



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

RAFAELA GONÇALVES BACELAR

**O CONTEÚDO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BELEM
2021

RAFAELA GONÇALVES BACELAR

**O CONTEÚDO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ, da Universidade Federal do Pará – UFPA, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Breno Baía Magalhães.

BELÉM
2021

RAFAELA GONÇALVES BACELAR

**O CONTEÚDO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como parte dos requisitos necessários à obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração em direitos humanos.

Data de aprovação: __/__/__

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Breno Baía Magalhães
(Orientador – UFPA)

Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite
(Membro – PUC-RJ)

Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués
(Membro – UFPA)

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Deus por me conceder a graça de ter me sustentado até aqui com saúde, por todas as pessoas que colocou em minha vida e por todas as oportunidades. Sem Ele eu nada poderia fazer.

Aos meus amados e queridos pais, Claudio e Sandra, pelo amor imensurável, por todo apoio, incentivo e cuidado. Vocês são minhas inspirações e não tenho palavras para agradecer tudo o que vocês fazem por mim. E de igual modo, agradeço a minha irmã, Raissa, que me apoia em tudo e faz parte da base da minha vida. Amo vocês demais.

Ao querido professor e amigo Breno Baía, meu orientador, por todos os ensinamentos repletos de humildade, paciência e generosidade. Sem dúvida, teve um papel ímpar para a concretização dessa conquista e serei eternamente grata por tudo.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, que me auxiliaram nessa trajetória acadêmica. Em especial, ao querido professor Antônio Maués, por quem tenho grande estima e gratidão por todo auxílio desde o meu período de iniciação científica na graduação.

Aos meus familiares, avós, tios, tias e ao meu cunhado, Felipe, pelo amor e apoio constante. Ao meu tio Abelardo, que me inspira e me incentiva a continuar na minha trajetória profissional.

Ao meu amor, Matias, que está comigo em todos os momentos. Agradeço a compreensão, companheirismo, suporte, dedicação e amor em cada detalhe.

Essas pessoas foram e são fundamentais em minha vida, sem os quais eu não conseguiria. Então essa conquista é tão minha quanto de vocês. A vocês, o meu eterno agradecimento.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo identificar o conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, buscando analisar, a partir do método indutivo e da pesquisa de jurisprudência, seus fundamentos, justificativas e limites ao seu exercício. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro, analisamos os acórdãos do Supremo sobre o direito em comento, os quais foram agrupados conforme categorias de discurso, identificando-se os parâmetros argumentativos adotados por seus ministros. No segundo capítulo apontamos as discussões teóricas que permeiam a liberdade de expressão, a fim de verificar a sua relação com o desenvolvido na jurisprudência e, por conseguinte, identificar o conteúdo do direito. A partir dessas premissas, identificamos uma moldura central argumentativa da Corte dotada de caráter abstrato e genérico, possibilitando a existência de julgados com divergências entre os ministros. Por fim, no último capítulo, analisamos a existência de fatores externos e internos que podem influenciar a postura decisória do STF e, como consequência, a construção jurisprudencial sobre liberdade de expressão, indicando outros campos investigativos para complementar as hipóteses encontradas. Como conclusão, destacamos que, não obstante haja uma moldura central argumentativa, há flexibilidade interpretativa em suas decisões, permitindo que casos judiciais posteriores sejam solucionados com base em critérios distintos dos seus precedentes.

Palavras-chave: Direito à liberdade de expressão. Conteúdo de direito. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa jurisprudencial.

ABSTRACT

This dissertation aims to identify the content of the right to freedom of expression developed by the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, seeking to analyze, from the inductive method and the jurisprudence research of, its foundations, justifications, and limits to its exercise. Therefore, the research was divided into three chapters. In the first, we analyze the Supreme Court judgments on the right in question, which were grouped according to discourse categories, identifying the argumentative parameters adopted by its ministers and the judgment trends. In the second chapter, we point out the theoretical discussions that permeate freedom of expression, in order to verify its relationship with what has been developed in jurisprudence and, therefore, to identify the content of the law. From these premises, we identified a central argumentative frame of the Court, however, endowed with an abstract and generic character, allowing the existence of decisions with divergences between the ministers. Finally, in the last chapter, we analyze the existence of external and internal factors that can influence the decision-making posture of the Supreme Court and, thereby, the jurisprudential construction on freedom of expression, indicating other investigative fields to complement the hypotheses found. In conclusion, we emphasize that, despite a central argumentative framework, there is interpretive flexibility in its decisions, allowing subsequent court cases to be resolved based on criteria different from their precedents, being possible the influence of other factors in the decision-making.

Keywords: Right to freedom of expression. Law content. Brazilian Supreme Court. Jurisprudential search.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. EXPLORANDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	19
1.1. Comentando a jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão a partir das categorias de discurso	25
1.1.1. <i>Liberdade de imprensa/jornalística</i>	26
1.1.2. <i>Liberdade de expressão e tutela da honra</i>	33
1.1.3. <i>Discurso de ódio e liberdade de expressão</i>	36
1.1.4. <i>Discurso Comercial</i>	41
1.1.5. <i>Liberdade de expressão e discurso político/eleitoral</i>	42
1.1.6. <i>Liberdade religiosa</i>	47
1.1.7. <i>Liberdade de expressão e direito à intimidade/privacidade</i>	49
1.1.8. <i>Tutela Penal do Discurso</i>	52
1.1.9. <i>Liberdade de reunião, greve e sindicalização</i>	54
1.1.10. <i>Liberdade de expressão e direito à educação</i>	55
<i>Considerações gerais</i>	56
2. CONTEÚDO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	58
2.1. Identificando a “moldura central” argumentativa: bases para a construção de um conteúdo do direito	69
2.2. Em busca de respostas às divergências: critérios interpretativos aplicados aos casos de uma categoria de discurso	79
3. FATORES INTERNOS E EXTERNOS À CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO STF	99
3.1. O comportamento judicial e os fatores de influência externos e internos	105
3.1.1. <i>Fatores externos e internos que podem influenciar a produção jurisprudencial do STF</i>	109
3.2. Buscando um perfil decisório a partir de critérios adotados nos votos individuais: investigação dos votos dos ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes	113
3.2.1. <i>Há um padrão decisório nos votos dos ministros Fachin e Moraes?</i>	128
3.3. A postura decisória do Supremo e suas implicações	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	136
APÊNDICE	143
APÊNDICE A – Quadro geral dos principais argumentos sobre liberdade de expressão, a partir das categorias de discurso.	143

APÊNDICE B - Disposição da “moldura argumentativa central” da Corte por categorias de discursos e por quantidade de casos julgados.	150
APÊNDICE C- Disposição dos acórdãos por categorias do discurso com a verificação de divergências e se a conclusão foi “favorável” à liberdade de expressão.....	154
APÊNDICE D – Detalhamento dos casos divergentes com os principais argumentos individuais dos ministros.	157
APÊNDICE E – Contagem de dos acórdãos por votos individuais dos ministros.....	174
APÊNDICE F – Acórdãos em que foram analisados os votos dos ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin. Disposição por categorias de discurso.....	176
APÊNDICE G – Disposição por categorias de discurso dos acórdãos em que os ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin participaram e a partir da identificação de precedentes e de argumentos comparados adotados por eles.	177

INTRODUÇÃO

Atualmente, o direito à liberdade de expressão e pensamento tem ganhado proporções e discussões que não eram observadas ou não mereciam, anteriormente, o devido destaque. O avanço dos meios de comunicação, seja por meio da internet, das redes sociais, uso maciço de e-mails, ou mesmo das ligações telefônicas (ainda que em menor escala), bem como com o uso quase que exclusivo de jornais e revistas virtuais, sobretudo com a globalização, fez com que o fluxo das informações entre as pessoas crescesse vertiginosamente, modificando relações sociais e ampliando a manifestação de opiniões e pensamentos individuais. Assim, dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira, o direito à liberdade de expressão é um dos mais polêmicos na contemporaneidade.

A título ilustrativo, pode-se citar o caso da liberdade religiosa que, muitas vezes, entra em conflito ou se confunde com a livre expressão, causando tensões a partir de discursos considerados de ódio que suscitam debates e problemas até agora não completamente solucionados, pois ainda não há respostas “certas” ou definitivas para estas ocorrências. Como exemplo, podemos citar o caso da produção humorística de especial de Natal do Porta dos Fundos¹ exibida em plataforma online de *streaming*, em que houve uma delicada contraposição de direitos: de um lado a liberdade de expressão e, de outro, a liberdade religiosa e de crença. O juízo *a quo* entendeu pela suspensão da exibição do filme em razão de sua “capacidade de provocar danos mais graves e irreparáveis do que a suspensão de sua veiculação”, pois o direito à liberdade de expressão artística e imprensa não seria absoluto e não poderia prevalecer em caso de “dúvidas sobre se tratar de crítica, debate ou achincalhe”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, a partir de decisão monocrática², ressaltando o exercício da liberdade de expressão como decorrência da dignidade da pessoa humana e que uma sátira humorística não poderia abalar valores da fé cristã, “cuja existência retrocede há mais de 2 (dois) mil anos”, decidiu suspender os efeitos das decisões judiciais contestadas, mantendo a exibição do filme ora discutido. Nesse sentido, pode-se notar que o

¹ Trata-se de produção artística que retratou personagens e acontecimentos bíblicos, porém sob a forma de sátira, o que ocasionou tensão entre os cristãos, visto que envolveram temas considerados sagrados pela religião e por aqueles que a professam. A Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura ajuizou ação civil pública visando à proibição da veiculação do vídeo, bem como a condenação da produtora por danos à honra e à imagem de milhões de católicos brasileiros, levando à necessidade de manifestação do STF por meio da RCL nº 38.728/RJ, de 09/01/2020. Fica claro nesse caso, portanto, que há conflito entre a liberdade religiosa, dano à imagem e à honra, em relação à liberdade de expressão artística.

² Decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli (presidente), na RCL 38.782/RJ em 09/01/2020, deferindo a liminar para suspender os efeitos das decisões proferidas no AI Nº 0083896-72.2019.8.19.0000 e no AI Nº 0343734-56.2019.8.19.0001.

mesmo caso comporta distintas interpretações por parte dos juristas, causando confrontos argumentativos ou, ainda, uma “guerra jurídica” diante da ausência de padrões seguros que possam ser utilizados na solução dos casos concretos.

Manifestar-se, de um modo geral, nem sempre pode ser considerada uma tarefa simples, tendo em vista que se pode afetar outrem diretamente: seja em relação aos direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a dignidade³, seja em relação a outras liberdades, como a religiosa, em que o seu exercício pode, por exemplo, recair em intolerância e caracterizar-se como discursos odiosos. As proporções e consequências geradas no meio social em razão desses conflitos podem tomar dimensões inimagináveis, pois eles podem aumentar em razão da disseminação daqueles tipos de discursos ao invés de ampliar debates democráticos⁴.

Assim, interessa à sociedade conhecer os aspectos que envolvem a temática, como a legislação que rege essas situações, seja em mídias sociais, ou mesmo no âmbito dos espaços físicos, bem como o que os tribunais têm decidido sobre os casos de liberdade de expressão que chegam a eles. Para tanto, analisar o posicionamento teórico do STF sobre o conteúdo deste direito fundamental, que será identificado por meio dos padrões jurídicos utilizados, mostra-se tarefa imprescindível, que deve ser analisado e identificado, considerando todas as especificidades e abordagens sucintamente mencionadas, a fim de que os cidadãos tenham o mínimo conhecimento ou “previsibilidade” de como podem ser decididos os casos sobre liberdade de expressão já considerando o posicionamento da Corte, identificando a coerência interpretativa do tribunal, inclusive a força normativa deste direito constitucional, visto que tais posições impactam diretamente o meio social.

No mesmo sentido, frise-se que, com base em evidências empíricas advindas da análise de casos concretos, estudos recentes destacam que as decisões judiciais sobre a temática não apresentam um padrão específico para que os casos relativos a esse direito sejam decididos, indicando que há outras variáveis que impactam diretamente a conclusão obtida pelo julgador (SIMÃO; RODOVALHO, 2017; LEITE, 2019; LEITE; HANNIKAINEN, 2018; LAURENTIIS; THOMAZINI, 2020). Entretanto, ainda não foram realizados estudos

³ Como nesses casos de discursos de ódio, em que uma pessoa pode ter pensamentos racistas, por exemplo, expressá-los e afetar diretamente outro indivíduo em sua dignidade.

⁴ Durante as eleições de 2018 no Brasil, por exemplo, segundo Mesquita (2018), as denúncias de discurso de ódio ou intolerância na internet cresceram significativamente: “denúncias com teor de xenofobia cresceram 2.369,5%, de apologia e incitação a crimes contra a vida, 630,52%, de neonazismo, 548,4%, de homofobia, 350,2%, de racismo, 218%, e de intolerância religiosa, 145,13%”.

sistemáticos sobre o conteúdo do mencionado direito, a partir da jurisprudência do Supremo, nos moldes que apresentaremos nessa dissertação.

A doutrina especializada⁵ descreve um cenário jurisprudencial caótico impulsionado pela ausência de padrões jurídicos seguros sobre o conteúdo da livre expressão. Mas essa é a realidade do STF quando julga casos sobre esse direito fundamental? Não se pode olvidar que a ausência de um padrão decisório ou de uma coerência interpretativa jurisprudencial por parte do tribunal maior do país enseja riscos à garantia do direito à liberdade de expressão a todos: sem saber como o caso será decidido, os cidadãos ficam à mercê de uma “loteria jurisprudencial”, facilitando possíveis censuras judiciais e, por conseguinte, cerceando seu direito.

Os casos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n° 134.682/BA de 2016, da Primeira Turma do STF, bem como o RHC n° 146.303/RJ, de 2018, da Segunda Turma, ilustram como o tema é polêmico. Ambos versam sobre a tensão entre a liberdade de expressão e liberdade religiosa, mas que obtiveram conclusões distintas a despeito das semelhanças fáticas. Suscintamente, o primeiro caso trata sobre a publicação de um livro intitulado “Sim, Sim, Não, Não, reflexões de cura e libertação”, cujo autor é sacerdote da Igreja Católica, que fora denunciado pelo Ministério Público pela suposta prática do crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, devido haver conteúdo de discriminação religiosa que atingiria a doutrina espírita.

Por maioria dos votos, a primeira turma deu provimento ao recurso ordinário para trancamento da ação penal, nos termos do voto vencedor de Relatoria do Min. Edson Fachin. Por outro lado, no RHC n° 146.303/RJ de 2018, julgado pela segunda turma, analisou-se os limites da liberdade religiosa num contexto em que um pastor da “Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo” manifestou em meios de comunicação (um Blog denominado “Tupirane”), entre outras coisas, que “não-cristãos não serão salvos e irão para o inferno”, caracterizando, segundo a maioria dos ministros, a discriminação religiosa, cujo relator também foi o Min. Edson Fachin (voto vencido) e o redator, o Min. Dias Toffoli. É possível perceber que ambos os casos trazem discussões semelhantes e foram julgados distintamente. E se levarmos em consideração apenas a postura do Min. Toffoli no RCL 38.782/RJ em 09/01/2020, verificaremos que ela parece contrastar com a decisão de 2018 acima referenciada: nesse último afirmou que o discurso sobre a crença alheia, que a rebaixe ou a desmereça, consiste num ataque à liberdade religiosa;

⁵ E por doutrina especializada consideramos a produção acadêmica e científica que estuda o tema, retirando-se os “clássicos” manuais ou cursos de direito constitucional, de caráter mais geral, conforme destacaremos no decorrer desse trabalho.

enquanto em 2020, considerou que uma sátira humorística não tem “o condão de abalar valores da fé cristã, cuja existência retrocede há mais de 2 (dois) mil anos, estando insculpida na crença da maioria dos cidadãos brasileiros”.

Indica-se que essa discrepância interpretativa ocorre de modo reiterado na jurisprudência da Corte Suprema brasileira, o que nos leva a questionar quais os parâmetros que ela está adotando para a tomada de decisão sobre liberdade de expressão, haja vista não ser possível identificar coerência ou unanimidade entre os critérios utilizados pelos ministros. Por conseguinte, a ausência de uniformidade nos parâmetros/critérios judiciais sobre o tema implica na imprevisibilidade de como casos faticamente semelhantes serão decididos, pois, mesmo nessas condições, podem atrair respostas jurídicas distintas.

É com essa perspectiva que buscamos aprofundar a temática, considerando a importância da jurisprudência do Supremo para os cidadãos brasileiros de um modo geral e não apenas para os juristas ou operadores do direito, evidenciando-se que ainda há muito o que pesquisar e esclarecer sobre o assunto, especialmente no âmbito das decisões judiciais. Obter conhecimento dos parâmetros ou posicionamentos adotados pelos ministros do tribunal maior do Estado brasileiro sobre tema tão relevante à sociedade, como o direito fundamental à liberdade de expressão, auxilia-nos na avaliação do nível de proteção dos nossos direitos fundamentais por esse tribunal, além da identificação de como casos posteriores serão decididos, tendo em vista que a solução dessas controvérsias sociais e judiciais impactam diretamente nossas vidas. Assim, impende evitar surpresas decorrentes de uma loteria judicial sobre problemáticas factuais semelhantes, como tem ocorrido até o momento.

A partir desse contexto, questiona-se: Qual o conteúdo⁶ do direito à liberdade de expressão tal como o Supremo Tribunal Federal desenvolve em sua jurisprudência? Ele nos possibilita identificar o padrão decisório da corte em julgados faticamente semelhantes? Para responder o problema proposto, além de ter como suporte teórico a pesquisa bibliográfica, analisarei os acórdãos da Suprema corte brasileira no interregno de março de 2017 (momento em que o Ministro Alexandre de Moraes começou a fazer parte do STF) até outubro de 2020 (mês de saída do Min. Celso de Mello), tanto do plenário quanto das turmas⁷, com objetivo de

⁶ Considerado aquele que destaca a característica do direito, seus critérios e limites.

⁷ A escolha pelos acórdãos advindos da formação plenária e das turmas do Supremo é motivada pelo objetivo proposto desta pesquisa, a saber, o entendimento da corte acerca do conteúdo do direito à liberdade de expressão. Dessa maneira, é necessário obter visão ampla sobre o assunto analisando os votos dos onze ministros do tribunal (inviável com a análise somente de decisões monocráticas) sob pena de se ter uma visão conclusiva parcial ou limitada, que não corresponderia à realidade. As decisões monocráticas foram retiradas em razão da elevada quantidade (no período analisado foram identificadas 784, com o uso da palavra-chave “liberdade de expressão” no sítio eletrônico do Supremo), além disso, busca-se o posicionamento da corte a partir dos argumentos adotados

identificar o conteúdo desenvolvido pela jurisprudência da Corte e não do tribunal, ou seja, analisar decisões formadas por uma mesma composição de ministros⁸.

Tendo como objeto de estudo a análise de fundamentos de decisões judiciais, a pesquisa empírica apresenta muitas oportunidades que podem ser exploradas, especialmente quando se trata do direito à liberdade de expressão, pois “ao menos no direito brasileiro, não há regras que definam de forma clara, concreta e específica quando um discurso está ou não protegido pela liberdade de expressão (ou de imprensa)”, e que “não há uma previsibilidade minimamente consistente quanto ao direito que deverá prevalecer” em situações onde há conflitos de direitos (LEITE; HANNIKAINEN, 2018, p. 43-44)⁹. Por isso a sua análise mostra-se fundamental para o que estamos buscando.

Considerando que o problema da pesquisa é investigar qual o conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido pelo STF ao longo de sua jurisprudência, partindo-se das clássicas abordagens metodológicas no campo das ciências, o método a ser adotado será o indutivo, tendo em vista que serão analisadas as decisões daquele tribunal sobre o tema (dados particulares) para, em seguida, inferir-se qual é o conteúdo do direito em questão (dado geral), alinhado às perspectivas teóricas apresentadas. Em outras palavras, para se chegar a esse resultado, será necessário analisar a jurisprudência deste tribunal em cada caso concreto, a fim de que se possa inferir o conteúdo do direito sob uma perspectiva geral. Ou seja, parte-se do particular para o geral, tendo como objetivo ampliar o alcance do conhecimento sobre aquele assunto e chegando a conclusões mais amplas em relação àquelas premissas apresentadas como base inicial (MARCONI; LAKATOS, 2010). Neste caso, a premissa particular será a decisão judicial.

Detalhando-se como ela foi realizada e os critérios adotados, a pesquisa jurisprudencial iniciou a partir da seleção de casos sobre o direito à liberdade de expressão no *site* oficial do STF, em campo específico denominado “pesquisa de jurisprudência”. Neste campo foram

pelos ministros nos acórdãos e não os resultados práticos de um julgado. As posições pessoais dos membros são tratadas de modo reflexo e, portanto, não integram o objeto principal.

⁸ Santos (2020, p. 29), ao analisar a colegialidade do Supremo e a forma como os ministros utilizam a sua jurisprudência, destaca a composição da corte como um importante fator a ser considerado e, assim, “para os ministros ainda atuantes no Supremo, a jurisprudência refere-se aos entendimentos já consolidados (i) pela composição ao qual integram e (ii) na hipótese de composição diferente, o ministro-Relator da decisão julgada precisa ainda estar na atual composição”, nesse sentido, “ministros e advogados estabelecem uma distinção entre jurisprudência da Corte e jurisprudência do tribunal. Para os ministros, eles vinculam-se à jurisprudência da Corte; para os advogados, à jurisprudência do tribunal”.

⁹ Embora o método apresentado por Leite e Hannikainen (2018), a abordagem experimental, tenha como pressuposto identificar os critérios utilizados pelos julgadores em meio a possibilidades de colisão de direitos, utilizando a entrevista como técnica de pesquisa com os próprios julgadores, é possível dizer que a análise de decisões judiciais também se caracteriza como um tipo de pesquisa empírica que pode ser associada a outro método, como exposto no decorrer do texto.

colocadas as seguintes palavras-chave: “liberdade expressão”¹⁰ e “liberdade de expressão”¹¹. Em seguida especificamos a data de julgamento (01/03/2017 a 31/10/2020) como filtro de pesquisa. Para os acórdãos da formação Plenária da Corte, a primeira palavra-chave, “liberdade expressão”, resultaram 63 (sessenta e três) acórdãos, e para a segunda, 38 (trinta e oito) acórdãos.

Cruzando-se os resultados obtidos, analisando as ementas dos julgados, bem como o inteiro teor dos acórdãos (especialmente quando somente com a ementa não era possível identificar se o caso realmente abordava o direito da liberdade de expressão), restaram 19 (dezenove) acórdãos do Plenário que considere promissores¹² para análise da argumentação jurídica utilizada pelo STF sobre o tema proposto: 1- ADI 2566 (2018); 2- ADI 4451 (2019); 3- ADI 4613 (2018); 4- ADI 4439 (2017); 5- ADI 5122 (2018); 6- ADI 5852 (2020); 7- RE 685493 (2020); 8- RE 330817 (2017); 9- RE 494601 (2019); 10- ADPF 722 (2020); 11- ADPF 548 (2020); 12- ADPF 129 (2019); 13- ADPF 460 (2020); 14- ADPF 572 (2020); 15- ADPF 457 (2020); 16- ADPF 467 (2020); 17- ADPF 496 (2020); 18- ARE 654432 (2017) e 19- ADO 26 (2019).

