa no site da Suprema Corte Americana<sup>49</sup>, a qual não se obteve êxito, tendo encontrado apenas os casos mencionados acima, recorri mais uma vez ao excelente trabalho de Chequer<sup>50</sup>, que afirma com base no trabalho desenvolvido por Elizabeth J. Wallmeyer que a liberdade de expressão continua sim a ocupar uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, nesse sentido:

“Para a autora, mesmo que a doutrina não encerre uma questão tranquila a respeito do tema, as ideias e valores promovidos pelas decisões concernentes à Primeira Emenda durante o período da *preferred position* continua a vigorar ainda hoje, havendo, entretanto, uma tendência atual de conferir menos proteção a certos discursos, como por exemplo discurso de ódio (*hate speech*), discurso pornográfico e incidências na Internet, não podendo esses tipos de discurso ser expedidos com base em uma teoria estática sobre o papel da Primeira Emenda.”<sup>51</sup>

No tocante a segunda indagação, podemos afirmar com base nos Professores Daniel Sarmiento<sup>52</sup>, Gustavo Binbenbajm, Rafael Koatz, Alice Voronoff<sup>53</sup> e Claudio Chequer<sup>54</sup> que,

---

*not permitting dubious intrusions. (...) For these reasons, any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely, but by clear and present danger”.*

<sup>49</sup> Pesquisa realizada em 12/06/2015 no site: <http://www.supremecourt.gov/>.

<sup>50</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial *Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 128.

<sup>51</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial *Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 128.

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel. Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro, 2015. “A proteção das liberdades de imprensa e expressão como direitos preferenciais vem encontrando eco na jurisprudência constitucional comparada. A tese foi explicitamente abraçada, por exemplo, pelas cortes constitucionais da Espanha e da Colômbia”. pp. 27



atualmente, a liberdade de expressão como direito preferencial encontra respaldo na jurisprudência comparada, em que é possível encontra-la nas cortes constitucionais da Alemanha<sup>55</sup>, Inglaterra<sup>56</sup>, Espanha<sup>57</sup> e Colômbia<sup>58</sup>, bem como no Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>59</sup>.

Para Barendt, a Corte da Alemanha e a Corte Europeia consideram que a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais apenas quando estiver em conflito com matérias de interesse geral ou político<sup>60</sup>. Nesse sentido, a Corte Constitucional da Alemanha, no julgado conhecido como o caso Soldados Assassinos (“Soldaten sind Mörder”)<sup>61</sup>, BverfGE 93, 266, datado de 10 de outubro de 1995:

“... Por outro lado, faz diferença se o direito fundamental da liberdade de expressão foi usado no contexto de uma discussão particular, onde se perseguem interesses pessoais, ou no contexto de uma questão que toque essencialmente a opinião pública. Se a expressão controversa for uma contribuição à formação da opinião pública, **vale uma presunção a favor da liberdade do discurso, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal** (BverfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Caminhos divergentes deste necessitam consequentemente de uma fundamentação que

---

<sup>53</sup> Petição inicial proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, no âmbito da ADI nº 4451. Autoria: Gustavo Binenbojm, Rafael Koatz e Alice Voronoff. pp.10. “Segundo a doutrina da posição preferencial (inicialmente desenvolvida nos EUA, mas atualmente aceita e aplicada por diversos tribunais de nações democráticas pelo mundo, inclusive no Brasil)...”. “adotam a teoria da posição preferencial o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Espanha, dentre outros.”

<sup>54</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 129-141.

<sup>55</sup> *E.g.*, BverfGE 7, 198; *E.g.*, BverfGE 93, 266, dj em 10/10/1995; *E.g.*, 12 BverfGE 113; *E.g.*, BverfGE 256.

<sup>56</sup> *E.g.*, [2004] 1 A.C. 185; *E.g.*, [2004] 2 A.C. 457; *E.g.*, [2004] 4 AII ER 683.

<sup>57</sup> *E.g.*, STC 104/ 1986, 159/1988, 151/2004.

<sup>58</sup> *E.g.*, Sentencias C-010/00, T 391/07 e C 442-11.

<sup>59</sup> Essa Corte (European Court of Human Rights) também é conhecida como Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens e Corte de Estrasburgo. Citamos o caso *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, julgado pelo Plenário da Corte em 24/10/1991. Outros casos importantes são: (1976) EHRR 737; (1979) EHRR 245;

<sup>60</sup> BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 159.

<sup>61</sup> Trata-se de um interessante caso em que envolvia pessoas acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartazes e folhetos com afirmações de que “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos em potencial”.

considere a importância constitutiva da liberdade de expressão para a democracia, na qual se enraíza a regra da presunção.”<sup>62</sup>.

Por esse ângulo, o caso *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, julgado pela Corte Europeia de Direitos do Homem:

“A proteção conferida pelo artigo 10<sup>63</sup> da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é essencial; esta foi sempre a abordagem do Tribunal Europeu nos seus acórdãos: *Sunday Times I*, *Barthold*, *Lingens*.

A defesa da democracia não pode ser alcançada sem liberdade de expressão. Os países da Europa Oriental que têm jogado fora o julgo do Estado totalitário entenderam bem isso. **O Tribunal Europeu, através de todas as suas anteriores decisões, demonstrou o seu apego à proteção da liberdade de expressão e da prioridade que é conferida a esse direito fundamental.**”<sup>64</sup>

Na Espanha, também prevalece o entendimento que justifica uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados, conforme nos ensina Lluís de Carrera Serra:

“La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un **carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales**, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia

---

<sup>62</sup> Caso BverfGE 93, 266, reunido na coletânea de **SCHWABE**, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, < [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7738-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf)>.

<sup>63</sup> Convenção: artigo 10º - Liberdade de Expressão: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”.

<sup>64</sup> Julgado em 26 November 1991 e pode ser localizado no endereço: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57705>

imagen. De manera que si la libertad de expresión se practica legítimamente – porque no se utilizan expresiones formalmente injuriosas –, el derecho al honor cede ante ella. O si la libertad de información se ejerce con noticias que son de interés público por su contenido o por referirse a una persona de relevancia pública, ha de protegerse frente al derecho al honor”<sup>65</sup>.

Deste modo é a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia:

“En tal sentido, la Corte explicó en la sentencia SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) **que el derecho a la información tiene preferencia prima facie sobre los derechos fundamentales que protegen la esfera privada de los individuos**, ya que entre el daño que puede causar un ejercicio erróneo de la libertad de informar, y el daño que puede generar una restricción a la libertad de información para evitar tal daño, el ordenamiento constitucional asume el primer riesgo como preferible: “Ha sido clara la jurisprudencia constitucional al señalar que entre el eventual daño ocasionado por una información errada (consecuencia de la libertad de informar) y la restricción a esta para evitarlo, es preferible asumir el riesgo primero”<sup>66</sup>.

Um contraponto é a Corte Constitucional Italiana, que não considera a liberdade de expressão e pensamento um direito fundamental hierarquicamente superior, considerando, assim, “que a solução, no caso de conflito entre a liberdade de expressão e outro direito fundamental,

---

<sup>65</sup> SERRA, Lluís de Carrera. *Régimen jurídico de la Información*, 1996, apud Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998, p. 48:

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional Colombiano, Sentença T-391/07, que pode ser encontrado no endereço: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>

deverá surgir com a aplicação do princípio da ponderação, com o balanceamento dos bens em conflito”<sup>67</sup>.

No Brasil, a Suprema Corte também reconhece a posição preferencial da liberdade de expressão e imprensa em nosso sistema constitucional, conforme se observa em diversas manifestações do STF:

**“(...) o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.”**<sup>68</sup>

Com efeito, em seu voto na ADPF 130, o ministro Carlos Britto:

**“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 senso.”**<sup>69</sup>.

Na mesma linha, o ministro Luiz Fux consignou, em voto proferido na ADPF 187, que:

**“a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso prima facie maior”, em razão da sua “preeminência axiológica” sobre outras normas e direitos.”**<sup>70</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso, também assentou, em recente decisão, que:

---

<sup>67</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 140. Que fundamenta sua afirmação na obra de PACE, Alessandro. *Problemática delle liberta costituzionali*. Lizioni Parte Speciale. 2nda ed. riv e ampl. Padova CEDAM, 1992, pp. 403.