No caso das Turmas, a partir da primeira palavra-chave “liberdade expressão”, obtivemos 36 (trinta e seis) acórdãos da 1ª Turma e 25 (vinte e cinco) da 2ª Turma. Com a segunda palavra-chave “liberdade de expressão”, resultaram 32 (trinta e dois) acórdãos da 1ª Turma e 22 (vinte e dois) da 2ª Turma. Cruzando-se as informações obtidas, foi possível selecionar 15 (quinze) acórdãos da 1ª Turma e 10 (dez) da 2ª Turma. Como disposto no quadro a seguir:

Quadro 1: Acórdãos das turmas do STF

	1ª TURMA	2ª TURMA
Casos obtidos após análise:	RCL 22328 (2018)	HC 141949 (2018)

¹⁰ Para essa busca o operador é “E”, em que todos os termos devem aparecer necessariamente no documento, não sendo necessário explicitar o E na expressão de busca, conforme orientação do sítio eletrônico.

¹¹ Para essa busca, coloquei a palavra-chave entre aspas, a fim de que os termos aparecessem na exata ordem e grafia indicada, de acordo com a orientação do sítio do STF.

¹² Utilizei a expressão “promissores” porque nem todos os acórdãos que aparecem na pesquisa são diretamente relacionados à palavra-chave utilizada. Muitas decisões têm como foco outra problemática e apenas citam uma ou duas vezes a liberdade de expressão, como assunto reflexo, enquanto outras sequer mencionam o direito à liberdade de expressão. Geralmente nesse último caso aparece apenas a palavra “liberdade” ou “expressão” isoladamente e em outro contexto. Essas conclusões foram obtidas a partir de planilhas que organizaram a coleta dos dados decisórios, com os seguintes parâmetros/critérios identificados: fatos relevantes, problemas jurídicos, tese e resultado, utilizando-se o sistema da prova e da contraprova na tentativa de reduzir a falibilidade do resultado e selecionar os casos sobre liberdade de expressão para análise qualitativa posterior. Com a leitura das ementas e, sendo necessário aprofundar a leitura com o mérito da decisão, analisando os parâmetros selecionados e referidos acima, foi possível identificar quais os casos que mais desenvolvem o conteúdo do direito em questão e, portanto, os adequados ao objeto proposto.

	RCL 38201 c/c MS 36901 (2020) RCL 28747 (2018) MS 34493 (2019) INQ 4694 (2018) RMS 33028 (2019) PET 7107 (2019) PET 5956 (2018) PET 6268 (2018) HC 142391 (2020) HC 152014 (2020) RHC 165086 (2020) RCL 31130 (2020) MS 37178 (2020) AP 1021 (2020)	RCL 16074 (2020) RCL 15243 (2019) RCL 28262 (2018) RE 1193343 (2019) RE 638360 (2020) RE 840718 ¹³ (2018) RHC 146303 (2018) RCL 32052 (2020) RCL 31117 (2020) ARE 892127 (2018)
Número Total:	15	11

Fonte: Elaborado pela autora.

Em seguida, com os casos escolhidos, será utilizada a análise de conteúdo das decisões como técnica do tipo de pesquisa qualitativa. É importante frisar que a análise de conteúdo também pode ser subdividida em quantitativa e qualitativa: na primeira “se traça uma frequência das características que se repetem no conteúdo do texto”; enquanto na segunda é verificado tanto a ausência quanto a presença de conteúdo ou conjunto de características numa mensagem. Portanto, a pesquisa utilizará ambas as formas de análise de conteúdo para identificar o conteúdo do direito à liberdade de expressão apresentado nos votos dos ministros, buscando por meio desta, “categorizar as unidades de texto (palavras ou frases) que se repetem, inferindo uma expressão que as representem” (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 682).

Quanto ao tipo de pesquisa, inicialmente, quanto aos objetivos, classifico a minha pesquisa como descritiva ou analítica, visto que será feita uma análise das decisões do STF para inferência do conteúdo do direito à liberdade de expressão. Para tanto, será necessário descrever os argumentos utilizados pelos ministros para decidir os casos relativos ao direito referido. Quanto à abordagem, será quantitativa e qualitativa. A primeira ocorrerá com a seleção e quantificação das decisões judiciais que serão estudadas, a partir da pesquisa de jurisprudência a ser realizada no site oficial do STF, por meio da utilização de palavras-chave (como liberdade

¹³ Consta no relatório como promissor, mas foi retirado por estar em segredo de justiça e não terem disponibilizado todos os votos.

de expressão), observando-se o total de casos e filtrando-se aqueles que mais abordam o tema proposto. E já sob uma perspectiva qualitativa, serão identificados os argumentos utilizados nas decisões para alcançar, através de inferências, o conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido pelo STF. Assim, será quali-quantitativa.

Quanto aos procedimentos, a pesquisa terá três tipos, quais sejam, bibliográfica, documental e jurisprudencial, muito embora em determinados momentos seja possível identificar mais características de uma do que de outra. Isso porque será necessário obter amplo referencial teórico sobre o direito à liberdade de expressão, que será alcançado com a pesquisa bibliográfica; a documental é observada com a utilização de legislação nacional e internacional sobre o tema, bem como o próprio texto constitucional brasileiro; e a pesquisa jurisprudencial é imprescindível à identificação dos parâmetros e argumentos utilizados pelo STF para inferência do conteúdo do direito em questão que é desenvolvido nas decisões judiciais, a qual também se caracteriza como quali-quantitativa.

Ainda no escopo metodológico, por se tratar de direito fundamental e envolver teorias sobre um direito fundamental, cabe destacar que será utilizado como base a metodologia jurídica empregada por Alexy (2015) ao desenvolver sua teoria sobre direitos fundamentais na Alemanha, por evidenciar aspectos relevantes e que devem ser considerados na análise pretendida. Como teoria jurídica de direito fundamental e, portanto, dogmática, deve-se adotar três dimensões: uma analítica, uma empírica e uma normativa, as quais serão consideradas para abordar o conteúdo de direito e as teorias sobre o direito à liberdade de expressão.

Dá-se ênfase à dimensão empírica porque ela “não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois inclui também a descrição e prognóstico da práxis jurisprudencial, ou seja, não só direito legislado, mas também direito jurisprudencial” (ALEXY, 2015, p. 34). Sob essa perspectiva, tal importância se revela especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, que são formados por conceitos abstratos, muitas vezes, e que se levarmos em consideração somente os dispositivos legais, pouco se saberá sobre eles e, assim, o papel da jurisprudência é igualmente fundamental. Porém, as demais dimensões são relevantes da mesma forma, sendo um complemento da outra.

A dimensão analítica se ocupa dos conceitos elementares sobre o tema em análise, enquanto a normativa implica a “elucidação e crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial”, então é nesse sentido que a dogmática jurídica pretende “dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado” (ALEXY, 2015, p. 35-36). Estes aspectos são fundamentais para serem utilizados como elementos metodológicos de análise em virtude do

objetivo proposto: analisar a jurisprudência do tribunal supremo brasileiro para identificar o conteúdo de um direito fundamental.

Como em alguma medida serão valoradas as interpretações normativas e jurisprudenciais/empíricas, Alexy (2015, p. 36) nos alerta para dois problemas que estão diretamente relacionados: “o problema de complementação” e “o problema da fundamentação”, sendo o primeiro observável pela existência de lacunas no material normativo, e o segundo pelas valorações feitas a esse material normativo. Sob esse viés, como serão verificadas as fundamentações e interpretações decisórias do tribunal, tais problemas serão identificados, ressaltando-se que os três aspectos são essenciais e se vinculam ao objetivo proposto e por isso serão considerados na análise metodológica, inserida no campo da dogmática dos direitos fundamentais.

A partir do percurso metodológico traçado, a pesquisa foi dividida em três capítulos principais. No primeiro, há a exposição dos acórdãos do STF (plenário e das turmas) sobre o direito da liberdade de manifestação e pensamento com o objetivo de se averiguar, se assim for possível, qual o conteúdo do direito abordado. Nesse capítulo, os casos selecionados foram agrupados conforme “categorias de discurso” – termo que será explicado no decorrer do capítulo - a fim de identificar os argumentos desenvolvidos pelos ministros nessas situações. A partir das conclusões obtidas, e sendo constatado que os julgadores adotam posicionamento específico sobre esse direito fundamental, serão utilizados quadros com os dados para melhor ilustrar o entendimento de cada um mediante as categorias de discurso.

No segundo capítulo, desenvolveremos as explicações teóricas amplamente discutidas na doutrina nacional e estrangeira que justificam a proteção da liberdade de expressão, a fim de identificar se elas estão presentes na jurisprudência do Supremo com base nos exemplos destacados no capítulo anterior. A partir disso, tentaremos identificar o conteúdo do direito à livre manifestação desenvolvido pela corte brasileira e sua relação com a produção doutrinária sobre o tema. Em outras palavras, será verificado se o que está sendo discutido na doutrina sobre a liberdade de expressão, suas conclusões, divergências e justificativas, é o mesmo que ocorre no desenvolvimento jurisprudencial do STF. E isso se relaciona com a metodologia alexyniana: a análise conceitual e normativa pode ser influenciada pela doutrina e, no mínimo, as discussões doutrinárias têm de levar em consideração o desenvolvido jurisprudencialmente para explicar, ensinar ou facilitar a compreensão do direito.

No terceiro capítulo, após as conclusões obtidas e análise das dificuldades encontradas com o modo de desenvolvimento da jurisprudência na Corte brasileira, em que há dissenso entre os ministros quanto a algumas temáticas específicas envolvendo a liberdade de expressão,

problematizaremos a questão indicando as possíveis influências para essa ocorrência. Como, por exemplo, o modo de decidir da corte, argumentos de autoridade, os fatores internos e externos, ou mesmo fatores interpretativos que inviabilizam conclusões previsíveis e precisas na jurisprudência desse tribunal.

1. EXPLORANDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O papel assertivo que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado perante a sociedade, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, vem sendo colocado em evidência em diversos aspectos no campo jurídico e político, notadamente no âmbito da garantia e efetividade de direitos fundamentais. Além de outros fatores, algumas alterações relevantes podem ser apontadas como propulsoras dessa postura: aumento da competência deste tribunal para apreciar demandas jurídicas; acesso à jurisdição constitucional ampliado; novos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais em decorrência da inércia do legislativo, etc. Como consequência, houve aumento da “discussão pública a partir da constitucionalização de debates políticos” (SANTOS; SILVA, 2015, p. 65).

É nesse contexto que Oliveira (2017, p. 128) aponta que o STF ganhou um protagonismo na política do Brasil contemporâneo, pois suas relações com os poderes da República foram ampliadas com decisões que afetam cada vez mais nosso cotidiano a partir da discussão de direitos fundamentais, implementação de políticas públicas e sociais, econômicas, tributárias, assim como questões que envolvem os entes federativos. Dessa maneira, a Corte passou a ter muito mais visibilidade quando comparado a períodos anteriores¹⁴, destacando o seu papel de “guardião da Constituição” para garantir que seus dispositivos sejam cumpridos e protagonizando decisões relevantes da esfera social, política e econômica no país.

Destacando esse papel, Vieira (2018, p. 162) desenvolveu o conceito de *supremocracia*, que seria um “poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas [...]”, originário da “hiperconstitucionalização da vida brasileira”, mas sem recair em usurpação de poder tendo em vista que há disposição constitucional para a sua atuação nesse sentido.

Desse modo, ao mesmo tempo em que se criou uma Constituição com o máximo de detalhes sobre direitos, interesses e competências institucionais, fora atribuída ao STF a competência de “bloquear decisões futuras do sistema representativo que viessem a ameaçar esses mesmos interesses, privilégios ou direitos”, assim como julgar as principais autoridades

¹⁴ Vieira (2018, p. 164-165) explica o contexto político do país de desconfiança na democracia, marcado por conflitos e fragmentação política, que tornou propício o fortalecimento do STF, depositando expectativas na Corte brasileira para “estabilizar minimamente as expectativas e modular a implementação da nova Constituição”, a partir da sua função de “guardião moderador do pacto de 1988”, e dando-lhe uma nova atribuição institucional com a possibilidade de dar a última palavra sobre variados assuntos de natureza política, econômica, moral e social.

do país e “para resolver os conflitos entre os poderes” (VIEIRA, 2018, p. 165). Esses fatores, além da ampliação do acesso à jurisdição constitucional, contribuíram significativamente para dar maior visibilidade ao direito constitucional em relação a outras áreas jurídicas (SANTOS; SILVA, 2015, p. 65).

É inegável que o direito constitucional está sendo colocado em voga em distintos debates políticos a partir da constitucionalização dos argumentos e problemáticas envolvidas¹⁵, sendo necessário compreender, conforme destacam Santos e Silva (2015, p. 66) “a forma como o direito constitucional se tornou uma categoria fundamental à explicação do discurso jurídico brasileiro”. Essa compreensão tornou-se um desafio entre os profissionais e acadêmicos, a qual é agravada pelo fato de não haver um método próprio que seja capaz de nos conduzir a respostas similares.

O Supremo Tribunal Federal, especialmente em razão de sua centralidade política, sofre influência da opinião pública em assuntos controversos, sendo destaque também por deter o poder de dar a última palavra provisória em casos envolvendo direitos fundamentais. Desse modo, a Corte brasileira é utilizada como objeto de estudo em comum¹⁶, na tentativa de serem alcançadas análises importantes sobre o discurso jurídico no Brasil, o que inclui, igualmente, compreender o conteúdo de direitos fundamentais, tal como o direito à liberdade de expressão.

Muitos temas envolvendo a livre manifestação tangenciam problemas políticos graves, tais como aqueles relativos à democracia, liberdade de imprensa, imunidades parlamentares, regras eleitorais, discursos de ódio, honra de agentes políticos, entre outros. Esses temas podem ser compreendidos em decorrência do conteúdo do direito previsto no texto constitucional, bem como nas leis que dispõem sobre o tema, seja nacional, como os limites previstos na legislação civil ou penal, seja em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

A Constituição de 1988 consagra a liberdade de manifestação e pensamento¹⁷ em distintos dispositivos constitucionais (art. 5º, IV, V, VI, IX, XIV e XXXIII; art. 206, II e III;

¹⁵ Há, inclusive, a utilização de normas constitucionais nesses debates “para adentrar ao campo político com a segurança de uma ‘imparcialidade aparente’ por se utilizar de argumentos jurídico-constitucionais” (SANTOS; SILVA, 2015, p. 66).

¹⁶ Santos e Silva (2015, p. 66) evidenciam o Supremo como objeto de pesquisa em comum exatamente porque tanto os profissionais, integrantes de carreiras jurídicas, almejam um prognóstico das decisões judiciais para fins específicos dentro de sua área de atuação; quanto os acadêmicos e professores objetivam compreender o funcionamento da Corte brasileira a partir da análise de comportamentos, pesquisas empíricas, ou mesmo de decisões judiciais. Ainda nesse sentido, os autores destacam que há o interesse comum e principal de ambos em entender a Corte especialmente a partir da investigação de como os ministros decidem. E é essa a tarefa a ser desempenhada no presente capítulo, colocando como foco temático o direito fundamental à liberdade de expressão.

¹⁷ A despeito de haver discussões teóricas que diferenciam liberdade de expressão, de consciência, de imprensa, de manifestação do pensamento, que utilizem outras terminologias com distintos significados ou que os classifiquem por sua abrangência – liberdade de expressão em sentido estrito, liberdade de informação e liberdade

art. 215; e art. 220, caput e §§1º, 2º e 5º), os quais asseguram as mais variadas formas de manifestação, seja para expressar ou para receber informações, de modo individual ou coletivo, e que evidenciam a necessidade do pluralismo de ideias numa sociedade democrática como a nossa. Apesar de estarem expressamente dispostas no texto constitucional, esses dispositivos são objeto de inúmeras discussões judiciais levadas ao STF, que afirmam contornos, limites, a importância e reconhecimento desse direito fundamental. E podemos dizer que grande parte dessas discussões advém de uma atividade interpretativa que combina esses dispositivos de diferentes formas, favorecida por uma Constituição farta em normas, além de haver elementos e fatores externos que influenciam na tomada de decisão¹⁸.

Casos emblemáticos julgados pelo Supremo são reiteradamente utilizados como precedentes representativos de sua jurisprudência atual sobre liberdade de expressão¹⁹. Porém, é importante ressaltar que esses exemplos considerados paradigmáticos foram decididos por volta de dez a vinte anos atrás, ou seja, implica considerar que os parâmetros ou padrões identificados na jurisprudência podem sofrer variação em razão do tempo. Além disso, observa-se que a produção de precedentes de direito material no STF está em crise, afetando a jurisprudência inclusive sobre liberdade de expressão, pois as decisões constantemente citadas pelos ministros não formam um conteúdo claro e operacionalizável que permita orientar magistrados em decisões posteriores (HARTMANN, 2020). Ainda nesse contexto, muitos casos já foram julgados posteriormente pela Corte brasileira e o número de demandas que são levadas a julgamento ainda permanece elevado²⁰, sendo possível observar indícios de que ainda não há conformidades ou unanimidades sobre os diversos temas que tangenciam ou abordam especificamente a liberdade de expressão no país.

A identificação do conteúdo de um direito fundamental, como a liberdade de expressão, na jurisprudência da corte brasileira deve ser obtida a partir de um processo minucioso, considerando o contexto e os elementos contidos nas decisões. Além da análise específica dos

de imprensa, conforme Koatz (2011, p. 6) - a presente pesquisa as utilizará como sinônimas, entendendo que essa diferenciação não faz parte do escopo da discussão ora realizada.

¹⁸ Esses fatores externos serão observados no último capítulo dessa pesquisa.

¹⁹ Para citar alguns exemplos: a ADPF 130, sobre a não recepção da lei de imprensa (nº 5.250/67), o qual se constituiu como um precedente garantidor da liberdade de imprensa no Brasil e que seguramente demandou tempo e atenção especial dos ministros para desenvolverem um acórdão com 334 páginas; o HC nº 82.424, popularmente conhecido como “Caso Ellwanger”, em que fora decidido se um editor poderia ser condenado por racismo em razão da publicação de livro com conteúdo antissemita, discorrendo-se acerca de um típico caso de discurso de ódio; e o caso conhecido como a “marcha da maconha”, ADPF 187, em que foi determinado que a manifestação a favor da legalização de entorpecentes não poderia ser criminalizada, por afronta aos direitos de reunião e de livre expressão do pensamento.

²⁰ A pesquisa desenvolvida mais adiante sobre os julgados de liberdade de expressão nos apresenta uma noção quantitativa.

julgados, destacamos que a composição da corte é um fator decisivo para a determinação do conteúdo do direito, pois a alteração dos ministros pode afetar diretamente a compreensão do tribunal sobre determinado assunto.

Sobre a importância da formação da Corte por um mesmo grupo de ministros para a construção jurisprudencial, Santos (2020, p. 29), ao analisar a colegialidade e o modo como os ministros utilizam a jurisprudência, destaca que para eles a jurisprudência se constitui de entendimentos consolidados pela composição que integram e, “na hipótese de composição diferente, o ministro-Relator da decisão julgada precisa ainda estar na atual composição”. Essa noção é válida para a pesquisa em apreço, tendo em vista que se busca pelo conteúdo de um direito fundamental desenvolvido pela Corte e, uma vez alterada essa composição, pode-se ter um fator de modificação também do entendimento sobre o direito adotado²¹.

Com base nisso, conforme exposto na introdução, adotarei o período de março de 2017 (momento em que o Ministro Alexandre de Moraes começou a fazer parte do STF) até outubro de 2020 (mês de saída do Min. Celso de Mello), como critério de investigação dos acórdãos. Justificou-se, inclusive, a escolha pelos acórdãos advindos da formação plenária e das turmas do Supremo em razão do objetivo proposto, a saber, o entendimento deste tribunal acerca do conteúdo do direito à liberdade de expressão e suas justificativas. Dessa maneira, é necessário obter a maior visão possível sobre o assunto analisando os votos dos onze ministros que o compõe (inviável com a análise somente de decisões monocráticas²²), sob pena de se ter uma visão conclusiva parcial ou limitada, que não corresponderia à realidade.

Consoante ilustrado, foram encontrados 19 (dezenove) acórdãos da formação plenária, e 25 (vinte e cinco) acórdãos das turmas, que se encontram dispostos em variados assuntos ou categorias de discurso, como já mencionado inicialmente. Utilizaremos a terminologia categorias de discurso para denominar genericamente as temáticas em que os casos podem ser subdivididos. Em outras palavras, os casos sobre liberdade de expressão apresentam situações fáticas particulares que podem servir para os agrupar em temas correlatos²³. Trabalhos especializados, sobretudo na academia dos EUA (EASTLAND, 2000; FISS, 1996; SULLIVAN; FELDMAN, 2016), já observaram repetições temáticas semelhantes sobre os

²¹ Essa pode ser uma hipótese a ser considerada e pesquisada, porém foge ao escopo desta investigação apontar maiores aprofundamentos teóricos sobre o tema.

²² Decisões monocráticas excluídas conforme justificado na introdução.

²³ Sob essa perspectiva, as categorias de discurso têm relevância para análise da jurisprudência haja vista que permitirão analisar casos fáticos e tematicamente semelhantes e comparar como eles são decididos diante das circunstâncias apresentadas.

casos de liberdade de expressão, mas que também podem ser encontradas em trabalhos brasileiros, a partir da jurisprudência do STF (KOATZ, 2011; VIEIRA, 2017).

Koatz (2011), por exemplo, fez uma organização dos casos encontrados por assunto ao estudar as decisões do Supremo sobre liberdade de expressão²⁴. O que ele denominou de “assunto”, podemos identificar como categorias de discurso²⁵ desse direito fundamental. Assim, a partir das temáticas encontradas nos casos do STF e com o apoio dos termos já utilizados pela doutrina, destacaremos as seguintes categoriais: 1- liberdade de imprensa/jornalística; 2- liberdade de expressão e tutela da honra; 3- discurso de ódio; 4- discurso obsceno e pornografia; 5- discurso comercial; 6- liberdade de expressão e discurso político/eleitoral; 7- liberdade artística; 8- liberdade religiosa; 9- direito de resposta; 10- liberdade de expressão e intimidade/privacidade; 11- tutela penal do discurso; 12- liberdade de reunião, associação/sindicalização, greve e expressão; 13- liberdade de expressão e direito à educação²⁶.

Em razão do período delimitado para este estudo, no entanto, nem todos os temas acima foram abordados pelos casos escolhidos. Por exemplo, a doutrina supracitada identifica a categoria do discurso obsceno e pornografia, a liberdade artística e o direito de resposta, que não foram acima destacados. Isso não significa que esses temas não tenham sido abordados pela Corte brasileira nesses julgados ou em outros períodos.

Ao revés, ressalta-se que as decisões foram categorizadas a partir da prevalência temática do caso em análise pela corte e, nesse sentido, ainda que haja uma predominante, outras temáticas também podem ser abordadas concomitantemente nos julgados²⁷. Essa é uma divisão metodológica e não pressupõe que um caso de liberdade de imprensa, por exemplo, limite-se apenas a esse tema, pois pode abordar, inclusive, o direito à privacidade, tutela da honra ou direito de resposta.