<sup>68</sup> STF, Pet. 3.486, Rel. Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgada em 22/08/2005.

<sup>69</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

<sup>70</sup> ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15/06/2011.

“as liberdades de expressão, informação e imprensa (...) são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”<sup>71</sup>.

Na doutrina, a vertente da posição preferencial também aparece:

“[...] Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. [...]”<sup>72</sup>

No mesmo sentido, Edilson Pereira de Farias:

“[...] A liberdade de expressão e comunicação, uma vez que contribui para a orientação da opinião pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em consequência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e comunicação goza de *preferred position* [...]”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Rcl 18638/MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 17/09/2014.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 82-83.

<sup>73</sup> 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, 2008, pp. 175.

Em síntese, na linha do que verificado em diversos outros ordenamentos jurídicos democráticos, de modo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal é possível extrair uma ascendência axiológica da liberdade de expressão com base na doutrina da *preferred position*, desenvolvida nos EUA.

Além disso, a posição preferencial envolve o reconhecimento de uma prioridade *prima facie* das liberdades comunicativas em casos de colisão com outros princípios constitucionais. As liberdades de expressão e imprensa não são direitos absolutos, mas, pelo seu elevadíssimo peso na ordem dos valores constitucionais, tendem a prevalecer nos processos ponderativos<sup>74</sup>.

Por fim, ainda que não seja o escopo deste trabalho, cumpre fazer uma ressalva: a adoção da doutrina constitucional preferencial não significa uma hierarquização das normas constitucionais lesivas ao princípio da unidade da Constituição. Conforme nos ensina Letícia Martel, uma norma enunciativa de um direito preferencial não conduz à presunção de inconstitucionalidade (*judicial notice*) da norma cerceadora de Direitos Fundamentais – invertendo o ônus probatório, mas tão-somente à elevação do rigor no exame da constitucionalidade. Assim, a hierarquia normativa permanece intocada<sup>75</sup>.

#### 4. O STF E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Para investigarmos qual interpretação o STF confere ao direito de Liberdade de Expressão, previstos no art. 5º, inciso IX e 220 da Constituição Federal, foram selecionados seis acórdãos, escolhidos estrategicamente, devido ao seu potencial de impacto e repercussão dentro da temática

---

<sup>74</sup> Letícia de Campos Velho Martel. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana*. Revista Síntese, nº 48, 2004, pp. 91-117.

<sup>75</sup> Para uma análise mais detida, veja-se Letícia de Campos Velho Martel. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana*. Revista Síntese, nº 48, 2004, pp. 92-114.

abordada neste trabalho, quais sejam: (a) Habeas Corpus nº 82.424<sup>76</sup> (“caso Ellwanger”); b) Habeas Corpus nº 83.996<sup>77</sup> (“caso Gerald Thomas”); c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130<sup>78</sup> (“caso da lei de imprensa”); d) Recurso Extraordinário nº 511.961<sup>79</sup> (“caso do diploma para jornalistas”); e) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451<sup>80</sup> (“caso humor jornalístico sobre candidaturas”); e f) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187<sup>81</sup> (“caso Marcha da Maconha”).

Ademais, a escolha por esses julgados se justifica na medida em que hoje existe grande quantidade de julgados relacionados ao tema da liberdade de expressão. Ao utilizar o termo “liberdade de expressão”, na seção Pesquisa de Jurisprudência do sítio eletrônico do STF, foram encontradas 58 (cinquenta e oito) decisões<sup>82</sup>. Analisá-los tornaria este artigo em uma pesquisa quantitativa, ao passo que buscamos uma análise qualitativa das decisões e, por tal motivo, selecionamos apenas os casos que entendemos paradigmáticos sobre o assunto, por sua repercussão no meio jurídico ou porque foram citados em outras decisões como *leading case*. Tais casos serão resumidos a seguir.

O Habeas Corpus nº 82.424 (“Caso Ellwanger”) é um precedente excepcionalmente relevante no que se refere à proteção da liberdade de expressão e suas restrições. O pano de fundo deste caso era a discussão sobre o direito de um editor gaúcho à publicação de livros e revistas de conteúdo antissemita e iniciatório ao ódio contra judeus, de sua autoria e de terceiros.