Sob essa perspectiva, há temáticas que apareceram somente em acórdãos do plenário e outras apenas nas decisões das turmas. Para melhor visualização, agrupamos os acórdãos, tanto

²⁴ Koatz (2011) subdividiu os casos nos seguintes assuntos: 1- classificação de espetáculos e diversões públicas; 2- defesa da criança e do adolescente e restrições à liberdade de expressão; 3- liberdade de expressão das emissoras de radiodifusão; 4- leis eleitorais e restrições à liberdade de expressão; 5- publicidade comercial; 6- liberdade de imprensa; 7- restrições à atividade profissional que interferem com a liberdade de expressão; 8- restrição prévia à divulgação de notícias; 9- liberdade de protesto e crítica; 10- discursos de incitação ao ódio (*hate speech*); 11- pornografia e obscenidade.

²⁵ Frisa-se que não há a pretensão de desenvolver conceitualmente o termo “categoria de discurso”, mas tão somente destacar a sua função para a presente pesquisa.

²⁶ Essas duas últimas categorias, número 12 e 13, não foram expostas pelos citados estudos, porém foram destacados por nós a partir da leitura dos acórdãos selecionados, tendo em vista que as circunstâncias fáticas apontavam para esses outros direitos, como o direito de greve (categoria 12) e o direito à educação (categoria 13).

²⁷ Adotamos como referência a “regra da prevalência da razão de decidir” utilizada por Vieira (2002, p. 144) e Oliveira (2011, p. 153), os quais elucidam a incidência de várias temáticas num mesmo julgado, porém isso não impede a constatação de uma razão decisória predominante. Com base nisso classificamos os casos em categorias.

do plenário, quanto das turmas, a partir dos temas principais dos julgados, conforme exposto a seguir:

Quadro 2: Amostra de acórdãos do STF sobre liberdade de expressão de 2017 a 2020.

Categoria	Acórdão	Órgão	Ano	Relator(a)
Liberdade de Imprensa	RCL 22.328/RJ	1ª Turma	2018	Min. L. R. Barroso
	RCL 28.747/PR	1ª Turma	2018	Min. A.de Moraes
	RCL 28.262/PI	2ª Turma	2018	Min. Edson Fachin
	RE 840.718/DF ²⁸	2ª Turma	2018	Min. Lewandowski
	ARE 892.127/SP	2ª Turma	2018	Min. C. Lúcia
	RMS 33.028/DF	1ª Turma	2019	Min. Rosa Weber
	RCL 15.243/RJ	2ª Turma	2019	Min. C.de Mello
	RCL 38.201/SP c/c	1ª Turma	2020	Min. A. Moraes/
	MS 36.901/SP	1ª Turma	2020	Pres. Min. L. Fux
	RCL 16.074/SP	2ª Turma	2020	Min. C. de Mello
	RE 638.360/RJ	2ª Turma	2020	Min. Dias Toffoli
	RCL 32.052/MS	2ª Turma	2020	Min. G. Mendes
	RCL 31.117/PR	2ª Turma	2020	Min. C. de Mello
Liberdade de expressão e tutela da honra	PET 5.956/DF	1ª Turma	2018	Min. Rosa Weber
	PET 6.268/DF	1ª Turma	2018	Min. Rosa Weber
	MS 34.493/BA	1ª Turma	2019	Min. Luiz Fux
	PET 7.107/DF	1ª Turma	2019	Min. Rosa Weber
Discurso de Ódio	RE 1.193.343/SE	2ª Turma	2019	Min. C. de Mello
	ADPF 572	Plenário	2020	Min. Edson Fachin
	ADO 26	Plenário	2019	Min. C. de Mello
Discurso Comercial	INQ 4.694/DF	1ª Turma	2018	Min. M. Aurélio
	RE 330.817/DF	Plenário	2017	Min. Dias Toffoli
Discurso político/eleitoral	ADI 4.613/DF	Plenário	2018	Min. Dias Toffoli
	ADI 4451/DF	Plenário	2019	Min. A. de Moraes
	ADPF 548/DF	Plenário	2020	Min. C. Lúcia
	ADI 5.122/DF	Plenário	2020	Min. Edson Fachin
	RCL 31.130/MS	1ª Turma	2020	Min. A. de Moraes
	MS 37.178/DF	1ª Turma	2020	Min. Luiz Fux
Liberdade religiosa	AP 1.021/DF	1ª Turma	2020	Min. Luiz Fux
	ADI 2.566/DF	Plenário	2018	Min. A. de Moraes
	ADI 4.439/DF	Plenário	2017	Min. L. R. Barroso
	RE 494.601/RS	Plenário	2019	Min. M. Aurélio
Direito à intimidade/privacidade	RHC 146.303/RJ	2ª Turma	2018	Min. Edson Fachin
	ADPF 129/DF	Plenário	2019	Min. Edson Fachin
	RE 685.493/SP	Plenário	2020	Min. M. Aurélio
Tutela penal do discurso	ADPF 722/DF	Plenário	2020	Min. C. Lúcia
	ADPF 496/DF	Plenário	2020	Min. L. R. Barroso
	HC 141.949/DF	2ª Turma	2018	Min. G. Mendes
	HC 142.391/DF	1ª Turma	2020	Min. M. Aurélio
	HC 152.014/RJ	1ª Turma	2020	Min. M. Aurélio
	RHC 165.086/SC	1ª Turma	2020	Min. M. Aurélio
Liberdade de reunião, associação, greve e sindicalização	ARE 654432/GO	Plenário	2018	Min. Edson Fachin
	ADI 5.852/MS	Plenário	2020	Min. Dias Toffoli
Liberdade de expressão e direito à educação	ADPF 467/MG	Plenário	2020	Min. G. Mendes
	ADPF 460/PR	Plenário	2020	Min. Luiz Fux
	ADPF 457/GO	Plenário	2020	Min. A. de Moraes

Fonte: Elaborado pela autora.

²⁸ Embora seja compatível com a pesquisa, foi retirado porque o caso estava sob sigilo de justiça e, desse modo, não disponibilizaram a íntegra do acórdão.

Feita a divisão por temas, passemos à análise dos casos com o propósito de observar os principais argumentos identificados para a resolução da controvérsia constitucional e, posteriormente, identificar o conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido por esta formação do tribunal brasileiro.

1.1. Comentando a jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão a partir das categorias de discurso

Antes de adentrarmos na análise jurisprudencial, cumpre esclarecer como ela será realizada considerando a extensão de cada acórdão. Conforme explanado, as categorias de discurso nos auxiliarão a observar as razões de decidir segundo o tema semelhante entre os casos. Entretanto, muitos acórdãos possuem centenas de páginas, tonando inviável a exposição detalhada e individualizada de cada voto dos ministros, haja vista a limitação de espaço dessa dissertação.

Por essa razão, a exposição desses julgados ocorrerá seguindo a seguinte sequência²⁹: (i) exposição geral dos fatos e a(ii) exposição dos principais argumentos para a categoria do discurso. Esses tópicos serão apresentados sequencialmente sem abordar especificamente todos os votos³⁰, ou seja, será dada uma visão mais ampla do que foi observado para os casos daquela categoria de discurso, fundamentando a descrição com exemplos representativos do que será abordado. Por fim, apresentaremos um quadro dos principais fundamentos dados à liberdade de expressão, por categoria, e que são, muitas vezes³¹, aqueles que motivam a decisão judicial.

²⁹ Os casos seguirão nessa sequência, porém não serão estabelecidos tópicos específicos, mas tão somente o desenvolvimento deles ao longo do texto. Ademais, esclarece-se que à medida em que as categorias são apresentadas, houve redução do desenvolvimento dos argumentos por identificarmos repetição (que podem ser observados nas categorias iniciais) e, desse modo, os quadros gerais suprem a análise pormenorizada dos mesmos.

³⁰ Mas em categorias com poucos casos, ainda que não tenhamos dado destaque a todos os votos, os elementos principais do acórdão e suas conclusões foram apontadas.

³¹ Como veremos nos próximos capítulos, esses fundamentos e justificativas da liberdade de expressão, apesar de enfatizados pelos ministros, não são os únicos a motivar a decisão, havendo outros elementos (alguns são identificáveis na própria decisão e outros não). Por isso utilizamos a expressão “muitas vezes”, já que eles sozinhos não são suficientes para nos indicar como uma controvérsia judicial será solucionada.

1.1.1. Liberdade de imprensa/jornalística

A livre manifestação e o exercício da atividade jornalística já foram objeto de intensas discussões na jurisprudência do Supremo. O caso mais emblemático, constantemente referenciado e citado como precedente, é a ADPF 130, sobre a não recepção da lei de imprensa pela Constituição de 1988. Porém, muitos casos ainda são direcionados ao tribunal brasileiro para discutir este direito quando colocado em confronto com outros direitos fundamentais, especialmente aqueles pertencentes ao âmbito da personalidade³², como o direito à intimidade, privacidade, à honra e à imagem, havendo pontos (interpretativos/teóricos ou factuais) que ainda não foram completamente elucidados para sanar as dúvidas e discussões que propulsionam o grande volume de judicialização de demandas sobre esse tema. Não é à toa que foram identificados doze³³ julgados das turmas no curto período pesquisado³⁴.

Dos acórdãos analisados, é possível estabelecer uma visão geral sobre eles a partir dos fatos e principais argumentos utilizados. Iniciando com o contexto dessas demandas, podemos destacar que abordam, majoritariamente, a liberdade de expressão e de imprensa jornalística em situações que confrontaram a garantia dos direitos da personalidade³⁵ e, por isso, ensejaram demandas judiciais que visavam restringir a publicação de matérias/notícias ou manifestações jornalísticas.

Ainda nesse contexto geral, observa-se que a maioria é bastante similar e se refere à retirada de peças jornalísticas do ambiente digital (seja em sítios eletrônicos ou blogs jornalísticos) que afetaram a honra de terceiros³⁶, incluindo autoridades públicas³⁷, porém também há caso com decisão judicial que determinou a suspensão de rádio local que não

³² “A rigor, a liberdade de expressão também é um direito da personalidade”, entretanto, compartilharemos também “o sentido de direitos de personalidade geralmente empregado pela doutrina civilista” (LEITE et al., 2020, p. 9). Além disso, constantemente os ministros do Supremo mencionam a prevalência das liberdades em detrimento dos direitos da personalidade, fazendo clara distinção entre eles, como, por exemplo, no voto do Ministro Barroso no julgamento da Reclamação nº 22.328/RJ, afirmando que há “uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade” (p. 5). Por esse motivo, a liberdade de expressão não será considerada como pertencente aos direitos da personalidade nesse estudo.

³³ Foram encontrados doze no total, porém analisados somente onze tendo em vista que um (RE 840.718, 2ª Turma, 2018) encontrava-se em segredo de justiça e, por isso, não houve disponibilização do inteiro teor do acórdão.

³⁴ O dado numérico apresentado nos leva a algumas reflexões: por que há muitos casos envolvendo a liberdade de imprensa? Há necessidade de mais critérios para solução dos casos? Ou seria um problema de consolidação de precedentes? Essas são algumas perguntas que tentaremos responder ao longo do presente estudo ou apresentar hipóteses considerando os limites do campo de análise.

³⁵ Única exceção é o MS 33.028/DF, 1ª Turma, 2019.

³⁶ RCL 22.329, 1ª Turma, 2018; RCL 28.262/2018; ARE 892.127, 2ª Turma, 2018; RCL 16.074/SP, 2ª Turma, 2020; RCL 32.052/MS, 2ª Turma, 2020; RCL 31.117/PR, 2ª Turma, 2020.

³⁷ RCL 28.747, 1ª Turma, 2018; RCL 15.243/RJ, 2ª Turma, 2019.

cumpriu o horário de transmissão oficial para o programa “A Voz do Brasil”³⁸; que restringiu publicação de biografia não autorizada³⁹; e outro que limitou a publicação de matéria jornalística contendo conversas originárias de interceptação telefônica⁴⁰. Então há elementos fáticos que se repetem e outros não.

Genericamente, quanto à argumentação utilizada para a resolução das controvérsias, foi possível perceber que os ministros colocam em evidência em seus votos a importância histórica e a prevalência da liberdade de expressão na ordem constitucional em razão da função que desempenha numa sociedade democrática⁴¹, ilustrando como a Constituição de 1988 garantiu a esse direito um sentido amplo, especialmente após o contexto de limitação de direitos em que o Brasil viveu no período de ditadura militar. Esse direito fundamental, por sua vez, engloba a ampla liberdade de informação e imprensa, vedando-se a censura prévia estatal, ainda que em sede jurisdicional. É garantida à liberdade de expressão, desse modo, uma posição preferencial (prioridade *prima facie*), bastante elucidada pelos ministros do Supremo nessa categoria.

Como primeiros exemplos, sobre a importância e conteúdo abrangente da liberdade de expressão e imprensa, podemos apontar o voto do ministro Celso de Mello na Reclamação nº 28.262/2018⁴², que inclui “(a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar” no conteúdo do direito em apreço e, dessa maneira, a liberdade de informação jornalística se afirmou como um instrumento realizador da própria coletividade obter informação, vedando-se a prática judicial inibitória ou censória⁴³.

³⁸ MS 33.028/DF, 1ª Turma, 2019.

³⁹ RCL 38.201/SP, 1ª Turma, 2020.

⁴⁰ RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020, mas que também envolvia autoridade pública (Governador do Rio de Janeiro).

⁴¹ Essa função é elucidada com o acesso ao livre mercado de ideias, que permite o desenvolvimento da dignidade e da autonomia individuais, a tomada de decisões políticas no ambiente democrático, o pluralismo de ideias e opiniões e, até mesmo, o exercício de outros direitos fundamentais. Para dar um exemplo, podemos citar a RCL nº 16.074/SP, 2ª Turma, 2020, julgado à unanimidade, cujo relator é o ministro Celso de Mello, que desenvolve esses pontos em seu voto e repete essa mesma estrutura em diversos acórdãos sobre liberdade de expressão; e a RCL 38.201/SP, 1ª Turma, 2020, que também foi unânime em afirmar esses valores democráticos a partir do voto do relator Alexandre de Moraes.

⁴² Trata da retirada, por decisão judicial, de notícias de um portal denominado “Portal 180 Graus” que teriam violado a honra de terceiros.

⁴³ No tocante à atuação judicial censória, ainda que analisada *a posteriori*, podemos indicar dois exemplos concretos, que são baseados em juízos de valor: a ministra Cármen Lúcia, no julgamento do ARE 892.127/SP em 2018, pela 2ª Turma, caso em que restringiu uma publicação jornalística porque expôs imagem de pessoa morta sem omitir os traços que pudessem identificá-la, considerou a restrição judicial indevida na medida em que a decisão tentou substituir o jornalista e o jornal quando interpretou o que seria desnecessário na matéria (exposição do corpo e da imagem do indivíduo). Desse julgado, podemos identificar um critério valorativo não cabível ao poder judiciário e que foi entendido como censura judicial, conforme entendimento da ministra. No entanto, vale destacar que houve divergência nesse caso. Sob outra perspectiva, há o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.028/DF, de 2019, 1ª Turma, que analisou decisão que suspendeu transmissões de uma rádio local como sanção por não ter cumprido o horário de transmissão oficial do programa “A Voz do Brasil”. Nesse caso, a relatora ministra Rosa Weber argumentou que a Lei nº 4.117/1962 já foi recepcionada pela Constituição de 1988, a qual dispõe sobre as balizas necessárias à transmissão do programa oficial nas rádios, incluindo a obrigatoriedade do horário previsto. A partir dessa premissa, julga que não há ofensa à liberdade de manifestação do pensamento,

Também é reiterado que a Constituição de 1988 protege esse direito em seu duplo aspecto⁴⁴, tanto positivo, com a exteriorização da opinião, quanto negativo, que proíbe a censura prévia em qualquer hipótese⁴⁵.

Complementando essa ideia, o voto do Ministro Barroso na Reclamação nº 22.328/2018⁴⁶ expôs a proteção constitucional dada à liberdade de expressão, abrangendo as suas diversas formas (como a intelectual, artística, científica, entre outras) e apresentou cinco justificativas principais para considerar a posição preferencial desse direito: i- função que desempenha na democracia; ii- dignidade humana; iii- busca da verdade; iv- função instrumental; v- preservação da cultura e da história. Nessa mesma reclamação, o ministro Luiz Fux ratificou a liberdade de expressão como um dos mais relevantes núcleos dos direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, no julgamento da RCL 28.747/2018⁴⁷, Fux também asseverou que a liberdade de expressão e informação é um instrumento imprescindível para o resguardo e promoção das liberdades públicas e privadas dos cidadãos.

Apesar da posição de destaque da livre manifestação e pensamento no ordenamento jurídico constitucional, os ministros asseveram que nenhum direito é absoluto, incluindo a liberdade de manifestação. Há disposições constitucionais e legais próprias que limitam o gozo

de criação, de expressão e de informação, porque a sanção não estabelece nenhum tipo de juízo de valor sobre o conteúdo produzido ou veiculado na programação da permissionária do serviço público de radiodifusão sonora, que continua sendo livre, mas tão somente se limita a impor penalidade pelo reiterado descumprimento do horário estabelecido para retransmissão do programa oficial. Nota-se com esses dois casos a verificação de um juízo de valor por parte do judiciário para identificação de uma decisão censória ou não, entretanto, como veremos ao longo desse trabalho, ainda não podemos dizer que esse critério se aplica em todos os casos similares.

⁴⁴ Exemplo: Voto do Min. Alexandre de Moraes, Reclamação nº 38.201/SP, 2020, 1ª Turma.

⁴⁵ Esse entendimento é apresentado no acórdão da Reclamação nº 38.201/SP, 2020, 1ª Turma, decidido unanimemente, nos termos do voto do relator Alexandre de Moraes, pela caracterização de censura prévia, em caráter abstrato e preventivo, em decisão que restringiu a publicação de biografia não autorizada de Suzane Louise Von Richthofen (intitulado “Suzane – Assassina e Manipuladora). Nesse caso, havendo violação de direitos da personalidade, deve-se apurar e reparar apenas posteriormente, com a justificativa da garantia de proliferação de informações, da circulação de ideias, e dos mais diversos e antagônicos discursos, sejam eles moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos.

⁴⁶ Aborda decisão de juíza de Direito da 7ª Vara Cível do Rio de Janeiro proferida em 26.05.2015 para que Abril Comunicações S/A retirasse, de seu site eletrônico, matéria publicada em 05.06.2013, por entender que restou indubitosa a ofensa à honra e dignidade do autor (Pierre Thomé de Souza, pessoa de expressiva participação pública, participando de encontros no Palácio da Alvorada com a ex-Presidente Dilma Roussef, além de ser amigo de assessores pessoais do ex-Presidente dos EUA Barack Obama) ao intitular o site da Revista Veja como “um bicão na alta-roda”. A decisão foi mantida pelo TJ-RJ. Porém o STF a reformou.

⁴⁷ Caso que analisa a ocorrência de censura à manifestação de jornalista sobre fatos envolvendo a atuação de uma delegada da Polícia Federal na operação lava jato (a ela foi imputado o vazamento de informações sigilosas à imprensa), bem como críticas a membros da força tarefa e agentes/órgãos conexos (DPF, MPF, Judiciário, etc.). Assim, requereu-se a reparação pecuniária pelas alegadas ofensas nas matérias e a retirada delas do blog jornalístico.

desse direito, os quais podem ser assim resumidos⁴⁸: a- direito de resposta; b- direitos da personalidade; c- possibilidade de responsabilização civil ou penal posterior em casos de abuso; d- interdição da divulgação das informações. Essas limitações são mencionadas para expor o caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão, contudo, é feita a ressalva de que a restrição à divulgação de informações deve ser a última medida, principalmente se realizada previamente⁴⁹, sob pena de haver censura estatal.

Nesse contexto, não obstante haja limitações em casos de colisão com outros direitos, como os direitos à honra, à imagem e à privacidade, podemos considerar que há “excludentes” que reforçam a prevalência da liberdade de manifestação jornalística mesmo nessas situações. O interesse público é o primeiro deles, sendo enfatizada a importância da garantia do direito à informação coletiva numa sociedade democrática como justificativa à manutenção de publicações jornalísticas. Ademais, havendo informações que afetem a honra ou a imagem de autoridades públicas, por exemplo, deve haver maior tolerância e ônus argumentativo⁵⁰ para justificar a restrição em razão do interesse público no conteúdo das reportagens, cabendo a aplicação de medidas reparadoras *a posteriori* na ocorrência de eventuais direitos violados (Voto Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, RCL 28.747/2018).

Assim, deve-se priorizar os mecanismos de reparação posterior e evitar ao máximo a repressão estatal (incluindo a judicial), especialmente em controvérsias envolvendo interesse público⁵¹, com a finalidade de que seja evitado um efeito inibidor ao exercício desse direito fundamental⁵². Outra excludente apresentada, é o direito de criticar e expor fatos, vinculado ao exercício da atividade jornalística por profissionais da imprensa, que está incluído como um

⁴⁸ Além desses, nesse tema, há outros mencionados pela minoria dos ministros: classificação indicativa e restrição à propaganda comercial (Voto Barroso, RCL 22.329/2018); regulação do mercado de ideias pelos poderes para resguardar os mais vulneráveis e as ideias minoritárias e para reprimir os abusos (Voto Fux, RCL 28.747/2018).

⁴⁹ Há manifestação expressa no texto constitucional de que a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição (art. 220) e os ministros utilizam esse dispositivo como referência, além de mencionar a ADPF 130 como precedente que veda a censura estatal no âmbito da atividade jornalística, principalmente se se caracterizar como prévia e abstrata (Exemplo: RCL 38.201/SP, 1ª Turma, 2020; RCL 16.074/SP, 2ª Turma, 2020; voto divergente do ministro Edson Fachin no RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020, entre outros).

⁵⁰ Sobre o ônus argumentativo, o ministro Edson Fachin enfatizou que foi reconhecida à liberdade de imprensa uma importância maior para a democracia brasileira e “até mesmo com o próprio construto da personalidade e seus direitos inerentes”, por isso, possui um lugar privilegiado e há um forte ônus argumentativo para imposição de eventuais restrições à divulgação de peças jornalísticas (ARE 892.127/SP, 2018, 2ª Turma; e RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020).

⁵¹ O ministro Luiz Fux destaca o papel dos princípios setoriais para regulação de atividades econômicas e estatais específicas, como as de Direito Administrativo (art. 37, CF) e do setor da comunicação, em que a informação não sofrerá nenhuma restrição (art. 220, caput, CF) para corroborar que seja vedada qualquer forma de censura à difusão da informação, incluindo matérias jornalísticas (RCL 22.328/2018).

⁵² Utilizando referências da jurisprudência estadunidense, os ministros comumente mencionam o efeito inibidor (*chilling effect*) a ser evitado, pois seria uma consequência da restrição de manifestações jornalísticas. Exemplo: Voto ministro Luiz Fux (RCL 28.747/2018).

dos elementos materializadores da prática concreta do direito de informar, qualificando-se como excludente apta a afastar o intuito doloso de ofender⁵³.

Admitindo o caráter não absoluto do direito e as limitações constitucionais, outro elemento que se repete é a técnica da ponderação constantemente utilizada pelos julgadores, porém, buscando-se identificar critérios ou parâmetros comuns, não é possível observar uma abordagem unânime sobre o procedimento que emprega a ponderação. O mais próximo que obtivemos como exemplo de critérios foi com o voto do ministro Barroso, no julgamento da RCL 22.329/2018, que expôs oito critérios para ponderar nesses casos de conflitos de direitos fundamentais, a saber, a (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Ocorre que esses critérios não foram utilizados pelos demais ministros nesse caso e nem no julgamento dos outros casos similares⁵⁴, salvo nos votos divergentes do ministro Edson Fachin no RE 638.360/RJ, 2ª Turma⁵⁵, de 2020 e na RCL 32.052/MS (exposta posteriormente), que referenciou os critérios da RCL 22.329. Por conseguinte, o que podemos concluir é que há utilização de critérios ponderativos para resolução de conflitos envolvendo essa temática, mas eles não podem ser atribuídos à Corte, pois podemos observar que cada ministro faz seu próprio juízo de ponderação a partir dos elementos fáticos.

Nos demais casos não houve a exposição de critérios específicos como aqueles para a ponderação. De modo geral, os ministros destacam os direitos envolvidos e os elementos fáticos para fundamentar a sua posição final sem seguir uma estrutura de critérios que se repita, sendo muito comum indicarem o uso da proporcionalidade e razoabilidade de modo genérico para justificar a conclusão final. No RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020, o ministro Celso de Mello, por exemplo, reafirma a relevância da liberdade de expressão e que não há amparo constitucional para pressões ou constrangimentos aos profissionais da imprensa para revelarem suas fontes,

⁵³ Conclusão apresentada no voto do ministro Celso de Mello na RCL 28.262/2018, porém foi um ponto apresentado na ADPF 130 também.

⁵⁴ Para exemplificar a afirmação anterior, podemos indicar o ARE 829.127/SP⁵⁴, julgado em 2018 pela 2ª Turma. Em voto divergente, o ministro Gilmar Mendes destacou a ponderação entre os princípios envolvidos e concluiu que houve excessos no exercício da liberdade de imprensa, a qual violou o direito à imagem do falecido e a intimidade de seus familiares, porém sem utilizar os parâmetros acima indicados por Barroso na RCL 22.329/2018.

⁵⁵ Aborda questão relativa à possibilidade de empresa jornalística (Globo Comunicação e Participações S/A) publicar conversas telefônicas, entre o governador do Estado do Rio de Janeiro e outras pessoas, interceptadas e gravadas clandestinamente por terceiros, cujo conteúdo a imprensa teve acesso.

devendo haver critérios que permitam avaliar e ponderar qual o direito preponderante no caso concreto, a partir da ponderação.

A despeito dessas dificuldades, buscando-se o conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido pela corte e os fundamentos comuns adotados para decisão da controvérsia judicial, foi possível notar que muitos argumentos jurídicos⁵⁶ se repetem entre os ministros, mesmo que possivelmente cheguem a conclusões distintas⁵⁷. Esse conteúdo é composto, precipuamente, por três elementos: a) *função do direito*; b) *características do direito*; c) *critério interpretativo para a solução de conflitos*. A partir dessas compreensões, vejamos o quadro abaixo.

Quadro 3: Principais argumentos para a categoria liberdade de imprensa/jornalística.

Liberdade de Expressão e Imprensa		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão é um dos núcleos/fundamentos do Estado Democrático de Direito⁵⁸; - Liberdade de manifestação é um instrumento à promoção das liberdades públicas e privadas dos cidadãos⁵⁹; - Proteção da expressão de ideias de grupos minoritários⁶⁰. 	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão tem sentido amplo e abrange a liberdade de informação e de imprensa, assim como a intelectual, artística e científica⁶¹; - Liberdade de imprensa, enquanto proteção da livre manifestação, abrange: direito de informar, de buscar, receber e transmitir informação, de opinar e de criticar⁶² 	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão é garantida em seu duplo aspecto: positivo (exteriorização da opinião) e negativo (proibição da censura prévia)⁶⁴; - Censura estatal à livre manifestação e informação é vedada⁶⁵; - Liberdade de expressão tem posição Preferencial na ordem constitucional⁶⁶; - Caráter não absoluto da livre manifestação⁶⁷;

⁵⁶ São desenvolvidos a partir do texto constitucional, das leis, da doutrina e da jurisprudência, incluindo referências estrangeiras e internacionais (como instrumentos internacionais e jurisprudência sobre direitos humanos).

⁵⁷ Ponto que será aprofundado no capítulo seguinte.

⁵⁸ Quando a finalidade de assegurar a democracia é mencionada, geralmente é acompanhada com a importância que a livre manifestação desempenha, como a manutenção do mercado de ideias, garantia do pluralismo, desenvolvimento da dignidade, participação e tomada de decisões políticas, etc. Casos encontrados: Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 28.262; Voto Gilmar Mendes, ARE 892.127/SP; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Alexandre de Moraes, RCL 38.201/SP; Voto Fux, MS 36.901; Voto Celso de Mello, RCL 16.074/SP; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; Voto Fachin, RCL 32.052/MS; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR.

⁵⁹ Voto Fux, RCL 28.747; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ.

⁶⁰ Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Fux, RCL 22.328/RJ.

⁶¹ Voto Barroso, RCL 22.328/RJ; Voto Alexandre de Moraes (inclui discursos moralistas, obscenos, humorísticos, conservadores e literários), RCL 38.201/SP.

⁶² Voto Celso de Mello, RCL 28.262; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 16.074/SP; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ; Voto Fachin, RCL 32.052/MS; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR.

⁶⁴ Voto Alexandre de Moraes RCL 38.201/SP.

⁶⁵ Voto Barroso, RCL 22.328/RJ; Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 28.262; Voto Cármen Lúcia, ARE 892.127/SP; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Cármen Lúcia, RCL 15.243/RJ; RCL 16.074/SP; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR.

⁶⁶ RCL 22.238/RJ; Voto Fux, RCL 28.747; Votos Edson Fachin e Celso de Mello, ARE 892.127/SP; Voto Luiz Fux, MS 36.901; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ.

⁶⁷ Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Gilmar Mendes, ARE 892.127/SP.

	(seu exercício objetivo, afasta o ânimo de ofender ⁶³).	<ul style="list-style-type: none"> - Admite restrições (não absoluto) com a utilização da ponderação⁶⁸; - Dignidade da pessoa humana é um limite⁶⁹; - Deve haver maior ônus argumentativo para justificar restrição à livre manifestação, sob pena de haver efeito inibidor do seu exercício⁷⁰; - Intervenção judicial somente a posteriori em casos de abusos⁷¹.
--	---	---

Fonte: Elaborado pela autora.

Com base na leitura dos casos e da identificação dos principais argumentos, algumas observações podem ser feitas. No âmbito da categoria de discurso sobre liberdade de expressão e imprensa coloca-se em evidência a posição de destaque que esse direito possui na ordem constitucional vigente em decorrência da sua função essencial para a manutenção de uma sociedade democrática. E esse é um fundamento teórico unânime entre os ministros. Ao mesmo tempo, reconhecem que há outros direitos fundamentais igualmente importantes e, portanto, não existem direitos absolutos.

A problemática é resolvida a partir da ponderação entre os direitos envolvidos, mas é possível dizer que nesta categoria há uma prevalência de votos favoráveis à garantia do amplo exercício da liberdade de imprensa e jornalística, cuja função está diretamente relacionada ao amplo acesso de informações à coletividade e, por conseguinte, constitui-se um meio para garantia do pluralismo de ideias e opiniões na sociedade democrática. Essa interpretação da corte reforça as características do direito à livre expressão em sua vertente de liberdade de imprensa voltada à proteção à informação coletiva e ao direito de criticar e opinar. Desse modo, as ocorrências relacionadas a esses temas serão protegidas pela Constituição, pois há a compreensão de que a imprensa é elemento essencial para a manutenção da democracia brasileira, sendo garantido aos jornalistas um amplo grau de proteção de suas manifestações.

Ademais disso, podemos notar que há preocupação maior por parte dos ministros em manter uma interpretação ampliativa, que assegure os elementos vitais à democracia, para não

⁶³ Votos Celso de Mello, RCL 28.262 e ARE 892.127/SP; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 16.074/SP; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR.

⁶⁸ Voto Barroso e Fachin, RCL 22.328/RJ; Voto Gilmar Mendes, ARE 892.127/SP; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; Voto Gilmar Mendes, RCL 32.052/MS; Voto Fachin, RCL 32.052/MS.

⁶⁹ Voto Fux, RCL 22.328/RJ.

⁷⁰ Voto Fux, RCL 28.747; Votos Edson Fachin e Celso de Mello, ARE 892.127/SP; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ (nesse caso, não menciona o efeito inibidor);

⁷¹ Voto Fachin, RCL 32.052/MS;

criar precedentes regressivos que possam repetir o passado de ditadura vivido pelo país⁷². Assim, os direitos à imagem, à honra e à intimidade são preteridos à garantia da liberdade de expressão e imprensa.

Do total de onze casos, apenas quatro⁷³ tiveram conclusão restritiva do exercício da liberdade de expressão. Isso implica dizer que a postura da corte, para os casos de colisão entre esses direitos fundamentais, é preponderantemente favorável à ampla garantia da livre manifestação aos profissionais da imprensa, ainda que haja afetação de direitos da personalidade no caso concreto.

1.1.2. Liberdade de expressão e tutela da honra

A tutela da honra é uma categoria de discurso diretamente relacionada à proteção dos direitos da personalidade, que englobam a honra, a imagem, privacidade e intimidade. Geralmente esses direitos fundamentais são os que mais entram em colisão com a liberdade de expressão nas discussões judiciais, estando presente também em situações que envolvem o exercício da liberdade de imprensa. Nesse contexto, por que criar outra categoria se poderíamos incluí-los no tópico anterior? O critério utilizado para separar esses casos específicos em tutela da honra foi a ausência de relação com a imprensa, pois envolvem manifestações de cidadãos e de autoridades públicas nos meios de comunicação, diferentemente dos anteriores que tratavam da atividade jornalística.

Assim, foram identificados cinco acórdãos cujas situações fáticas podem ser resumidas nos seguintes tópicos: a- a suposta ocorrência de difamação e injúria por meio de postagem realizada em rede social e que envolvia autoridade pública⁷⁴; b- alegada prática de calúnia, difamação e injúria a partir de vídeo postado em rede social, porém envolvendo imunidade parlamentar⁷⁵; c- manifestação de um promotor de justiça em rede social sobre autoridades públicas, incluindo o poder judiciário⁷⁶; d- manifestação de parlamentar sobre a atuação de

⁷² Essa referência pode ser observada no voto da maioria dos ministros e, como exemplo, podemos mencionar a estrutura argumentativa do ministro Celso de Mello que repete reiteradamente em seus votos sobre o tema (como veremos, não só nos casos sobre liberdade de imprensa, mas também em outras categorias).

⁷³ São eles: RCL 28.262, 2ª Turma, 2018; RMS 33.028/DF, 1ª Turma, 2019; RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020; RCL 32.052/MS, 2ª Turma, 2020. A análise das divergências e dos possíveis fatores presentes nos casos que levaram a essas conclusões pela maioria dos ministros, será realizada nos próximos capítulos.

⁷⁴ Petição 5.956/DF, 1ª Turma, 2018.

⁷⁵ Petição 6.268/DF, 1ª Turma, 2018.

⁷⁶ Mandado de Segurança nº 34.493/BA, 1ª Turma, 2019.

outro parlamentar em entrevista ocorrida em rádio local⁷⁷; e- denúncia anônima em desfavor de magistrado perante ouvidoria de um tribunal estadual⁷⁸.

O contexto fático desses julgados foi um relevante fator para o desenvolvimento das razões de decidir dos ministros. Além da garantia da liberdade de expressão, acrescentou-se a imunidade parlamentar, prevista constitucionalmente, que reforçou a tomada de decisão favoravelmente à livre manifestação, salvo os casos “c” e “e” em que não havia parlamentares envolvidos. Por conseguinte, além da função democrática da liberdade de expressão e pensamento, os principais argumentos incluíram que as manifestações estavam abarcadas pela imunidade parlamentar, dentro de um contexto de disputa política⁷⁹, apesar do meio de comunicação utilizado (redes sociais, por exemplo) e do caráter depreciativo ou ofensivo que porventura pudessem ter. Vejamos a síntese dos argumentos:

Quadro 4: Principais argumentos dos ministros para a categoria tutela da honra

Liberdade de expressão e Tutela da Honra		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
- Liberdade de expressão é importante para garantia do regime democrático ⁸⁰ .	- Liberdade de expressão ampara as discussões de âmbito parlamentar (imunidade parlamentar), incluindo antagonismos político-ideológicos ⁸¹ .	- Imunidade parlamentar não autoriza proferir ofensas ⁸² ; - Posição preferencial na ordem constitucional ⁸³ ; - Admite limitações proporcionais e razoáveis, por meio da ponderação ⁸⁴ ; - Liberdade de expressão veda o anonimato para desestimular manifestações abusivas ⁸⁵ .

Fonte: Elaborado pela autora.

⁷⁷ Petição n° 7.107/DF, julgado pela 1ª Turma em 2019.

⁷⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 1.193.343/SE, julgado pela 2ª Turma em 2019.

⁷⁹ É possível perceber, mais uma vez, que os assuntos estão interconectados e que esses casos também poderiam estar inseridos, por exemplo, na categoria de “discurso político e eleitoral”. Entretanto, consideramos a prevalência temática sobre a discussão judicial envolvendo a tutela da honra e da imagem, principal motivo para que essas ações fossem iniciadas.

⁸⁰ Voto Luiz Fux, MS 34.493/BA.

⁸¹ Voto Rosa Weber (unanimidade), PET 5.956/DF; Voto Rosa Weber, PET 6.268/DF; Voto Alexandre de Moraes, PET 6.268/DF; Voto Rosa Weber, PET 7.107/DF; Voto Marco Aurélio, INQ 4.694.

⁸² Voto Marco Aurélio, PET 6.268/DF.

⁸³ Voto Luiz Fux, MS 34.493/BA.

⁸⁴ Voto Luiz Fux, MS 34.493/BA.

⁸⁵ Voto Celso de Mello (unanimidade), RE 1.193.343/SE.

No que tange à imunidade parlamentar, três casos semelhantes são representativos. Na Petição nº 5.956/DF⁸⁶, 1ª Turma, de 2018, a relatora do caso, ministra Rosa Weber⁸⁷, destacou que a manifestação alegada como ofensiva à honra e à reputação (atributos pessoais) foi destinada aos movimentos sociais atuantes no cenário político e, além disso, o deputado que expôs a sua opinião política, ainda que em ambiente virtual, estava abarcado pela imunidade parlamentar material. Assim, considerando o contexto da fala, não obstante irônica ou capaz de desqualificar/causar desconforto, encontrava-se no âmbito da política, estando amparada pela liberdade de expressão de representação parlamentar e “não traduzem investida penalmente relevante à dignidade ou decoro da ofendida”.

O segundo caso, Petição nº 6.268/DF⁸⁸, julgado pela 1ª Turma em 2018, e terceiro, Petição nº 7.107/DF⁸⁹, 1ª Turma, 2019, também consideraram o caráter depreciativo/ofensivo das palavras, contudo, tratava-se de críticas⁹⁰ e antagonismos políticos conexos ao exercício do mandato e garantidas pela imunidade do parlamentar também no meio digital (segundo caso) ou de radiodifusão (terceiro caso).

Nos outros acórdãos em que não havia o envolvimento de parlamentares, no entanto, as conclusões foram distintas e podemos considerar que suas conclusões foram limitadoras da livre manifestação. Nessa situação, podemos adotar como hipótese que a ausência de elementos fundamentais da democracia, como a discussão política (quando envolve parlamentares) ou a presença da atividade jornalística (função democrática), consubstancia o posicionamento dos ministros a favor da proteção dos direitos da personalidade.

⁸⁶ Trata de queixa-crime apresentada por Edva Moreno Aguillar contra o Deputado Federal Fernando Destito Francischini, pela alegada prática dos delitos de difamação e injúria. Alegou-se, em síntese, que o querelado publicou em sua rede social (*Facebook*), no dia 18.02.2016, uma montagem de imagem, na qual figurava uma fotografia da querelante, junto a outros indivíduos, com os seguintes dizeres: “*O que um bom pão com mortadela não faz?*”. Ademais, teria o querelado feito circular, junto à imagem, a seguinte legenda: “*Contratados pelo PT para fazer baderna, e vandalismo! Depois enfrentam a PM e viram vítimas para as fotos da imprensa. CUT e MST agem igual em todo o Brasil!*”.

⁸⁷ Frise-se que o entendimento da relatora fora acompanhado unanimemente pelos demais ministros da turma.

⁸⁸ Analisa queixa-crime apresentada pelo Senador da República Romero Jucá Filho contra o Senador da República Telmário Mota de Oliveira, acusando-o de praticar calúnia, difamação e injúria a partir da gravação de um vídeo com alegações ofensivas à honra do querelado que fora divulgado nas redes sociais. Defende a que a imunidade parlamentar não é absoluta e que as declarações proferidas não guardam conexão com o mandato do querelado.

⁸⁹ Discorre sobre agravo regimental contra decisão monocrática que negou seguimento à queixa crime apresentada por Helder Barbalho em desfavor de Wladimir Rebelo, que proferiu alegações supostamente ofensivas à honra e à reputação do querelado numa entrevista à Rádio Jovem FM de Benevides-PA.

⁹⁰ O ministro Alexandre de Moraes (Petição nº 6.268/DF, 1ª Turma, 2018) acrescenta que há imunidade extraparlamentar (fora do espaço congressual) quando a manifestação de opiniões possui nexos com o exercício do mandato, inclusive ressalta a importância da proteção dessas manifestações para manutenção do debate político democrático e para fiscalização de outros poderes. Assim, o antagonismo político entre agentes políticos afasta a persecução penal para garantir o debate democrático.

Em linhas gerais, notamos o destaque da posição preferencial da liberdade de expressão acompanhada do seu caráter não absoluto e que, por isso, pode sofrer limitações proporcionais e razoáveis a partir de uma atividade ponderativa⁹¹. O caso representativo é o Mandado de Segurança n° 34.493/BA⁹², 1ª Turma, 2019, em que o relator, ministro Luiz Fux, afirmou a liberdade de expressão como não absoluta (após destaque de sua importância para o regime democrático) e que pode ser ponderada a partir de outros direitos fundamentais, como os direitos da personalidade⁹³. Observamos que nesses julgados os elementos fáticos influenciaram em grande medida a fundamentação dos ministros, corroborada com elementos constitucionais, como a imunidade parlamentar.

1.1.3. *Discurso de ódio e liberdade de expressão*

A abrangência da liberdade de expressão não é tão fácil de ser esclarecida num caso concreto. Atualmente, em especial, pessoas se manifestam sobre os mais variados assuntos em redes sociais abertas a todos, podendo facilmente afetar terceiros com palavras ofensivas e recair em discursos odiosos. A depender do contexto, seja ele político, religioso ou social, nem sempre os tribunais (no nosso caso, o STF) adotam conclusões similares sobre a caracterização de discursos odiosos e se eles implicam em medidas sancionatórias ou não.

Essa problemática é ilustrada por três casos julgados no período analisado, cujas situações fáticas apresentam distinções, porém há a prevalência temática da discussão do discurso de ódio. Um primeiro caso analisa a fala de um parlamentar e a possível caracterização de um discurso de ódio passível de responsabilização criminal⁹⁴; o segundo aborda a tipificação

⁹¹ Posição ratificada AGR RE 1.193.343, 2ª Turma, 2019, que trata do não recebimento de reclamação/denúncia anônima em Ouvidoria do Tribunal de Justiça de Sergipe em desfavor de magistrado, a partir da justificativa de que a liberdade de expressão não condiz com o anonimato a fim de evitar abusos no seu exercício e preservado a incolumidade dos direitos da personalidade.

⁹² Analisa situação de Promotor de Justiça que sofreu sanção de advertência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em razão de suas manifestações numa entrevista realizada na rádio Metrópole Salvador/BA sobre o tema “condução coercitiva”, pois teria utilizado linguagem imprópria ao se referir à opinião pública e que teria tecido críticas exacerbadas à atuação do Juiz Sérgio Moro, além de se referir ao STF e demais tribunais. Narra que a comissão processante teria apurado as condutas do impetrante quando se referiu ao juiz federal Sérgio Moro como “analfabeto” e “midiático, que gosta muito de mídia, de aparecer”, ao tempo em que declarou que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais ignorariam as nulidades praticadas pois “não têm coragem” para anulá-las. Na mesma ocasião, ao ser questionado acerca da opinião que a sociedade tinha acerca do suposto envolvimento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva nas práticas criminosas investigadas, declarou que “noventa por cento da sociedade e merda para mim é a mesma coisa”. Ato contínuo, ao ser perguntado por determinado ouvinte se ele estaria incluído neste grupo, o promotor retificou a sua manifestação declarando que “cem por cento é merda”, e respondeu que estariam ambos incluídos. (P. 6).

⁹³ Com base nisso, afirmou-se o abuso do exercício desse direito naquele julgado, confirmado pela maioria da turma, vencido apenas o ministro Marco Aurélio.

⁹⁴ Inquérito n° 4.694, 1ª Turma, 2018.

penal da homotransfobia⁹⁵; e o terceiro, mais recente, discute caso de notícias fraudulentas envolvendo o STF. São três situações fáticas distintas, porém interligadas pela preponderância da discussão sobre os discursos odiosos no ordenamento jurídico vigente em relação ao exercício do direito à livre expressão.

Das arguições apresentadas pelo Supremo para esta categoria, a que mais se destaca e que é comum entre os ministros, nos três casos, é a de que o discurso de ódio não está abrangido pelo direito à liberdade de expressão⁹⁶. Entretanto, no momento de identificação do que se constitui um discurso odioso e discriminatório, com consequências penais, há a exposição de diversos critérios pelos ministros que não nos permitem inferir um conteúdo comum entre eles, os quais são justificados, preponderantemente, pelo contexto e elementos factuais.

Podemos citar, como primeiro exemplo, o Inquérito 4.694⁹⁷, 1ª Turma, 2018, em que se considerou o contexto político para que a manifestação do parlamentar fosse imune a sanções (em decorrência da imunidade parlamentar), sendo enfatizado pelo relator do caso⁹⁸, ministro Marco Aurélio, três argumentos principais: i- não caracterização de discriminação⁹⁹; ii- manifestação estava alcançada pela liberdade de expressão¹⁰⁰; iii- imunidade parlamentar. Assim, a despeito de grosserias ou possíveis ofensas, o discurso político é colocado como principal argumento para garantia do amplo exercício da liberdade de expressão e a sua não caracterização como discurso de ódio, principalmente porque se tratava de manifestação de parlamentar.

⁹⁵ ADO 26, 2019.