Ao longo do acórdão, houve duas discussões centrais: (i) se o antissemitismo pode ser enquadrado no crime de racismo; e (ii) se é possível limitar a liberdade de expressão pelo conteúdo do livro. De forma não unânime, o STF concluiu que a liberdade de expressão não protege

---

<sup>76</sup> STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003.

<sup>77</sup> STF, HC 83.996, Rel. Min. Carlos Veloso, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

<sup>78</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

<sup>79</sup> STF, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.

<sup>80</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010.

<sup>81</sup> STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011.

<sup>82</sup> Pesquisa realizada em 12/04/2015 no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

manifestações de cunho antissemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo, cuja ementa se transcreve:

“13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.”.

O Habeas Corpus nº 83.996 (“Caso Gerald Thomas”) com contornos mais cômicos, apenas do ponto de vista dos fatos que compõem o caso, trata da situação vivada por Gerald Thomas Sievers, diretor de teatro, que ao término da apresentação do espetáculo “Tristão e Isolda”, o qual dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, após receber vaias e xingamentos, elegantemente retribuiu a manifestação simulando uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas para os espectadores que ali se encontravam.

Diante deste fato, o STF se viu diante de uma situação nada engraçada, ao precisar enfrentar a seguinte questão: a conduta praticada pelo Sr. Gerald Thomas de ato obsceno está protegida pela liberdade de expressão? A Turma entendeu, após empate na votação, que no contexto em que se verificou o ato incriminado, este está inserido na liberdade de expressão, “ainda que inadequado e deseducado”. Vejamos a ementa:



“EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus.”

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (“caso da lei de imprensa”), constitui um importante marco no entendimento do STF acerca da liberdade de expressão e da ponderação de princípios em casos envolvendo garantias constitucionais. Trata-se de uma consequência evolutiva do que aos poucos já vinha sendo discutido no STF, no contexto dos julgados anteriores, caso Ellwanger e Gerald Thomas.

Este julgado, de excepcional relevância, trata de ação que questiona a recepção da Lei nº 5.250/67 (“Lei de Imprensa”), editada no período da ditadura militar, pela Constituição Federal de 1988. O incômodo que essa lei representava era grande, afinal, o regime de exceção se foi, as liberdades e a democracia foram restaurados, mas a Lei de Imprensa perdurou. Assim, era natural saber o que a Suprema Corte do país pensava sobre o assunto, pois as feridas ainda não estavam cicatrizadas.

O STF concluiu que a Lei de Imprensa seria integralmente incompatível com a Constituição de 1988 e, logo, não teria sido por ela recepcionada, em acórdão cuja parte essencial se transcreve:

“O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”.

Na mesma linha da ADPF nº 130 é o Recurso Extraordinário nº 511.961 (“caso do diploma para jornalistas”), pois também se discute a recepção de norma promulgada durante o regime militar

que limita o exercício da liberdade de expressão. Trata-se, aqui, do Decreto-Lei nº 972/1969, artigo 4º, inciso V, que exigia diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

A maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, acompanhou o voto do então presidente da Corte e relator do RE, Min. Gilmar Mendes, que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo do Dec.-lei 972/69, por representar uma interferência indevida com a liberdade de expressão, conforme acórdão:

“No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. (...) A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.”

A ADI nº 4.451 questionava a constitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei Federal nº 9.504/1997<sup>83</sup>, a qual basicamente vedava aos meios de comunicação produzir ou veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações. Para mais, devem se policiar para que o conteúdo produzido, de alguma forma, não seja interpretado como favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

Os ministros refenderam, por maioria de votos, a liminar concedida pelo ministro Ayres Britto, a qual suspendeu o inciso II do artigo 45 da Lei Eleitoral (Lei 9.504/97), e deu interpretação conforme à Constituição ao inciso III do mesmo artigo. Na decisão ficou claro que a liberdade de expressão é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias, inclusive no período não eleitoral.

Com relação ao humor e o ministro Celso de Mello frisou que “O riso e o humor trazem em si forte carga de expressão semiológica”, o ministro Dias Toffoli, por sua vez afirmou que o “*humor presta serviço à Democracia. Com seu modo elegante ou um tanto agressivo, fino ou mais explícito, direto ou por ironia, ele consegue escancarar os conflitos sociais, políticos e culturais de uma forma não violenta, mas reflexiva*”.

Por fim, destacamos os fundamentos essenciais do Acórdão:

“2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o poder

---

<sup>83</sup> Art. 45, II – “usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito”; III – “veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

estatal de que ela provenha. (...) 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do STF na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução ‘humor jornalístico’ enlaça pensamento crítico, informação e criação artística”.

Por fim, a ADPF nº 187, conhecida como o caso da Marcha da Maconha, foi ajuizada pela Procuradora-Geral da República (PGR), na qual postula que seja dado, ao artigo 287 do Código Penal<sup>84</sup>, interpretação conforme a Constituição a fim de que não fosse considerado crime as manifestações públicas que lutam pela legalização de substâncias entorpecentes. No entender da PGR considerar tais eventos como apologia ao crime é restringir indevidamente os direitos fundamentais à liberdade de expressão e reunião.

---

<sup>84</sup> Art. 287 – “Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”.

O Tribunal, por unanimidade de votos, julgou procedente a ADPF para dar ao artigo 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, de forma a excluir qualquer interpretação que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, nos seguintes termos:

“A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas - o direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias - abolição penal (“abolitio criminis”) de determinadas condutas puníveis - debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso - discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis - o sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social - caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, Art. 5º, incisos IV, V E X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º) - A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais...”

Assim, após análise desses acórdãos e as passagens transcritas ao longo dos tópicos desenvolvidos neste capítulo foi possível concluir que a liberdade de expressão: a) não admite restrição a priori; b) admite uma justificação instrumental e construtiva; c) assumiu uma “posição

preferencial”; d) não deve incentivar a intolerância racial e a violência; e e) eventuais abusos serão responsabilizados na esfera penal e civil, sem prejuízo do direito de resposta (art. 5º, V).

## 5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal contempla um sistema robusto de proteção à liberdade de expressão, prevista em suas diversas manifestações, como livre manifestação do pensamento (liberdade de expressão em sentido estrito) e liberdade de informação e de imprensa (liberdade de informação), ambas reunidas no que classificamos como liberdade de expressão em sentido amplo.

Do ponto de vista dos fundamentos que justificam a liberdade de expressão como um direito fundamental é possível afirmar que o sistema constitucional da liberdade de expressão brasileiro admite suas duas dimensões, construtiva e instrumental, que asseguram, ao mesmo tempo, o desenvolvimento da personalidade individual (justificação construtiva), além de condições mínimas para o exercício de outros direitos fundamentais e para a consecução dos objetivos coletivos (justificação instrumental), dentre os quais, aqueles relacionados à constituição e funcionamento da democracia.

Ademais, na linha do que foi verificado em diversos ordenamentos democráticos, entendemos que o modelo acolhido pelo constituinte e reiterado na jurisprudência pátria é por uma ascendência axiológica da liberdade de expressão, manifestada por meio da doutrina da posição preferencial (*preferred position*). Isso não significa, contudo, uma hierarquia rígida ou definitiva entre os princípios e valores constitucionais. A liberdade de expressão não é absoluta – como de resto, nenhum direito o é – e poderá ceder lugar a outros princípios e valores.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confirma tudo o que se expôs. As decisões, pautadas no referido sistema da liberdade de expressão, ressaltam a dimensão dúplice conferida a esta garantia, como direito à satisfação individual e crucial para a democracia, bem como apontam para aceitação da posição preferencial, *prima facie*, da liberdade de expressão.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BARENDT, Eric. Freedom of Speech. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18, jan./mar.2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EKMEKDJIAN, Miguel. De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles. E.D. 114-945 (1985).

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, 2008.



GOULD, Jon B. *Speak no Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

HABERMAS, Jurgen: *entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Síntese*, nº 48, 2004.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro, 2015.

SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SERRA, Lluís de Carrera. *Régimen jurídico de la Información*, 1996, apud Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.