⁹⁶ Voto Barroso, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694; Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Alexandre de Moraes, ADO 26; Voto Edson Fachin, ADPF 572 (acrescenta apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, manifestações contra os poderes e contra decisões judiciais); Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572; Voto Gilmar Mendes, ADPF 572.

⁹⁷ A questão aborda denúncia em desfavor de Jair Messias Bolsonaro, na qualidade de deputado federal à época, imputando-lhe o cometimento do delito tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89, crime de racismo, por sua manifestação negativa e discriminatória sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs, numa palestra em 3 de abril de 2017, no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, o que caracterizaria discurso de ódio.

⁹⁸ Voto vencedor, mas o acórdão não foi unânime.

⁹⁹ Elucida que o discurso discriminatório é caracterizado a partir da presença concomitante de três requisitos/fases: 1- discriminação por juízo de fato, isto é, constatação da diversidade e não necessariamente com caráter reprovável; 2- discriminação por juízo de valor, ou seja, há existência de dois grupos, mas sendo um considerado bom/superior e outro mau/inferior; 3- além das anteriores, há o juízo de valor de que o superior deve escravizar, explorar ou eliminar o outro (critérios lançados pelo Min. Edson Fachin no RHC 134.682/BA de 29/11/2016). E por entender que a fala parlamentar não cumpria a última fase, não cabia falar em discurso de ódio discriminatório.

¹⁰⁰ Em seu voto, Fux acrescentou que a limitação à fala poderia recair em censura do pensamento, devendo-se diferenciar o discurso que tem a intenção de suprimir ou reduzir direitos fundamentais, do discurso que, por mais que tenha ideias preconceituosas, pode ser criticado, mas não estão sujeitos à censura penal. Além disso, o discurso político, no entender do ministro, é aquele que merece proteção mais intensa, conforme instrumentos internacionais.

No segundo exemplo, ADO 26¹⁰¹, sequer há apresentação de critérios específicos para identificação de discursos odiosos, destacando-se apenas genericamente que no âmbito das liberdades públicas, é fundamental a garantia da tolerância, do pluralismo, do respeito à diferença e à diversidade, como sustentáculo dos direitos humanos, vedando-se todas as formas de discriminação e marginalização de grupos vulneráveis, visto que a cláusula da liberdade de expressão não assegura a incitação ao ódio¹⁰² contra qualquer pessoa, povo ou grupo social, pois deve ser proibida toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que se constitua como incitação à discriminação, à hostilidade e à violência¹⁰³. Desse julgado, há apenas uma exceção a ser destacada: embora a liberdade de religião não seja absoluta e não abranja o discurso de ódio, o Min. Relator Celso de Mello asseverou que a mera expressão de preceitos religiosos não se revela apta a configurar delitos, devendo-se demonstrar a presença de dolo específico, o intuito doloso.

E no terceiro exemplo, a ADPF 572¹⁰⁴, julgada em 2020, houve amplo desenvolvimento acerca dos fundamentos da liberdade de expressão¹⁰⁵, porém há uma peculiaridade nesse caso de notícias falsas propagadas no meio virtual: a manifestação atualmente pode ser automatizada, não havendo propriamente sujeitos de direito, mas algoritmos que ecoam informações. É nesse contexto que, a despeito da posição preferencial da liberdade de pensamento, nesses casos pode-se constatar abusos e a possibilidade de limitação¹⁰⁶. Essa limitação, por sua vez, destacada pelo Min. relator Edson Fachin, é fundamentada em subprincípios¹⁰⁷ e em critérios extraídos da jurisprudência estadunidense, a saber, intenção do

¹⁰¹ Julgada pelo plenário em 2019, discute a omissão do congressual de incriminar todas as formas de homofobia e transfobia, reconhecendo-as no conceito ontológico-constitucional de racismo até que se aprove legislação criminal que puna especificamente os discursos de ódio, violência, preconceito e discriminação em decorrência da identidade de gênero. A despeito de não ter como objeto especificamente o direito à liberdade de expressão, alguns ministros o mencionam no decorrer de suas argumentações, tendo em vista que muitos casos de homotransfobia ocorrem a partir de manifestações de ódio e de incitação à violência, marginalizando grupos vulneráveis, inclusive no exercício do proselitismo religioso, sendo inevitável que esse direito fundamental tenha sido alvo de suas considerações no julgamento dessa ação e que são importantes de serem destacadas.

¹⁰² Sem explicar exatamente quais os critérios para “incitar o ódio”.

¹⁰³ Explicações do ministro Celso de Mello (relator). Porém Alexandre de Moraes também segue essa linha argumentativa, indicando que a liberdade de expressão não admite ódio que defenda ou incite o tratamento desumano, degradante e cruel, ou propulsione a violência física ou psicológica contra grupos minoritários, que fora corroborado sucintamente pela ministra Cármen Lúcia.

¹⁰⁴ Trata de arguição ajuizada em face de Portaria GP n° 69, de 14 de março de 2018, que determinou a abertura de Inquérito Policial n° 4781 do Supremo por haver notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e ameaças em desfavor dos seus membros e familiares, além de haver incitação de fechamento do STF.

¹⁰⁵ A partir da sua função democrática e a posição que ocupa no ordenamento jurídico, reconhecendo-se o direito de informar, buscar informações, opinar e criticar inseridos naquele direito fundamental.

¹⁰⁶ Considerações do ministro relator Edson Fachin e que o Ministro Gilmar Mendes ratificou com a menção de que são robôs que divulgaram notícias e não sujeitos de direito.

¹⁰⁷ “Assegurar a proteção aos direitos ou à reputação de outrem; a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou à saúde e moral públicas”, assim como vedação à “apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

agente de cometer práticas criminosas que indique um “perigo claro e iminente”¹⁰⁸; exposição de informações claramente falsas¹⁰⁹; ação ilegal iminente, identificando no presente e não no futuro indeterminado¹¹⁰; e quando conduta ilícita envolve agentes públicos, deve haver elemento volitivo da “*actual malice*”, que reconhece o dolo da falsidade da informação ou causada por um modo extremado de negligência. Ocorre que esses critérios não são utilizados pelos demais ministros, nem nos outros casos.

Apesar desses elementos diferenciadores, ainda podemos sintetizar os principais argumentos utilizados para resolução das controvérsias.

Quadro 5: Principais argumentos dos ministros para a categoria discurso de ódio

Liberdade de expressão e Discurso de Ódio		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de opinião é um instrumento à formação da vontade da maioria com respeito à minoria numa democracia¹¹¹; - Há subprincípios que fundamentam a liberdade de expressão: assegurar direito à reputação de outrem; proteção da segurança nacional, ordem pública ou saúde e moral públicas¹¹²; - Limitação à liberdade de expressão quando envolve agente público exige mais fundamentos, pois está sujeito a críticas e esse direito atua como exercício de 	<ul style="list-style-type: none"> - Discurso discriminatório se caracteriza pela presença de três requisitos/fases¹¹⁴; - Encontra-se amparada pela liberdade de expressão (exposição pessoal) o que for proferido sem incitação de terceiros a pensarem de modo discriminatório¹¹⁵; - Ampla liberdade de expressão a parlamentares quando houver conexão com a atividade política¹¹⁶. 	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão não abrange discursos de ódio¹¹⁷; e não ampara crimes contra a honra, o Poder Judiciário e a segurança nacional¹¹⁸; nem a propagação de notícias falsas¹¹⁹; - Liberdade de expressão é preferencial, veda a censura, mas não é absoluta e permite responsabilização a posteriori em casos de abusos¹²⁰; - Direito Preferencial¹²¹; - Limitações excepcionais à liberdade de expressão estão em conformidade com a democracia, como em casos de discursos racistas e de ódio, manifestações contra os poderes constitucionalmente instituídos e que

¹⁰⁸ *Schenck v. Estados Unidos (1919)*.

¹⁰⁹ *Schenck v. Estados Unidos (1919) e Whitney v. Califórnia*.

¹¹⁰ *Brandenburg v. Ohio (1969)*.

¹¹¹ Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Alexandre de Moraes, ADO 26 (destaca a importância da livre manifestação para a democracia).

¹¹² Voto Edson Fachin, ADPF 572.

¹¹⁴ São as fases utilizadas pelo Min. Fachin no RHC 134.682/BA, em 29/11/2016; São adotadas pelo: Voto Marco Aurélio, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694.

¹¹⁵ Voto Rosa Weber, INQ 4.694.

¹¹⁶ Voto Rosa Weber, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694.

¹¹⁷ Voto Barroso, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694; Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Alexandre de Moraes, ADO 26; Voto Edson Fachin, ADPF 572 (acrescenta apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, manifestações contra os poderes e contra decisões judiciais); Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572; Voto Gilmar Mendes, ADPF 572.

¹¹⁸ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572.

¹¹⁹ Dias Toffoli, ADPF 572.

¹²⁰ Voto Edson Fachin, ADPF 572; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572; Voto Celso de Mello, ADPF 572.

¹²¹ Voto Luiz Fux, INQ 4.694.

direitos políticos e de controle da coisa pública ¹¹³ .		incitam o desrespeito às decisões judiciais ¹²² ; - Notícias fraudulentas/falsas devem ser combatidas ¹²³ ; - Em caso de desequilíbrios, cabe ao Estado regular o mercado de ideias sem fazer juízo de valor sobre as informações, observando apenas se há manifestações contrárias às instituições ¹²⁴ .
--	--	--

Fonte: Elaborado pela autora.

Da leitura do quadro acima e a partir das conclusões desses julgados, é possível notar que os fundamentos dados à liberdade de manifestação do pensamento se repetem em relação a outras categorias. Tratando especificamente do discurso de ódio, no entanto, podemos dizer que há a afirmação unânime de que ele não se encontra no âmbito de proteção daquele direito fundamental, porém há a ressalva de que ele não é caracterizado quando se trata de discurso religioso (ADO 26) e político, ou seja, quando envolve parlamentar (INQ 4.694). Assim, é notória a influência dos elementos fáticos para caracterização do discurso de ódio passível de reprimenda penal, as quais proporcionaram divergências entre os ministros.

Fazendo-se um paralelo com as categorias anteriores, podemos notar a maior preocupação do STF em proteger a imprensa e as manifestações jornalísticas, bem como a de parlamentares sobre contextos políticos. Porém, quando se trata de expressões e opiniões de usuários de redes sociais a postura é diferente. Há o estabelecimento, portanto, de uma proteção adicional da liberdade de expressão a jornalistas e parlamentares porque há o elemento democracia e política envolvidos, ao passo que para o cidadão comum, vige, por exemplo, a vedação à discurso que atente contra a segurança nacional, além de ser mais “propício” haver o julgamento a favor de responsabilização civil ou penal posterior em casos de conflitos entre direitos. Insta salientar, inclusive, que a garantia da segurança nacional é frisada num contexto de crise política, marcada pelos conflitos existentes entre o governo e o STF¹²⁵, diferentemente de outros casos em que esse critério não era mencionado.

¹¹³ Voto Edson Fachin, ADPF 572.

¹²² Voto Edson Fachin e Celso de Mello, ADPF 572.

¹²³ Voto Edson Fachin, quando destaca os critérios para limitação à liberdade de expressão, e voto Dias Toffoli, ADPF 572.

¹²⁴ Voto Gilmar Mendes, ADPF 572.

¹²⁵ Algumas notícias jornalísticas podem nos demonstrar esse contexto de conflitos políticos no Brasil, sobretudo com a abertura do Inquérito das *fake news*: “Inquérito do STF sobre fake new: entenda as polêmicas da investigação que provoca o atrito entre Bolsonaro e a Corte”. BBC, São Paulo, 27 de mai. De 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346>>. Acesso em: 20 de jul. 2021>.

1.1.4. Discurso Comercial

O discurso comercial pode ser observado em situações que envolvem os direitos do empresário, bem como a publicidade, propaganda e práticas comerciais em geral. Por estar diretamente relacionado à divulgação de ideias e transmissão de informações, a liberdade de expressão também é apresentada como um direito fundamental que justifica essas ações comerciais, a fim de que os cidadãos tenham o amplo acesso às informações no meio social.

No período observado foram encontrados apenas dois casos: o primeiro discute a imunidade de livros, jornais e periódicos e a possibilidade de ampliação para o livro eletrônico ou digital (projeção para aparelhos leitores de livros – ou *e-readers*), em razão dos avanços tecnológicos, sociais e culturais (RE 330.817, 2017); e o segundo, tem como objeto a análise da constitucionalidade da Lei nº 12.006/2009 (determina a veiculação obrigatória de mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de produtos da indústria automobilística), pois foi alegada a violação da livre iniciativa e da liberdade de expressão (ADI 4.613, 2018).

Nesses julgados a liberdade de manifestação do pensamento é destacada por seu viés instrumental à concretização de outros direitos fundamentais. Sobre a discussão da extensão da imunidade tributária para aparelhos leitores de livros, ressalta-se que os livros se constituem como veículo de ideias, transmissão de pensamentos, de difusão cultural e de acesso à informação. Por esse motivo, por proteger o valor intrínseco do conteúdo vinculado à livre manifestação¹²⁶, a imunidade constitui um meio à efetivação e concreção do Estado democrático de direito.

E quanto ao segundo caso, embora se tenha alegado violação da liberdade de expressão com a obrigatoriedade de veiculação de mensagens educativas de trânsito pela indústria automobilística, os ministros destacaram que a lei teria, ao revés, o efeito de afirmar a garantia desse direito fundamental na medida em que seria garantido o acesso às informações de segurança ao consumidor e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana e outras liberdades constitucionais. Essas premissas podem ser observadas no quadro abaixo.

Quadro 6: Principais argumentos para a categoria discurso comercial

Discurso Comercial		
Fundamento/função do direito	Características	Critérios e limites

¹²⁶ Consideração do ministro Marco Aurélio que, inclusive, afirma que a retirada da imunidade proporcionaria um risco à própria liberdade de imprensa.

<p>- Liberdade de expressão tem relação com a garantia da Democracia¹²⁷;</p> <p>- Liberdade de expressão como instrumento para o exercício de outras liberdades constitucionais¹²⁸.</p>	<p>- Liberdade de expressão deve ser garantida no âmbito da cultura, informação e educação¹²⁹.</p>	<p>- Vedação à censura¹³⁰.</p>
---	---	---

Fonte: Elaborado pela autora.

Embora sejam apenas dois acórdãos, a partir das justificativas supracitadas, é possível inferir a preservação do exercício da liberdade de expressão nessa categoria do discurso. Essa afirmação é confirmada mesmo diante de conflitos de direitos entre a liberdade de expressão coletiva e direito individual do empresário. Se analisarmos sob esse viés, no primeiro caso, podemos dizer que tanto a liberdade de expressão quanto os interesses comerciais foram garantidos/favorecidos com a imunidade tributária de livros eletrônicos, não havendo efetivamente um conflito.

No segundo caso, porém, se considerarmos que a obrigatoriedade dada aos empresários seja uma ofensa à livre iniciativa e à sua liberdade de expressão, de acordo com o alegado na inicial, houve julgamento desfavorável aos seus interesses mercantis. É interessante notar que foram analisadas duas liberdades, porém prevaleceu a garantia da liberdade de expressão dos consumidores, a partir do direito de acesso à informação coletiva, em detrimento da liberdade de expressão do empresário. Essa postura pode ser justificada pela visão democrática que o STF possui, levando-o a julgar em desfavor do direito individual do empresário à manifestação.

1.1.5. Liberdade de expressão e discurso político/eleitoral

O direito à livre expressão é comumente invocado no âmbito político e eleitoral em razão da sua função democrática, sobretudo para a garantia da livre manifestação de críticas e das diversas opiniões políticas, sem recair em responsabilizações (cíveis ou criminais) que possam paralisar o exercício daquele regime político. No caso de agentes políticos, que detêm a imunidade parlamentar, esta discussão está bastante presente, tendo em vista que nem sempre as palavras são proferidas dentro das casas congressuais, fazendo com que o judiciário seja demandado a solucionar eventuais conflitos de direitos fundamentais.

¹²⁷ Voto Dias Toffoli (relator), RE 330.817.

¹²⁸ Voto Dias Toffoli, ADI 4.613 (seguido à unanimidade).

¹²⁹ Voto Dias Toffoli, RE 330.817; Voto Marco Aurélio, RE 330.817.

¹³⁰ Voto Gilmar Mendes, RE 330.817.

Nessa pesquisa, foram identificados seis casos sobre o tema. A prevalência temática para essa categoria é o contexto eleitoral das controvérsias judiciais, havendo pelo menos um elemento que se relacione à política ou a eleições como, por exemplo: discussão de constitucionalidade de dispositivos legais que regem assuntos eleitorais¹³¹; determinação judicial que proibiu manifestações de cunho político/eleitoral em universidades¹³²; análise de resolução que veda propaganda eleitoral via telemarketing¹³³; ou pela restrição de manifestação política em redes sociais¹³⁴.

Desses casos, é possível identificar que a argumentação dos ministros segue a linha de proteção e garantia da liberdade de expressão como elemento essencial à democracia, que não deve ser censurada em caráter prévio e abstrato pelo Estado e que apenas admite a limitação posterior em casos de abuso, observados os parâmetros legais e constitucionais (isso porque se reconhece a posição preferencial do direito concomitante ao seu caráter não absoluto). Podemos indicar que essas premissas são observadas em todos os casos dessa categoria e de modo consensual entre os membros da Corte, fundamentando tanto as decisões ampliativas da liberdade de expressão, quanto limitadoras.

Para o caso de decisões consideradas favoráveis à ampla manifestação do discurso político, temos dois exemplos: na ADI n° 4.451, que estabeleceu a inconstitucionalidade de dispositivos legais que vedavam a utilização de humor nas eleições, afirmou-se a existência da censura prévia e abstrata ao conteúdo de expressão futura, pois não caberia ao Poder Público interferir nas fontes de informações ou métodos de divulgação de notícias, sendo imperiosa a garantia da ampla liberdade de expressão e de opinião, bem como criação artística, proliferação de informações e circulação de ideias advindas dos mais variados discursos, sejam eles

¹³¹ ADI n° 4.451, julgada em 2019, direciona-se ao questionamento de dispositivos da Lei n° 9.504/1997 (Lei das eleições) que dizem respeito à utilização de humor e sátira sobre figuras públicas nas eleições, bem como a difusão de opinião favorável ou contrária a candidatos, partidos e coligações.

¹³² ADPF n° 548, movida em 2020, pela Procuradoria Geral de República para evitar e reparar lesões a preceitos fundamentais decorrentes de atos governamentais que buscavam interferir na livre manifestação de discentes e docentes em universidades públicas ou privadas, pois fora determinado por juízes eleitorais a busca e apreensão de materiais de campanha eleitoral em universidades, assim como foram proibidas as aulas sobre eleições e reuniões ou assembleias de natureza política. Por unanimidade, o tribunal julgou procedente a ação.

¹³³ ADI n° 5.122, acórdão de 2020, tem como objeto o art. 25, §2° da Resolução n° 23.404, do TSE, que veda a realização, em qualquer horário, de propaganda eleitoral via telemarketing. Por maioria dos votos, conforme decisão do relator ministro Edson Fachin, o Tribunal julgou improcedente o pedido formulado, vencido o Min. Marco Aurélio.

¹³⁴ Três casos representam esse contexto nessa categoria: RCL 31.130, 1ª Turma, 2020, determinou a retirada de publicação em redes sociais sobre candidato à eleição; MS 37.178, 1ª Turma, 2020, sobre manifestação política de promotor de justiça em sua página pessoal de rede social (*Facebook*), sendo penalizado administrativamente pelo CNMP; e AP 1.021, 1ª Turma, 2020, sobre vídeo do deputado federal Jean Wyllys publicado nas redes sociais por seu oponente político, Deputado Federal Eder Mauro, com a alegada intenção de difamação e atribuição de conteúdo racista e preconceituoso.

moralistas, obscenos, conservadores, progressistas, científicos, literários, jornalísticos, humorísticos e até mesmo as declarações errôneas¹³⁵.

O contexto eleitoral é utilizado como pano de fundo para fundamentar essas conclusões, pois a livre manifestação é um pressuposto à democracia, não sendo razoável mitigá-la sob o argumento de garantia do equilíbrio eleitoral¹³⁶. Ademais disso, nesse período os cidadãos devem obter as mais variadas informações sobre candidatos e parlamentares¹³⁷, e o humor assume posição de instrumento de crítica a governos, estimulando a cidadania e a participação social¹³⁸.

O outro caso representativo é a ADPF 548, em que há o destaque das liberdades constitucionais como fundamento democrático, sem as quais não haveria pluralismo de ideias e opiniões nos mais variados ambientes sociais e, em especial nos de ensino e aprendizagem que possuem liberdade de cátedra e onde deve assegurar a dignidade livre da pessoa¹³⁹. Sob essa perspectiva, julgou-se que não se pode atingir a liberdade de expressão dos cidadãos, a liberdade de cátedra, reunião e a autonomia das universidades, respaldadas pelo regime democrático.

Entretanto, os demais, apesar de utilizarem esses parâmetros constitucionais, obtiveram conclusões que podemos considerar limitadoras ao exercício da liberdade de manifestação política. Trata-se dos casos que se referem à vedação da propaganda eleitoral via telemarketing¹⁴⁰ e naqueles em que fora atribuída penalidade às manifestações políticas que afetaram outros direitos fundamentais.

Para os seis casos, o seguinte quadro resume as principais justificativas apresentadas pelos ministros:

¹³⁵ Voto do relator Alexandre de Moraes, seguido à unanimidade. Vale dizer que essas conclusões são feitas a partir da referência a casos da Suprema Corte dos EUA (*New York Times vs. Sullivan, Abrams v. United States*), destacando que a censura prévia desrespeita o princípio democrático de maneira direta ao restringir a liberdade política e por ser um meio de silenciar e punir seus críticos. Além disso, num contexto de democracia representativa, tanto a liberdade de expressão quanto a participação política só se fortalecem num ambiente em que se permite a exposição crítica das diversas opiniões sobre os governantes, sendo permitido debater os mais variados assuntos públicos e opiniões sem limitações, como garantia do princípio democrático e da livre circulação de ideias, incluindo aquelas opiniões supostamente duvidosas, humorísticas ou condenáveis. Para corroborar os apontamentos anteriores, também destaca precedentes da Corte EDH e doutrina correlata.

¹³⁶ Premissas presentes nos votos dos ministros Barroso e Rosa Weber, ADI 4.451.

¹³⁷ Voto Luiz Fux, ADI 4.451.

¹³⁸ Voto Min. Celso de Mello, ADI 4.451.

¹³⁹ Arguições da ministra relatora Cármen Lúcia.

¹⁴⁰ Podemos apontar a similaridade entre esse caso e aquele das *fake news* (ADPF 572): quando há o envolvimento alguma tecnologia por detrás das manifestações e expressões de pensamento, a Corte entende que pode haver limitações ao exercício do direito sob a justificativa de que não se está diante de sujeitos de direito propriamente (substituído por robôs, por exemplo) e, por conseguinte, não haveria violação frontal ao seu exercício.

Quadro 7: Principais argumentos para a categoria discurso político/eleitoral

Discurso político/eleitoral		
Fundamento/função do direito	Características	Critérios e limites
<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão é fundamento e instrumento para a democracia¹⁴¹; - Livre manifestação contribui no processo dialógico e esclarecimento da verdade¹⁴². 	<ul style="list-style-type: none"> - Dupla proteção constitucional da liberdade de expressão (dimensão positiva e negativa)¹⁴³; - Livre manifestação assegura a circulação das mais variadas ideias¹⁴⁴, incluindo as declarações errôneas¹⁴⁵. 	<ul style="list-style-type: none"> - Poder público não pode limitar previamente divulgação de notícias/manifestações (censura vedada)¹⁴⁶; - Primazia/Preferência da liberdade de expressão como pressuposto democrático¹⁴⁷; - Balanceamento/Ponderação de direitos fundamentais¹⁴⁸; - Mitigação desse direito somente em casos de alegações falsas e dolosas, admitindo responsabilização posterior¹⁴⁹; - Criminalização de manifestações difamatórias, caluniosas ou injuriosas não viola a liberdade de expressão¹⁵⁰; - Não constitui afronta à democracia a manifestação que não incita o preconceito odioso e nem é capaz de se propagar na sociedade¹⁵¹.

Fonte: Elaborado pela autora.

Da leitura dos argumentos, ratifica-se que a função democrática desse direito fundamental é aquele argumento que se destaca para os casos envolvendo os discursos políticos e eleitorais. É interessante notar, contudo, que essas mesmas premissas estão presentes tanto para garantia ampliativa do direito, quanto naquelas decisões que limitam o seu exercício.

¹⁴¹ Voto Gilmar Mendes (importância para a democracia e a compatibilização com outros direitos, por não ser absoluta), ADI 4.45; Voto Cármen Lúcia, ADPF 548; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 548; Voto Celso de Mello, ADPF 548; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Luiz Fux ADI 5.122.

¹⁴² Voto Luiz Fux, AP 1.021.

¹⁴³ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 548.

¹⁴⁴ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451; Voto Celso de Mello (inclui a crítica a governos, estimulando a cidadania), ADI 4.451.

¹⁴⁵ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451. Destaque a esse posicionamento que é minoritário, pois os demais indicam que a liberdade de expressão pode ser mitigada diante de notícias falsas.

¹⁴⁶ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451; Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Cármen Lúcia, ADI 4.451; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 548; Voto Celso de Mello, ADPF 548; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Marco Aurélio, MS 37.178.

¹⁴⁷ Voto Edson Fachin, ADI 4.451; Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Rosa Weber, ADI 4.451; Voto Fux, ADI 4.451; Voto Lewandowski (destaca a importância para a democracia), ADI 4.451; Voto Celso de Mello, ADI 4.451; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Luiz Fux ADI 5.122; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Marco Aurélio, MS 37.178.

¹⁴⁸ Voto Edson Fachin, ADI 4.451; Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Fux, ADI 4.451; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Luiz Fux ADI 5.122; Voto Luiz Fux, MS 37.178.

¹⁴⁹ Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Rosa Weber, ADI 4.451; Voto Alexandre de Moraes (ênfasis na responsabilização posterior), RCL 31.130; Voto Luiz Fux (destaca os casos dolosos de calúnia, difamação e injúria), AP 1.021.

¹⁵⁰ Voto Luiz Fux, AP 1.021.

¹⁵¹ Voto Marco Aurélio, MS 37.178.

Explica-se. Para o caso que concluiu pela vedação da propaganda eleitoral via telemarketing, a despeito da menção à função democrática, justificou-se que não havia controle de conteúdo prévio a ser veiculado, mas tão somente restrição ao meio de comunicação. Assim como nos julgados em que houve limitação a publicações em redes sociais e consequentes penalidades, alega-se que a apreciação e restrição judicial não se constitui censura porque a constituição permite que ocorra responsabilização posterior, para cessar ofensas ou garantir o direito de resposta¹⁵².

Dentre esses casos, podemos citar a Ação Penal 1.021, em que foram lançados os seguintes parâmetros para fundamentação da decisão¹⁵³: (1) as opiniões equivocadas devem ser protegidas para contribuir no processo dialógico, debate e esclarecimento da verdade; (2) a liberdade de expressão no debate democrático distingue-se da veiculação dolosa de conteúdos voltados a simplesmente alterar a verdade factual, que podem se enquadrar como crime (difamação, calúnia ou injúria)¹⁵⁴; (3) conteúdos fraudulentos nas redes sociais, com claro intuito de destruir a honra de terceiros e que têm o potencial de afetar o exercício de outros direitos fundamentais, não revela qualquer interesse em contribuir para ganhos na construção de uma sociedade democrática; (4) instituições democráticas e objetivos fundamentais da república, dispostos no preâmbulo da CF, dependem de compreensão compartilhada; (5) a regularidade do exercício da liberdade de expressão é verificada a partir da Constituição, a qual é o norte do Estado Juiz; (6) a criminalização de veiculação de conteúdo com finalidade difamatória, caluniosa ou injuriosa não colide com o direito à livre manifestação¹⁵⁵.

Dessa maneira, em todos esses casos são destacadas as mesmas premissas do exercício do direito fundamental em questão e a sua função democrática, porém, notou-se a limitação do discurso político havendo as seguintes situações: restrição judicial posterior em casos de delitos contra a honra (injúria, difamação e calúnia); e quando há veiculação de notícias fraudulentas, seja envolvendo tecnologia (ADI 5.122) ou não (AP 1.021). Em nenhum desses casos os ministros entenderam que havia a abrangência da imunidade parlamentar¹⁵⁶, ponto relevante a ser considerado.

¹⁵² Nessas circunstâncias, podemos indicar que o Supremo adota uma postura corporativa na medida em que é considerado que o Judiciário não censura, mas apenas limita de modo legítimo o exercício do direito fundamental.

¹⁵³ Voto vencedor do relator Luiz Fux, acompanhado à unanimidade.

¹⁵⁴ O ministro relator Luiz Fux ressalta que no contexto de expansão das mídias sociais, os conteúdos difamatórios nas redes ganham proporções de ofensas, destruição da imagem, reputação e honra de terceiros, sendo capazes de tolher o exercício de outros direitos fundamentais, com estímulo à violência, e distinguindo-se da finalidade de debater ideias ou discutir fatos para buscar a verdade (p. 50-51).

¹⁵⁵ Sendo possível a subsequente responsabilização criminal pelo abuso de direito (p. 51).

¹⁵⁶ Mesmo no único caso envolvendo parlamentares: a AP 1.021, em que a imunidade fora afastada. Nos demais não havia.

Em virtude dessas circunstâncias, ainda que se tenha destacado a mesma linha argumentativa inicial sobre o conteúdo de direito, podemos notar que metade dos casos limitaram o discurso político e, portanto, a livre manifestação.

1.1.6. Liberdade religiosa

É comum que casos sobre liberdade religiosa abordem elementos e fundamentos da liberdade de expressão, pois a manifestação de cunho religioso está incluída no âmbito de proteção desse direito fundamental. Quatro casos foram identificados no período, os quais desenvolvem elementos importantes sobre o conteúdo desse direito, bem como o posicionamento da Corte em contextos distintos: análise da constitucionalidade de dispositivos legais que afetam a liberdade de expressão¹⁵⁷ e sobre os limites da manifestação de um líder religioso na *internet*¹⁵⁸.

Quanto aos argumentos apresentados, vejamos o quadro abaixo:

Quadro 8: Principais argumentos para a liberdade religiosa

Liberdade religiosa		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
- Liberdade de expressão imprescindível à democracia ¹⁵⁹ ,	- Liberdade de expressão abrange a tolerância na pluralidade das mais diversas ideias ¹⁶¹ ;	- Liberdade de expressão não admite censura ¹⁶⁴ ;

¹⁵⁷ ADI 4.439/2017, sobre o ensino religioso confessional nas escolas públicas, cujo objeto é o art. 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB) e o art. 11, § 1º do Acordo Brasil-Santa Sé, aprovado por meio de Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010, julgados constitucionais; ADI 2.566/2018, analisa a constitucionalidade do art. 4º, §1º da Lei nº 9.612/98, que “veda o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária”, julgado inconstitucional; e RE 494.601/2019, cujo objeto é a discussão sobre o sacrifício de animais em rituais e cultos das religiões de matriz africana (como consequência, a liberdade de expressão só foi citada uma vez para indicar que ela é um aspecto relevante da liberdade religiosa, mas sem que fossem desenvolvidas justificativas quanto ao conteúdo do direito à expressão. Assim, utilizou-se o caso apenas como referência, sem aprofundar os argumentos dos ministros).

¹⁵⁸ RHC nº 146.303, julgado pela 2ª Turma em 2018, analisou-se os limites da liberdade religiosa num contexto em que um pastor da “Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo” manifestou em meios de comunicação (um Blog denominado “Tupirane”), entre outras coisas, que “não-cristãos não serão salvos e irão para o inferno”, caracterizando, segundo a maioria dos ministros, a discriminação religiosa, cujo relator foi o Min. Edson Fachin (voto vencido) e o redator, o Min. Dias Toffoli.

¹⁵⁹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 2.566; Voto Barroso (precondição para o exercício de outros direitos fundamentais), ADI 2.566; Voto Luiz Fux, ADI 2.566; Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.439; Voto Edson Fachin, ADI 4.439; Voto Celso de Mello, ADI 4.439; Voto Lewandowski (ênfase no pluralismo democrático), ADI 4.439;

¹⁶¹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.439; Voto Cármen Lúcia, ADI 4.439; Voto Edson Fachin, ADI 4.439; Voto Fux, ADI 4.439; Voto Fachin, RHC 146.303; Voto Dias Toffoli (coloca a tolerância como um elemento intrínseco de limitação à liberdade religiosa), RHC 146.303.

¹⁶⁴ Voto Alexandre de Moraes, ADI 2.566; Voto Barroso, ADI 2.566; Voto Fachin (ênfase na religiosa), RHC 146.303.

servindo como um instrumento ¹⁶⁰ .	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão deve preservar a diversidade, pluralismo, dignidade da pessoa humana e a igualdade¹⁶²; - Liberdade religiosa tem relação direta com a garantia da livre manifestação¹⁶³. 	<ul style="list-style-type: none"> - Não há censura quando a limitação é para promover a liberdade¹⁶⁵; - Posição preferencial da livre manifestação¹⁶⁶; - Caráter não absoluto e admite restrição (ex.: direito de resposta ou retificação e indenização posterior)¹⁶⁷; - Liberdade religiosa só pode ser restringida em caso de: segurança; ordem pública; saúde ou moral públicas; liberdade das demais pessoas; grupos vulneráveis; práticas coercitivas ou fraudulentas; e incitação à violência¹⁶⁸; - Discurso discriminatório (de ódio) só enseja punição criminal quando há cumulação das três fases (juízo cognitivo de reconhecimento das diferenças; juízo valorativo de efetivar hierarquizações; juízo de necessária exploração, escravização ou eliminação do outro grupo tido como inferior)¹⁶⁹; - Liberdade religiosa não permite desmerecer a crença alheia, nem incitar o ódio ou intolerância¹⁷⁰; - Intolerância religiosa que incite o ódio enseja reprimenda penal¹⁷¹.
---	--	--

Fonte: Elaborado pela autora.

Num primeiro momento, podemos inferir que a base argumentativa da Corte está sedimentada nos pressupostos da função democrática da liberdade de expressão, assim como nas demais categorias de discurso. Entretanto, em cada caso, houve elementos geradores de divergência entre os ministros. No tocante ao caso do proselitismo religioso, por exemplo, houve interpretação tanto no sentido de que a sua vedação violaria a liberdade de expressão, quanto na situação inversa (posição minoritária), sendo importante ressaltar que ambas estavam sob a justificção maior de preservação da liberdade de expressão numa democracia.

¹⁶⁰ Voto Edson Fachin, ADI 2.566.

¹⁶² Celso de Mello, RHC 146.303.

¹⁶³ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.439; Voto Dias Toffoli, ADI 4.439; RE 494.601 (liberdade religiosa é um aspecto relevante da liberdade de expressão); Voto Dias Toffoli, RHC 146.303.

¹⁶⁵ Voto Alexandre de Moraes, ADI 2.566.

¹⁶⁶ Voto Barroso, ADI 2.566.

¹⁶⁷ Voto Barroso, ADI 2.566; Voto Fachin (destaca o crime de racismo), RHC 146.303.

¹⁶⁸ Voto Rosa Weber, ADI 2.566.

¹⁶⁹ Voto Fachin, RHC 146.303.

¹⁷⁰ Voto Dias Toffoli, RHC 146.303; Celso de Mello, RHC 146.303.

¹⁷¹ Voto Dias Toffoli, RHC 146.303; Votos Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello, RHC 146.303.

Argumentou-se que a existência do proselitismo afetaria a liberdade no momento em que esta manifestação impõe uma verdade única e que tentaria converter ouvintes a alguma doutrina, religião ou ideologia, além de afrontar o direito à expressão igual entre os indivíduos (tese divergente¹⁷²). Ao mesmo tempo, o proselitismo é colocado como essência da liberdade religiosa e não está incluído em nenhuma das hipóteses constitucionais de restrição à livre manifestação (tese majoritária).

A despeito das divergências, para essa categoria é observada a preservação da ampla garantia da liberdade de manifestação religiosa. Entretanto, não podemos deixar de considerar que essas conclusões “favoráveis” à liberdade religiosa ocorreram a partir do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, havendo divergências entre os ministros e que num caso concreto (RHC 146.303/2018), com efetiva colisão de direitos fundamentais, julgou-se de modo “contrário” à liberdade de expressão.

1.1.7. Liberdade de expressão e direito à intimidade/privacidade

A colisão entre o direito à intimidade/privacidade e a liberdade de expressão foi notada em três acórdãos de formação plenária da Corte no período analisado. Novamente, observamos a prevalência temática para o caso específico do direito à intimidade, sem olvidar que é possível haver a discussão desse tema em outras categorias do discurso. As decisões identificadas, no entanto, apresentam o direito à intimidade de modo preponderante, as quais podem ser resumidas nos seguintes contextos: (i) análise do sigilo de movimentação de créditos destinados à realização de despesas públicas¹⁷³; (ii) publicidade de conversas telefônicas entre agentes

¹⁷² Adotada pelo relator ministro Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

¹⁷³ ADPF n° 129, julgada em 2019, foi proposta pelo Partido Popular Socialista PPS, em face do art. 86 do Decreto n° 200/1967, com o seguinte teor: “A movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais será feita sigilosamente e nesse caráter serão tomadas as contas dos responsáveis”. Assim, destacam que o sigilo instituído por esse dispositivo não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, especialmente em relação ao princípio da publicidade dos atos da administração. A ação foi julgada procedente nos termos do voto do relator Edson Fachin, por maioria dos votos, vencidos os Min. Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli (presidente), Roberto Barroso e Rosa Weber.

políticos¹⁷⁴; e (iii) investigação estatal sigilosa de professores universitários em razão de seus posicionamentos políticos¹⁷⁵.

Nas situações analisadas, a argumentação do Supremo caminhou, de modo geral, à manutenção e garantia do exercício do direito à liberdade de expressão conforme as peculiaridades dos casos, dos princípios e dos direitos envolvidos. Todos os julgados obtiveram conclusões que consideramos “favoráveis” à liberdade de expressão, ampliando o seu exercício no caso concreto.

Salvo o caso (i), que envolve de modo preponderante o princípio da publicidade dos atos da administração pública (distintamente dos demais) e, que, por essa razão, é desenvolvida a liberdade de expressão sob o aspecto do acesso à informação¹⁷⁶, nos demais casos há a tendência de reafirmação das premissas da posição preferencial da liberdade de expressão e que admite limitações, com reparações *a posteriori* em casos de abuso e incitação à violência, assim como nas categorias anteriores, conforme quadro abaixo:

Quadro 9: Principais argumentos para a categoria direito à intimidade/privacidade

Liberdade de expressão e direito à intimidade/privacidade		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites

¹⁷⁴ RE nº 685.493, julgado em 2020, trata-se de ação que busca reparação por danos morais em razão de declarações veiculadas no episódio que ficou conhecido como “grampo do BNDES”, visto que foram publicadas conversas telefônicas entre o então Ministro das Comunicações e Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, obtidas de forma clandestina. O ponto nodal da controvérsia se resumiria, então, à relação entre os limites da liberdade de expressão de agente político e seu dever, atuando como detentor de cargo público, de informar. Por maioria, nos termos do voto do Relator Min. Marco Aurélio, fixou-se a tese que “ante o conflito entre a liberdade de expressão e de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo”. Vencidos os Min. Alexandre de Moraes e Rosa Weber.

¹⁷⁵ ADPF 722, julgada em 2020. Trata de arguição contra ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública de promover investigação sigilosa sobre um grupo de 579 servidores federais e estaduais de segurança, que supostamente foram identificados como professores universitários pertencentes a um movimento antifascismo em decorrência de protestarem contra o atual governo. Por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio (que apenas divergiu quanto ao cabimento da ação), foi deferida a medida cautelar para suspender todo e qualquer ato ministerial de produção ou compartilhamento de informações de professores universitários, servidores públicos ou quaisquer outros que exerçam seus direitos de livre expressão, reunião e associação.

¹⁷⁶ Maioria dos votos, pois houve divergência entre os ministros (placar de 6x5).

<ul style="list-style-type: none"> - Publicidade e garantia do acesso à informação são regras numa sociedade democrática¹⁷⁷; - Posição preferencial à liberdade de expressão por constituir a base do regime democrático, vedando-se a censura estatal¹⁷⁸. 	<ul style="list-style-type: none"> - Acesso à informação pública é corolário da liberdade de expressão¹⁷⁹; - Núcleo essencial da livre manifestação é formado pelo direito de informar, ser informado, emitir opiniões e fazer crítica¹⁸⁰; - Manifestações de agentes políticos que sejam conexas ao cargo (de interesse público), estão protegidas pela liberdade de expressão¹⁸¹. 	<ul style="list-style-type: none"> - A liberdade de acesso às informações públicas admite restrições com previsão legal, dentro da proporcionalidade e necessidade, para proteção da intimidade e segurança nacional¹⁸²; Outra restrição é a incitação à violência¹⁸³; - Ordem constitucional protege outros direitos fundamentais que podem limitar a livre manifestação, assegurando meios de reparação (direito de resposta ou indenização)¹⁸⁴; - Caráter não absoluto da livre manifestação¹⁸⁵; - Ponderação de direitos fundamentais¹⁸⁶; - Discursos de ódio não são assegurados pela livre expressão¹⁸⁷.
--	---	---

Fonte: Elaborado pela autora.

Adotando o caso (iii) como representativo, podemos indicar que fora reafirmada a interligação da liberdade de expressão com o princípio democrático¹⁸⁸, sendo assegurada as manifestações contrárias e críticas ao governo, sem a interferência indevida do Estado, pois essa liberdade compõe a base do pluralismo político nacional¹⁸⁹.

Ainda que seja identificada posição favorável à liberdade de expressão, nos outros dois casos, no entanto, há um importante fator comum que deve ser observado: o envolvimento do interesse público. Tanto no caso (i), que trata de sigilo de movimentações bancárias de despesas públicas, quanto no caso (ii), sobre conversas entre agentes políticos de assuntos conexos ao

¹⁷⁷ Voto Gilmar Mendes, ADPF 129.

¹⁷⁸ Voto Marco Aurélio, RE 685.493; Voto Luiz Fux, RE 685.493; Voto Edson Fachin, RE 685.493; Voto Alexandre de Moraes (destaca a posição instrumental), RE 685.493; Voto Cármen Lúcia, ADPF 722; Voto Luiz Fux, ADPF 722; Voto Gilmar Mendes, ADPF 722.

¹⁷⁹ Voto Edson Fachin, ADPF 129.

¹⁸⁰ Voto Rosa Weber, ADPF 722.

¹⁸¹ Voto Marco Aurélio e Luiz Fux, RE 685.493; em contrapartida, o Min. Alexandre de Moraes refuta esse argumento, entendendo que a constituição não deu margem para interpretação ampliada das imunidades, RE 685.493.

¹⁸² Voto Edson Fachin, ADPF 129; Voto Gilmar Mendes (ênfase na segurança do Estado), ADPF 129; Voto Alexandre de Moraes (acrescenta o interesse público), ADPF 129,

¹⁸³ Voto Rosa Weber, ADPF 722.

¹⁸⁴ Voto Luiz Fux, RE 685.493; Voto Alexandre de Moraes, RE 685.493; Voto Cármen Lúcia, ADPF 722.

¹⁸⁵ Voto Cármen Lúcia, ADPF 722.

¹⁸⁶ Voto Alexandre de Moraes, RE 685.493.

¹⁸⁷ Voto Luiz Fux, RE 685.493.

¹⁸⁸ Nesse contexto, a ministra Rosa Weber faz clara distinção entre expressão e ação. Nesse caso, a primeira deve ser essencialmente livre, enquanto à segunda cabe limites em casos de ameaça, incitação ou cometimento de violência.

¹⁸⁹ Considerações do ministro Gilmar Mendes nessa ação.

cargo¹⁹⁰, a maioria dos ministros destacou os princípios da publicidade e de acesso à informação como fatores essenciais à garantia da livre manifestação. Essa diferença é essencial para compararmos o desenvolvido na categoria de tutela da honra.

1.1.8. Tutela Penal do Discurso

Os casos sobre tutela penal do discurso são aqueles que verificam a ocorrência de eventuais crimes decorrentes do exercício da liberdade de expressão¹⁹¹, destacando-se, para essa categoria, o delito de desacato. O ponto nodal a ser discutido, assim, gira em torno dessa tipificação e da sua compatibilidade com o texto constitucional brasileiro, incluindo os tratados que o Brasil ratificou, em razão do direito fundamental em apreço. Cinco julgados foram identificados nesses contextos¹⁹².

Podemos analisar a ADPF 496 como exemplo da argumentação da corte. Embora tenha havido outros casos julgados pelas turmas, esse acórdão de formação plenária representa a linha argumentativa adotada pelos ministros a favor da compatibilidade do crime de desacato com a ordem constitucional vigente. Ao direito fundamental à liberdade de expressão é dado o devido reconhecimento e posição na sociedade democrática, porém a maioria dos ministros destaca o seu caráter não absoluto, legitimando-se a responsabilização posterior diante de eventuais abusos, como o insulto, a ofensa e o menosprezo à dignidade da função pública, que se caracterizam como delitos¹⁹³. A argumentação resumida é colocada no seguinte quadro:

¹⁹⁰ No RE 685.493, o ministro relator Marco Aurélio defende a aplicação da imunidade relativa de agentes políticos para veiculação de opiniões e palavras, pois, na sua visão, os agentes do Poder Executivo, embora não tenham imunidade absoluta, também devem “ser titulares de algum grau de proteção conferida pela ordem jurídica constitucional” (p. 13), tomando como base dois argumentos: (i) há interesse público que os agente políticos mantenham os cidadãos informados sobre as tratativas dos negócios públicos e, assim, “um dever de expressão relacionado ao assuntos públicos”, sendo importante que haja uma imunidade relativa também aos agentes do Executivo que fomente a circulação de informações e garanta segurança jurídica visando esse objetivo; (ii) necessidade de equilíbrio entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão, reconhecendo que os servidores públicos possuem nível de proteção à privacidade inferior à dos cidadãos comuns, tendo a esfera de privacidade reduzida já que estão expostos à crítica popular e, ao mesmo tempo, devem ter a liberdade de manifestar e discutir opiniões que tenham relação com o cargo que ocupam.

¹⁹¹ Evidentemente que nos casos envolvendo crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) também há a análise jurídica penal, porém, por haver discussão dos direitos fundamentais à imagem, privacidade, intimidade, honra e dignidade nesses casos e, portanto, envolver discussão preponderante de direitos civis, optamos por incluí-los nas outras categorias de discurso já analisadas. Desse modo, a tutela penal do discurso consiste na análise exclusiva da ocorrência do delito de desacato, sob o critério da prevalência temática.

¹⁹² ADPF 496/2020; HC 141.949/2018, 1ª Turma; HC 142.391 2ª Turma, 2018; HC 152.014 e RHC 165.086, julgados pela 1ª Turma em 2020, todos com conclusão unânime, igualmente tratam de situações sobre o delito de desacato e o confronto com a liberdade de expressão.

¹⁹³ Destacado pelo ministro Celso de Mello, nessas palavras, mas é uma visão compartilhada pela maioria dos ministros (vencido apenas Edson Fachin e Rosa Weber). É um argumento muito importante de ser observado, pois eles também já destacaram, em outros julgados, a inclusão do direito à crítica no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Quadro 10: Argumentos para a categoria tutela penal do discurso

Tutela penal do discurso		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
- Prevalência da liberdade de expressão na ordem constitucional ¹⁹⁴ .	- Direito à liberdade de expressão não impede o uso do direito penal em casos de excessos ¹⁹⁵ ; - Liberdade de expressão é superior à honra da Administração Pública ¹⁹⁶ ; - Livre manifestação deve ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, como os relativos à personalidade ¹⁹⁷ .	- Há limites constitucionais à livre expressão, como discursos de ódio, entre outros ¹⁹⁸ ; - Caráter não absoluto da liberdade de expressão ¹⁹⁹ ; - Consequências do tipo penal podem causar efeito paralisador do seu exercício ²⁰⁰ ; - Liberdade de expressão integra as leis comuns a toda a humanidade e só pode ser limitada em casos de falsidade da afirmação e dolo ²⁰¹ ; - Crime de desacato é um importante instrumento de preservação da dignidade e da lisura pública ²⁰² .

Fonte: Elaborado pela autora.

A argumentação em favor da proteção da honra da Administração Pública é a que mais se destaca no julgamento desses casos. Podemos dizer que todos tiveram conclusão limitativa do exercício da livre manifestação de pensamento, quando colocada em confronto com a proteção honra do agente público (que representaria a Administração), ao concluírem pela compatibilidade constitucional do crime de desacato. Mas é importante perceber, igualmente, que em dois acórdãos tiveram posicionamentos divergentes²⁰³.

¹⁹⁴ Voto Edson Fachin, ADPF 496; Voto Rosa Weber, ADPF 496; Voto Edson Fachin, HC 141.949.

¹⁹⁵ Voto Barroso, ADPF 496.

¹⁹⁶ Voto Edson Fachin, ADPF 496 (tese divergente).

¹⁹⁷ Voto Gilmar Mendes, HC 141.949.

¹⁹⁸ Voto Barroso, ADPF 496; Voto Gilmar Mendes, ADPF 496; Voto Celso de Mello, ADPF 496; Voto Gilmar Mendes, HC 141.949; e nos casos HC 142.391, HC 152.014, RHC 165.086, destacam a dignidade e respeito à atividade pública como limite.

¹⁹⁹ Voto Gilmar Mendes, ADPF 496; Voto Alexandre de Moraes (destaca que direitos fundamentais não legitimam práticas ilícitas), ADPF 496; Voto Celso de Mello, ADPF 496; Voto Marco Aurélio, RHC 165.086.

²⁰⁰ Voto Edson Fachin, ADPF 496.

²⁰¹ Voto Edson Fachin, ADPF 496.

²⁰² Voto Gilmar Mendes, ADPF 496.

²⁰³ ADPF 496 e HC 141.949, 2ª Turma, 2018.

1.1.9. Liberdade de reunião, greve e sindicalização

A temática dessa categoria está relacionada a casos que envolvem o direito de reunião e associação, colocado como derivado da liberdade de expressão. Para esse tema, foram identificados dois casos: o primeiro se refere ao direito de greve de policiais civis²⁰⁴; e o segundo, sobre decreto regulamentar que limitava o exercício da liberdade de reunião no espaço territorial²⁰⁵. Como principais pontos mencionados, vejamos o quadro a seguir:

Quadro 11: Principais argumentos para a categoria liberdade de reunião, greve, sindicalização e expressão

Liberdade de Reunião, Greve, Sindicalização e Expressão		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
- Liberdade de reunião e associação também são alicerces da democracia ²⁰⁶ e se constitui como um instrumento à realização de outros direitos com a participação social ²⁰⁷ , assumindo posição central ²⁰⁸ .	- Direito de reunião é manifestação coletiva da liberdade de expressão ²⁰⁹ ; - Liberdade de reunião possui valor intrínseco e instrumental ²¹⁰ .	- Aplicabilidade do juízo de ponderação ²¹¹ .

Fonte: Elaborado pela autora.

Nessa categoria, as premissas adotadas pelos ministros não foram unânimes. Os dois exemplos identificados tiveram conclusões opostas: no primeiro caso, a conclusão não foi favorável à livre manifestação, enquanto no segundo, sim.

²⁰⁴ ARE 654.432, julgado em 2017, cujo objeto de discussão era o direito de greve para policiais civis, verifica-se que algumas considerações foram feitas sobre a liberdade de expressão, em que, por maioria, foi fixada a tese de que o exercício do direito de greve, sob qualquer modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança.

²⁰⁵ ADI 5.852, julgado em 2020, coloca como discussão um decreto regulamentar do Mato Grosso do Sul que limitava o exercício da liberdade de reunião no espaço territorial onde se localiza o centro político-administrativo do referido Estado. Por maioria dos votos, concluiu-se que o decreto era inconstitucional.

²⁰⁶ Voto Rosa Weber, ADPF 722 (está inserida na categoria de intimidade e privacidade, mas essa ADPF também relacionou o direito de reunião, conforme esta premissa da ministra citada); Voto Edson Fachin (acrescenta o direito de greve), ARE 654.432; Voto Alexandre de Moraes, ARE 654.432; Voto Dias Toffoli, ADI 5.852; Voto Rosa Weber, ADI 5.852.

²⁰⁷ Voto Fachin, ARE 654.432.

²⁰⁸ Voto Luiz Fux, ADI 5.852.

²⁰⁹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 5.852.

²¹⁰ Voto Luiz Fux, ADI 5.852.

²¹¹ Voto Barroso, ARE 654.432; Voto Alexandre de Moraes (acrescenta proporcionalidade e razoabilidade), ADI 5.852; Voto Luiz Fux, ADI 5.852.

1.1.10. Liberdade de expressão e direito à educação

Os casos identificados para essa categoria são bastante similares, tiveram conclusões unânimes e se referem a planos municipais de educação que contêm restrições a políticas de ensino que utilizem questões sobre “ideologia de gênero”²¹². A liberdade de expressão, assim, é colocada como um dos pontos a serem analisados, concomitantemente ao direito à educação.

Em resumo, eis o quadro a seguir:

Quadro 12: Argumentos para a categoria direito à educação

Liberdade expressão e direito à educação		
Fundamento/função do direito	Características	Crítérios e limites
- Livre manifestação está correlacionada com a liberdade de discussão, participação política, pluralismo e princípio democrático ²¹³ .	- Proteção da liberdade de expressão em seu duplo aspecto ²¹⁴ .	- Deve-se garantir a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, vedando-se a censura em atividades culturais em geral ²¹⁵ .

Fonte: Elaborado pela autora.

Em todos os casos, afirmou-se a vedação à censura do pensamento, bem como preservação da igualdade e não discriminação no âmbito escolar, sendo garantida a livre manifestação de ideias, conhecimento, direitos de personalidade e identidade, essenciais ao pluralismo político e à construção de uma sociedade justa, livre e solidária sem quaisquer preconceitos²¹⁶.

²¹² São três: a ADPF 457, julgada em abril de 2020, tem como objeto a análise da constitucionalidade de lei municipal, do município de Novo Gama - GO, que proíbe a utilização de material didático que contenha ideologia de gênero em escolas públicas municipais, sendo o ministro Alexandre de Moraes o relator; ADPF 467, em maio de 2020, que colocava em discussão lei municipal de Ipatinga – MG, que excluía da política municipal de ensino qualquer referência à diversidade de gênero e orientação sexual, cujo relator era o Ministro Gilmar Mendes; e, por fim, julgou-se a ADPF 460, em junho de 2020, com a mesma situação da lei municipal que veda a menção a ideologias de gênero em materiais didáticos, cujo relator foi o ministro Alexandre de Moraes.

²¹³ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 457; Voto Gilmar Mendes, ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

²¹⁴ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

²¹⁵ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

²¹⁶ Em todos os três casos essas afirmações foram ressaltadas pelos ministros. Por esse motivo, não foram colocados os exemplos individuais.

Considerações gerais

A análise dos acórdãos do STF em categorias do discurso nos permite fazer relevantes considerações e reflexões sobre o modo de decidir da corte em contextos específicos, indicando-nos a linha argumentativa adotada e o que está sendo desenvolvido sobre o direito à liberdade de expressão na jurisprudência mais recente. A depender do conteúdo encontrado, poderemos identificar o padrão decisório da corte sobre o tema, com a análise dos critérios utilizados no caso concreto.

Cada uma das dez temáticas apresentou linhas argumentativas sobre o direito fundamental em apreço, as quais estavam relacionadas às peculiaridades fáticas de cada demanda levada ao Supremo e, por conseguinte, alguns elementos são mais desenvolvidos do que outros. Exemplificando: no âmbito da categoria liberdade de imprensa/jornalística, do discurso político/eleitoral, e da liberdade de reunião, greve e expressão, nota-se que a fundamentação dos ministros, em apertada síntese, busca evitar a ocorrência de censura estatal ao exercício do direito, sob pena de violar o regime democrático; em contrapartida, na tutela da honra, no discurso de ódio, na liberdade religiosa, no direito à intimidade/privacidade e na tutela penal do discurso, destaca-se mais o seu caráter não absoluto e a possibilidade de ser submetido a um juízo de ponderação.

Ocorre que, apesar de dividi-las com base na preponderância de arguições de acordo com o ilustrado acima, é possível notar que essas abordagens são comuns entre as temáticas. Em outras palavras, queremos destacar que uma categoria que coloca a vedação à censura como foco principal para solucionar a controvérsia judicial igualmente pode abordar o caráter não absoluto do direito e a possibilidade de ponderá-lo. O que há, portanto, é a adoção de algum ou alguns desses argumentos como determinante para a decisão, a partir das peculiaridades do caso.

A função democrática da liberdade de expressão, a posição preferencial e os seus limites legais e constitucionais, juntamente com o seu caráter não absoluto, que admite restrições/ponderação, são elementos que podem ser vistos quase de modo unânime entre os acórdãos analisados sobre o direito à livre manifestação²¹⁷, havendo apenas a peculiaridade de que a alguns pode ser dado maior destaque, a depender do caso. Essa observação nos leva ao nosso problema: são essas as argumentações que compõem o conteúdo da liberdade de expressão desenvolvido pelo Supremo? Ou, ainda, se sim, elas são suficientes para estabelecer

²¹⁷ Vide quadros anteriores sobre os principais argumentos adotados em cada categoria do discurso.

padrões judiciais sobre a temática, indicando como casos futuros e semelhantes serão decididos?

Para seguirmos na investigação, considerando que juntamente com a jurisprudência, há os fundamentos teóricos e doutrinários, que dão base a esses julgamentos, analisaremos no capítulo seguinte as discussões que permeiam o tema. Em seguida, a partir desse suporte teórico, identificaremos o que está presente nas decisões do Supremo, para, posteriormente, aprofundar a análise sobre o que pode ser entendido por conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido pela Corte brasileira.

2. CONTEÚDO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

No capítulo anterior foi possível observar que são muitos os elementos²¹⁸ que os ministros utilizam em suas decisões para fundamentá-las. Além da legislação nacional (às vezes até estrangeira), do texto constitucional, instrumentos internacionais, o uso de precedentes, a doutrina²¹⁹ é bastante referenciada, permitindo-nos identificar algumas teorias utilizadas pelos ministros. Para tanto, vejamos algumas das principais discussões a seguir.

O direito à liberdade de expressão, direito fundamental e direito humano consagrado em diversas constituições políticas dos estados, bem como em instrumentos internacionais de direitos humanos²²⁰, suscita uma série de debates e apontamentos por parte de estudiosos que buscam solucionar e/ou esclarecer complexidades que são inerentes à garantia deste direito em casos concretos, especialmente quando se está diante de conflitos de interesses ocasionado por eventuais colisões entre direitos fundamentais.

Autores estadunidenses²²¹ há muito tempo buscam lidar com esses temas e já desenvolveram larga doutrina sobre o direito em debate, sobretudo tratando das teorias que justificam este direito. Iniciando com Dworkin (2019, p. 318-319), pode-se apresentar duas teorias principais que são consideradas justificadoras do direito à liberdade de expressão, as quais são fundamentadas no fato que esse direito possui caráter abstrato, explicando-se a sua aplicação em casos concretos quando for buscado um objetivo geral à liberdade de expressão,

²¹⁸ Que inclui teorias, critérios, ou teses advindas das fontes de direito utilizadas.

²¹⁹ Para a presente dissertação adotaremos como semelhantes os termos “doutrina”, “investigações doutrinárias”, “dogmática” e “dogmática jurídica”.

²²⁰ Como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 13; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos em seu art. 10; e a Declaração Universal de Direitos Humanos, art. XIX.

²²¹ A despeito da doutrina alemã também desenvolver discussões sobre o direito à liberdade de expressão, opta-se por tratar apenas da discussão teórica dos EUA em razão do aspecto liberalizante que o discurso assumiu naquele país, “inclusive para com aquilo que podemos chamar de expressões de ódio, tratadas pelo direito constitucional estadunidense com uma permissividade sem paralelo em outras experiências democráticas, que costumam excluir da proteção à liberdade de expressão ao menos certas categorias de expressões” (SILVA, 2015a, p. 38). Aproxima-se, assim, da postura assumida em alguns julgados mais recentes pelo STF, preferencialmente a favor da liberdade de expressão, com a liberação de sátiras (como o caso da produção do Porta dos Fundos), ainda que confronte outros direitos fundamentais. Diferentemente do entendimento adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que assume posturas menos liberais, como no caso da decisão 1BvR 673/18, em que entendeu pela possibilidade de criminalizar a negação do genocídio e extermínio ocorrido no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau (SARLET, 2018b). É bem verdade que tal exemplo se assemelha do caso Ellwanger decidido pelo STF, mas as posturas mais recentes adotadas pelo tribunal brasileiro apontam em direção oposta. Ademais disso, justifica-se o uso da doutrina dos EUA por meio de pelo menos mais três motivos: (i) por ela ser uma das pioneiras a desenvolver mais detalhadamente o direito à liberdade de expressão em sua jurisprudência; (ii) houve influência da dogmática constitucional construída lá no Brasil, que pode ser notada desde a doutrina até a jurisprudência; (iii) os ministros do STF utilizam como referência argumentativa autores e decisões dos EUA sobre o mesmo tema.

pois assim os juízes terão a compreensão do objetivo desse direito que o orientará na solução de casos difíceis.

Muito embora existam diversas justificativas, pode-se estabelecer que elas são subdivididas em dois grandes grupos. A primeira teoria justificadora, denominada instrumental, tem por escopo garantir que as pessoas tenham o direito moral intrínseco de se expressarem visando consequências benéficas para a sociedade de um modo geral, isto é, proporcionando a busca livre e desimpedida da verdade, protegendo o poder do autogoverno do povo e garantindo que o Estado seja menos corrupto por não poder punir quem o critica (DWORKIN, 2019, p. 318-319). Por outro lado, denomina-se constitutiva a segunda teoria cuja importância é refletida no fato de que “o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa” (DWORKIN, 2019, p. 319).

Destaca-se que esta importância constitutiva tem duas dimensões, que se referem ao direito que temos de ouvir as diversas opiniões, garantindo, desse modo, a nossa dignidade individual, capacidade de tomarmos nossas próprias decisões e de formar convicções; e, em segundo lugar, igualmente nos possibilite expressar nossas opiniões e convicções para terceiros sobre os mais variados assuntos, incluindo questões morais e estéticas, por exemplo, para além de aspectos estritamente políticos, demonstrando uma perspectiva mais ativa (DWORKIN, 2019, p. 319-320). A despeito de ambas as importâncias, instrumental e constitutiva, terem características específicas e distintas, Dworkin (2019, p. 320) esclarece que estas não se excluem, sendo possível haver sobreposição dessas justificativas, especialmente considerando a complexidade característica do direito constitucional da liberdade de expressão e que a sobreposição muitas vezes é necessária para explicar o referido direito²²².

Ao mesmo tempo que possuem pontos semelhantes, como não admitir caráter absoluto à liberdade de expressão e que consideram válido deixar em segundo plano alguns valores por ele invocados em determinados casos, estas duas teorias são diferentes em razão de alguns fatores. Primeiramente, a instrumental revela-se mais frágil e limitada porque em certas circunstâncias o fundamento para sua utilização parece não proteger a liberdade de expressão, mas sim limitá-la; inclusive, a perspectiva instrumental principalmente trata de proteger a

²²² Como exemplo, podemos indicar o caso de discurso de ódio ou racista que não incite a violência, sob a justificativa de que ele é necessário para o debate democrático, pluralismo de ideias e a formação do pensamento individual/coletivo. No INQ 4.694, em que se analisa a caracterização de discurso racista e discriminatório de um deputado federal, destacou-se a imunidade parlamentar como justificativa para proteção da fala e afastamento da reprimenda penal, ainda que o discurso tenha sido proferido fora do ambiente congressual, a fim de garantir os discursos políticos necessários à atividade. Assim, há a presença das duas justificativas, instrumental e constitutiva.

liberdade política, enquanto a constitutiva é mais ampla e abrange todos os demais aspectos da expressão e pensamento, fundamentados pela responsabilidade moral (DWORKIN, 2019, p. 321).

É possível dar alguns exemplos práticos da abordagem dessas justificativas teóricas para a liberdade de expressão. Lewis (2011) faz um panorama geral sobre a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, em que destaca os argumentos utilizados pelos juízes ao longo de diversos casos que elucidam diferentes momentos pelos quais este tribunal desenvolveu apontamentos que compõe a doutrina sobre a liberdade de expressão no âmbito estadunidense, mas que podem ser também apontados em outras realidades, como a brasileira, sem descuidar das ressalvas pertinentes às especificidades locais. A título ilustrativo, no Caso *New York Times Vs. Sullivan*, o fundamento do voto do juiz Brennan seguiu a justificação instrumental²²³, em que destaca a posição de James Madison²²⁴ sobre liberdade de expressão e imprensa: essas liberdades seriam “os guardiões essenciais do sistema político republicano”, assim, “o povo, não o governo, possui a soberania absoluta” (LEWIS, 2011, p. 34-35).

Fica evidente, portanto, a visão instrumental adotada no caso, já que se destaca a função de instrumento da liberdade de expressão para que o povo governe e a democracia seja garantida. Ainda como exemplo, pode-se citar o voto de Holmes no caso *Abrams Vs. United States*, em que afirma a verdade como “aquilo que se destaca de um livre mercado de ideias” (DWORKIN, 2019, p. 322-323). De igual modo Lewis (2011, p. 48-49) cita trecho do voto de Holmes que elucidam a posição instrumental da liberdade de expressão, como um instrumento para alcance da verdade. Um exemplo constitutivo também foi citado por Dworkin (2019, p. 323), em que Brennan “falou ‘do cidadão como um crítico do governo’; disse que ‘assim como o dever do governante é administrar, o dever do cidadão é criticar’ [...]”, muito embora tenha-se limitado ao contexto político.

Fiss (2005) aborda temas que evidenciam as tensões decorrentes das duas concepções distintas da garantia da liberdade de expressão, ilustrando a primeira como proteção da autonomia discursiva individual, enquanto a segunda como instrumento para promoção da diversidade no âmbito público, as quais podem ser enquadradas em dois grupos que destacam o pensamento estadunidense sobre o tema: (i) teoria libertária, cujo foco está na figura do autor (emissor da mensagem) protegendo sua autonomia privada e o direito à expressão sem interferências externas, numa visão defensiva e considerada “liberdade dos modernos”; e (ii)

²²³ Dworkin (2019, p. 322) ratifica que essa visão instrumental fora adotada por Brennan no caso Sullivan.

²²⁴ Indica Lewis (2011, p. 72) que Brennan adotou visões de Madison em seu voto sobre liberdade de expressão e imprensa.

teoria democrática, evidenciando o direito em apreço como um instrumento do autogoverno, permitindo que os cidadãos sejam livremente informados e, assim, aptos a formar convicções, em que coloca o destinatário da mensagem como centro (“liberdade dos antigos”), para assegurar a liberdade política dos cidadãos e não a mera liberdade expressiva (FISS, 2005, p. 5-7).

Sob essa perspectiva, aborda questões como, o efeito silenciador do discurso, a arte e o Estado ativista, a missão democrática da imprensa e, após isso, aponta para os desafios que devemos considerar, concluindo que “o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la”. (FISS, 2005, p. 144).

Há ainda outras classificações que de algum modo refletem as primeiras já destacadas. É o exemplo daqueles que adotam três subclassificações, a saber, (i) a liberdade de expressão como manifestação da autonomia individual, (ii) liberdade de expressão como instrumento para a busca da verdade, e (iii) liberdade de expressão como instrumento para realização da democracia. No que concerne à primeira teoria, aponta-se como fundamento a proteção da autonomia individual e, nesse contexto, a liberdade de expressão garante respeito ao indivíduo quando protege os meios de comunicações relativos ao desenvolvimento, definição e proteção do seu ser, além de ser uma manifestação da liberdade individual. Desse modo, essa teoria defende a abstenção estatal, focando na figura do autor da mensagem para que não haja restrição de seus discursos (SANKIEVICZ, 2011, p. 22-23).

A segunda, justificando a liberdade de expressão como instrumento para a verdade, apresenta a livre competição do mercado de ideias sem interferências do Estado a fim de que se garanta a verdade que se caracteriza “produto da criação e do consenso de humanos” (SANKIEVICZ, 2011, p. 30). Por fim, a terceira teoria, liberdade como instrumento para realização da democracia, contém duas concepções que buscam demonstrar a noção mais apropriada de democracia. A primeira, denominada “concepção majoritária ou ténue” apresenta dois requisitos:

- a) a escolha dos líderes políticos por meio da realização de eleições periódicas razoavelmente frequentes, que permitam aos cidadãos de um país votar em um candidato e ter o voto contabilizado de forma igualitária com o voto dos outros cidadãos.
- b) A elaboração de leis políticas por uma assembleia de cidadãos ou por representantes eleitos na forma do item “a”, por meio de discussões, procedimentos majoritários e/ou de maioria qualificada para assuntos específicos. (SANKIEVICZ, 2011, p. 32).

A segunda concepção, ainda fazendo parte da teoria instrumental democrática, denominada como democracia material, ou coparticipativa ou densa, requer o cumprimento e

garantia de outros requisitos que a democracia formal não dá conta, quais sejam: a soberania popular, dando ao povo o poder supremo; o sufrágio universal, garantindo a participação popular no processo político; a igualdade entre os participantes; discurso democrático, permitindo diálogo, interação e discussão entre grupos diversos para que as pessoas possam formar suas próprias opiniões e convicções, assim como para que o dissenso e decisão da maioria sejam legítimos, proporcionando tolerância política (SANKIEVICZ, 2011, p. 32-45).

Partindo dos autores supramencionados, é possível perceber que, por mais que haja outras terminologias ou subclassificações para as teorias do direito fundamental à liberdade de expressão, todas podem ser reconduzidas para os dois fundamentos principais que Dworkin (2019) elucidou, demonstrando ou o viés da autonomia individual, ou instrumental (para a democracia), ou ambos. Alguns doutrinadores buscam apontar outros aspectos que estão diretamente conectados e que ainda não foram explorados, como por exemplo, a busca pela verdade, a garantia da igualdade, diálogo, etc., mas que subjazem o debate e acabam por apresentar novos termos classificatórios, tal como visto anteriormente.

Então, ainda que tenhamos novos termos, é importante elucidar que não se tratam de assuntos novos ou de classificações ainda não observadas. Na presente pesquisa, assim, será adotada a terminologia apresentada por Dworkin (2019) por identificar que as demais se adequam nela, ou seja, ou estão fundamentadas na justificativa instrumental (democracia, busca da verdade, etc.) ou na justificativa constitutiva (baseada na autonomia, personalidade individual e dignidade da pessoa humana).

Colocando a discussão no direito brasileiro, há autores que abordam as teorias supramencionadas para justificar a inclusão da liberdade de expressão no rol dos direitos e garantias constitucionais, indicando, por exemplo, que a justificativa instrumental está prevista na interpretação da constituição ao dispor que: “(i) ela contribui para o avanço do conhecimento e obtenção da verdade, (ii) ela representa uma forma de garantir a democracia, e (iii) ela ajuda a manter em equilíbrio os pratos da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade” (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 214), e que a justificativa constitutiva está apoiada no imperativo da condição humana, da dignidade da pessoa humana e como garantia de sua autonomia para ter seu próprio pensamento, apropriar-se dele e para se expressar (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 223).

Abordagem similar é feita por Koatz (2011) em que desenvolve a visão substantiva como um direito moral dos cidadãos, um valor em si mesmo de dizer o que pensam e escolher o que ouvir, num constante intercâmbio das mais variadas ideias na sociedade e vinculado à formação da personalidade individual; e a visão instrumental de liberdade de expressão, cujo

fundamento se encontra na garantia do regime democrático ou pela busca pela verdade no meio social.

No mesmo seguimento, Laurentiis e Thomazini (2020) utilizam-nas²²⁵ como premissas para avaliar, em uma análise comparativa, decisões da Suprema Corte do EUA e do STF, indicando que são fundamentos do desenvolvimento argumentativo utilizado por esses tribunais, pois elas expressam as características fundamentais desse direito, dando ênfase ao seu caráter não estático, ante às alterações interpretativas que pode sofrer diante dos casos concretos ao longo do tempo²²⁶. Esses são alguns exemplos de que essas teorias são consideradas relevantes para o estudo da livre manifestação também no Brasil, levando-nos a questionar se há a utilização desses mesmos parâmetros na jurisprudência do STF para a construção do conteúdo do direito fundamental.

Além das teorias, há as premissas previstas no ordenamento jurídico do país em que a liberdade de expressão está disposta. A doutrina brasileira, sobretudo aquela desenvolvida a partir de manuais e cursos de direito constitucional²²⁷, costuma abordar o conteúdo desse direito fundamental a partir da conjugação de alguns dispositivos principais da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a saber, art. 5º, incisos IV, V, VIII, IX, X, XII, XIV, XVI, XVII, e artigos 220 a 224, os quais destacam os elementos que podem estar relacionados à livre manifestação, estabelecendo limites explícitos no seu exercício, como, por exemplo, o direito de resposta (art. 5º, V), a vedação ao anonimato (art. 5º, IV), quando há colisão com outros direitos fundamentais ligados à personalidade (art. 5º, X), entre outros exemplos previstos no texto constitucional e na legislação vigente (como em situações de crimes ou de responsabilidade civil).

Vejamos alguns breves exemplos. José Afonso da Silva (2014, p. 243- 244) destaca a liberdade de opinião, como aquela que resume a liberdade de pensamento em suas variadas formas de expressão, em duas dimensões: a primeira de permitir ao indivíduo escolher e adotar livremente o seu pensamento íntimo (representada pela liberdade de consciência e de crença – art. 5º, VI, CF); e a segunda, a liberdade de pensar, dizer e manifestar o que se crê verdadeiro

²²⁵ Neste trabalho as teorias são subdivididas em teorias da verdade, da autonomia e democrática. Porém, como pano de fundo, encontra-se a teoria instrumental (busca da verdade e garantia da democracia) e a teoria intrínseca/constitutiva (autonomia).

²²⁶ Ainda que reforcem a função dessas teorias, Laurentiis e Thomazini (2020) concluem que no Brasil ainda não há padrões definidos sobre a liberdade de expressão, já que até os dias atuais ainda não fora estabelecida a sua real função no sistema constitucional brasileiro. Esse ponto será aprofundado posteriormente.

²²⁷ A menção a esses manuais/cursos de direito constitucional se faz necessária ante o papel que eles possuem na dogmática jurídica constitucional, os quais são amplamente utilizados na graduação em direito e pelos seus profissionais e, desse modo, são difundidos no campo jurídico social, compilando conceitos, institutos, princípios, leis e as próprias decisões do STF (ainda que esse último seja realizado de modo esparsos) (MAGALHÃES, 2020).

(representada pela liberdade de crença religiosa e de convicção política ou filosófica – art. 5º, VIII, CF)²²⁸. De igual modo, Mendes e Branco (2012, p. 390-392), com base nos artigos mencionados ao norte, sintetizam o conteúdo da liberdade de expressão como aquele que tutela “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância de valor, ou não [...]”, salvo os casos quando há colisão com outros direitos fundamentais²²⁹.

E como exemplos mais recentes, podemos indicar o desenvolvido por Fernandes (2017, p. 426), entendendo que “toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não – de valor”, deve ser tutelada por esse direito, juntamente com o caráter não absoluto do direito a partir das limitações constitucionais e legais vigentes, explorando casos concretos decididos pelo Supremo; e por Silva (2021, p. 167-168) que destaca o art. 5 da CF, a partir de dos incisos IV, X e IX, os quais apontam as limitações constitucionais expressas e dá ênfase à tendência de julgamento observada na jurisprudência do STF como “mais favorável à liberdade de expressão” .

Com a tentativa de se estabelecer o conceito desse direito, autores como Oliva (2015, p. 90) indicam que a liberdade de expressão e de manifestar uma opinião “implica na possibilidade de todo indivíduo refletir sobre qualquer tema e apoiar as ideias que forem compatíveis com a sua maneira de ver o mundo, sem correr o risco de sofrer limitações ou punição por parte do Estado”. A liberdade de expressão é considerada um dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e é essencial para a estrutura democrática estatal, sendo pressuposto à dignidade de pessoa humana e à igualdade, pois a cada indivíduo deve-se garantir que expressem seus desejos e convicções. Não apenas garante a participação política, mas também permite manifestações no que tange à cultura, religião, educação, economia, etc. (TORRES, 2013, p. 61-62).

Outras fontes também apresentam amplo desenvolvimento do conteúdo do direito em apreço, como a jurisprudência de cortes internacionais. Um exemplo é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ramírez, Gonza e Vázquez (2018), após compilar os principais pontos

²²⁸ Em seguida, Silva (2014, p. 245-258) também aborda a liberdade de comunicação, liberdade religiosa, liberdade de expressão intelectual, artística e científica, liberdade de expressão cultural e liberdade de transmissão e recepção do conhecimento, enfatizando os desdobramentos que o tema possui e tomando como base os dispositivos constitucionais apresentados acima.

²²⁹ Optamos por indicar esses dois manuais, ainda que brevemente, em razão do uso frequente que eles possuem tanto na graduação em direito, como manuais adotados para estudo do direito constitucional e, por conseguinte, por profissionais, sendo comum encontrá-los em citações de trabalhos acadêmicos e peças judiciais.

desta temática na jurisprudência interamericana²³⁰, infere alguns elementos que permitem identificar o conteúdo e alcance sobre a liberdade de manifestação e pensamento. São eles: a relação com a ordem pública em uma sociedade democrática²³¹; que a liberdade de expressão dispõe de uma dimensão individual e uma social²³²; a indivisibilidade da expressão e a difusão do pensamento²³³; o controle democrático pela sociedade²³⁴; legitimidade ampla²³⁵; o pluralismo e radiodifusão²³⁶.

Sem exaurir o tema e a partir dessas considerações, é possível inferir que há grande quantidade de conteúdo desenvolvido sobre a liberdade de expressão com base nesses parâmetros, impossibilitando-se abordar todas na presente dissertação. São recorrentes tanto na doutrina, quanto na própria jurisprudência, as tentativas de se estabelecer o que a liberdade de expressão abrange (como as citações acima), indicando-se o que pode ou não proteger, a sua função no ordenamento jurídico constitucional e para a própria democracia, além de possíveis

²³⁰ Impende destacar que o desenvolvimento exposto nesta parte sobre o conteúdo e alcance da liberdade de expressão está baseada no trabalho feito por Ramírez, Gonza e Vázquez (2018), o qual compilou os entendimentos fixados pela Corte IDH em sua jurisprudência desde a Opinião Consultiva n° 05/85, até a Sentença do Caso Carvajal y outros, de 2018.

²³¹ A relação com a ordem pública e a democracia que a liberdade de expressão possui deriva do fato que se constitui como uma pedra angular de uma sociedade democrática, pois uma sociedade que não tem informação não pode ser considerada livre, impedindo-se a formação da opinião pública. Sob essa perspectiva, cabe ao Estado não apenas reduzir as restrições da circulação da informação, mas também tentar equilibrar a participação das distintas informações do debate público, proporcionando o pluralismo informativo e, assim, a equidade deve reger o fluxo informativo, assegurando meios que permitam a expressão equitativa de ideias. Caso não seja garantida a liberdade de expressão, o sistema democrático será debilitado, bem como o pluralismo, criando-se um campo fértil para proliferação de sistemas autoritários (RAMÍREZ; GONZA; VÁZQUEZ, 2018).

²³² Quanto ao segundo aspecto, a liberdade de expressão tem uma dupla dimensão, uma individual, em que permite aos indivíduos propagar o seu respectivo pensamento ao conhecimento das demais pessoas, e uma social, quando os receptores dessas mensagens enviadas têm o direito de recebê-las, implicando no direito de que todos têm de conhecer opiniões e notícias (RAMÍREZ; GONZA; VÁZQUEZ, 2018, p. 27-28). Dessa maneira, a Corte ressalta que os indivíduos têm o direito não só de expressar livremente seus próprios pensamentos, mas também de buscar, receber e difundir informações e ideias, concretizando ambas as dimensões da liberdade de expressão.

²³³ O terceiro aspecto, da indivisibilidade da expressão e difusão do pensamento, segundo o tribunal interamericano, corresponde ao direito que a liberdade de expressão dá ao indivíduo de emitir suas opiniões pelos meios que optar e à faculdade de disseminá-las por esses mesmos meios, logo, ambas são indivisíveis e devem ser garantidas.

²³⁴ O controle democrático pela sociedade como quarto aspecto, revela que a sociedade deve ter “atenção social” para o exercício deste direito (seja como uma garantia a quem o pratica ou para a própria sociedade) e uma tolerância maior sobre os assuntos que tenham relevância social, conforme expõe Ramírez, Gonza e Vázquez (2018, p. 29), pois esse controle se dará a partir da opinião pública e pelo fomento da transparência das atividades estatais.

²³⁵ A liberdade de expressão deve ter legitimidade ampla, cabendo a todos sem distinção e não se reduz a um setor específico da sociedade ou somente a uma determinada profissão.

²³⁶ E como último aspecto a ser abordado, o pluralismo e a radiodifusão, Ramírez, Gonza e Vázquez (2018, p. 31-32) apontam que a Corte tem se pronunciado favorável à mais ampla pluralidade no exercício da comunicação social, a qual caracteriza uma sociedade democrática, em que se deve garantir os meios necessários para assegurar uma diversidade de visões, posturas informativas ou de opinião. Tal visão, por exemplo, pode dar azo a discussões sobre a regulamentação da mídia, especialmente no que diz respeito ao monopólio de conglomerados ou da titularidade de mais de um meio de comunicação por grupos familiares e empresariais. Ou seja, a atuação estatal no sentido de restringir acesso a certos bens sociais por parte desses grupos, como uma via para a garantia de um igual acesso à informação.

consequências jurídicas em casos de excessos ou abusos, dando a impressão de haver harmonia quanto ao conteúdo desse direito fundamental na dogmática jurídica²³⁷ brasileira, haja vista que esses elementos são constantemente enfatizados pelos autores que discorrem sobre esse tema, além de serem utilizados como referências para a fundamentação de decisões judiciais.

Não se pode olvidar, desse modo, que as abordagens doutrinárias são bastante relevantes para o campo das decisões judiciais, tendo em vista que poderão auxiliar o julgador na atividade interpretativa, enfatizando os parâmetros que devem ser garantidos na ordem constitucional e o que pode ser alvo de limitação, especialmente quando a controvérsia judicial envolver colisão de direitos fundamentais, como constantemente ocorre com os casos sobre liberdade de expressão. É nesse sentido que se indica uma função social da dogmática, apresentando-se como um estudo das condições do que é juridicamente possível para construir condições de decidir conflitos, sistematizando e racionalizando conteúdos jurídicos (FERRAZ JUNIOR, 1980).

Todos esses aspectos contêm complexidades que podem proporcionar conflitos com outros direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, ou liberdade religiosa, direito à igualdade ou direito à não discriminação, por exemplo, assim como a regulação (ou não) de discursos que podem violar estes outros direitos, como os chamados discursos de ódio (*hate speech*), os quais são alvos de intensos debates doutrinários (DWORKIN, 2009, 1995; WALDRON, 1999, 2012; OLIVA, 2015; SARMENTO, 2006; POTIGUAR, 2009, 2015; STROPPA; ROTHENBURG, 2015; NAPOLITANO; STROPPA, 2017). Como vimos no capítulo anterior, essa colisão de direitos fundamentais está presente em diversos casos no Judiciário e que podem ser subdivididos em categorias de discurso com substratos fáticos semelhantes.

Ocorre que, apesar desse papel importante que a doutrina nacional pode desempenhar, a produção doutrinária sobre direito constitucional mais recorrente²³⁸, dificilmente identifica os

²³⁷ Por dogmática jurídica constitucional adotaremos a compreensão de Rodriguez (2012), em que “é a ideia mesma de um governo das leis, concretizado em um conjunto organizado de conceitos cuja função é resolver eficaz, legítima e equitativamente os casos concretos”. Com esse objetivo, ela se caracteriza “como um conjunto de raciocínios destinados a organizar, sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e as decisões do STF” (MAGALHÃES, 2020, p. 4).

²³⁸ E, nesse caso, novamente nos remetemos à posição de destaque de manuais em razão de serem os mais utilizados em detrimento dos artigos acadêmicos e da tríplice função que possuem no campo jurídico: a) *função didática*, cujo objetivo é oferecer capacitação aos alunos de graduação em direito, além de servir como um mediador entre aqueles e o discurso científico; b) *função preparatória*, servindo como fonte primária para aqueles que desejam obter informações sobre direito constitucional, independentemente da sua formação; c) *função consultiva*, destacada pelo acesso a informações, dados, lições, jurisprudência e atualizações legislativas compiladas, as quais permitem que operadores do direito utilizem-nas sem compromisso de capacitação mais profunda. (MAGALHÃES, 2020, p. 9). Acrescentamos que pode ser comum encontrarmos decisões judiciais que utilizam a função consultiva dos manuais como fundamento teórico de suas conclusões, assim como exemplificado

problemas resultantes desse processo no âmbito das decisões judiciais. Em outras palavras, queremos destacar que “nossa dogmática constitucional não cumpre os propósitos de sistematizar e racionalizar o conhecimento jurídico sobre determinado tema” e com a finalidade de orientar a atividade jurisdicional, pois “seu propósito é o de oferecer uma série de argumentos abstratos e genéricos” (MAGALHÃES, 2020, p. 3).

Embora Magalhães (2020) tenha como foco a análise do tema “normas constitucionais” nos referidos manuais, é possível inferir que situação similar ocorre com o desenvolvido para a liberdade de expressão, pois se observa a repetição de argumentos abstratos, o caráter descritivo do que está previsto no texto constitucional e os eventuais ou possíveis limites que esse direito pode sofrer. Mas é raro serem desenvolvidos os possíveis problemas a serem enfrentados em situações concretas (geralmente se frisa a necessidade da técnica de ponderação) e como isso pode impactar a jurisprudência da corte na solução de casos semelhantes. Essa descrição, por mais que se repita, não é suficiente para indicar como casos similares serão decididos, consoante será destacado posteriormente. Dessa maneira, não há o direcionamento sobre como decidir situações concretas, tendo em vista que esses argumentos abstratos podem não ser suficientes para garantir a previsibilidade no julgamento de casos similares²³⁹.

Ressaltamos que, a despeito de alguns manuais citarem ou desenvolverem um pouco mais os caminhos percorridos pela jurisprudência sobre liberdade de expressão²⁴⁰, desconhecemos algum que indique o problema apresentado acima, haja vista que os artigos científicos, que se propõem a desenvolver esse olhar mais “crítico” são geralmente

por Magalhães (2020, p. 9): “A junção das três funções em um mesmo livro nos indica que a construção do saber jurídico não distingue, ou não encontra maiores diferenças, entre os seus destinatários. Alunos recém ingressos no curso, os quais entrarão em contato, pela primeira vez, com a temática acerca das normas constitucionais; os ministros do STF, que buscarão auxílio para interpretar a Constituição em algum dos autores daqueles livros no julgamento de casos complexos; [...]”.

²³⁹ Como será demonstrado e aprofundado no próximo tópico.

²⁴⁰ Geralmente há a ilustração de casos pontuais e/ou emblemáticos decididos pelo STF sobre determinado tema, sem a devida contextualização e sem haver explicação de como esses casos foram selecionados. Mendes e Branco (2012, p. 396-397), por exemplo, ao abordarem os modos de expressão e a garantia da expressão corporal, a partir da liberdade de expressão artística (art. 5º, IX, CF), citaram precedente do STF que afastou a punição criminal de um diretor de teatro que expôs as nádegas ao público (HC 83.996). Esse mesmo exemplo é dado por Fernandes (2017, p. 426). Outro caso bastante referenciado é a ADPF 130, sobre a não recepção da lei de imprensa pela Constituição de 1988, em razão de ser um dos casos mais emblemáticos de garantia da liberdade de expressão e de imprensa na jurisprudência pátria (MENDES; BRANCO, 2012, p. 399; FERNANDES, 2017, p. 441; SILVA, 2021, p. 172). Por outro lado, podemos apontar um exemplo de manual mais recente, desenvolvido por Silva (2021, p. 167- 201), em que é possível observar a preocupação com o que vem sendo decidido pelo Supremo e as tendências de posicionamento da corte acerca de determinado assunto, haja vista que faz colocações nesse sentido, como “a jurisprudência do STF é mais favorável à liberdade de expressão” (SILVA, 2021, p. 167). Reconhecemos, no entanto, que não é o objetivo desses livros analisar pormenorizadamente todos os julgados do Supremo sobre a liberdade de expressão, porém deve ser dada a devida atenção ao posicionamento judicial utilizado e se está havendo coerência a partir dos parâmetros constitucionais adotados até o momento.

preteridos²⁴¹. Em síntese, observamos que há pouca uniformização quanto a elementos específicos do direito que compõem o seu conteúdo, como os critérios e limites adotados, pois prepondera a preocupação em definir proibições e permissões sem a devida discussão conceitual.

Após fazer uma abordagem doutrinária geral sobre o conceito desse direito fundamental, Silva (2000, p. 73) constatou que há divergências terminológicas sobre o tema e que não há um entendimento harmônico entre os teóricos no Brasil, não havendo, inclusive, auxílio da jurisprudência nesse sentido. De igual modo, Leite (2019, p. 227) corrobora que não obstante haja diversos trabalhos acadêmicos que versam sobre a liberdade de expressão, os “autores evitam assumir posição sobre questões concretas e formular entendimentos normativos que impliquem maior previsibilidade sobre o que a liberdade de expressão protege ou não, de acordo com as suas compreensões”, indicando que inexistente legislação infraconstitucional sobre a questão que seja concreta e específica, destacando-se ainda mais esse desafio a ser enfrentado.

Acima demos ênfase às características doutrinárias que podem ser consideradas problemáticas. Porém, a despeito de indicarmos que parte da produção científica²⁴² nos permita identificar os problemas apresentados, ela acaba redundando nos mesmos defeitos. Os manuais oferecem um conhecimento abstrato e genérico que não resolve situações concretas, ao passo que os artigos não seguem um desenvolvimento uniformizado sobre os conceitos utilizados, pois sempre recomeçam do zero, não deixando claro o fundamento do direito (conceito e conteúdo).

Em outras palavras, essa produção científica não está sendo suficiente para responder o que precisar ser suplantado, como os elementos que podem causar divergências teóricas e, por conseguinte, jurisprudenciais. Alguns exemplos: conceito de democracia; quais são os testes para caracterizar um discurso de ódio e qual sua relação com o discurso religioso²⁴³; e a correlação entre a proteção da honra fora de contextos políticos. Além disso, embora utilizem a jurisprudência, não a manuseiam de forma sistemática.

Sob essa perspectiva, é imprescindível a análise jurisprudencial para verificação do conteúdo de direito adotado pelo STF, com o posicionamento da corte diante de casos concretos

²⁴¹ Magalhães (2020, p. 11), após análise de diversos manuais de direito constitucional, concluiu que é “tímida ou pouco expressiva a utilização de artigos científicos”, dando-se “pouca atenção à produção acadêmica desenvolvida em periódicos científicos” nesses manuais. Ao mesmo tempo, ressalta que isso não necessariamente implica num grave problema, haja vista ser recente a prática de publicar artigos em periódicos científicos e aqueles seguirem a edição de um formato específico.

²⁴² Referimo-nos apenas à produção de artigos científicos.

²⁴³ Na ADO 26, por exemplo, destaca-se que o discurso de ódio não é protegido pela liberdade de expressão, mas se o discurso for proferido dentro dos preceitos religiosos, não seria assim considerado e estaria dentro da esfera da liberdade.

e similares, e se, com isso, é possível haver certa previsibilidade de julgamento. Mas os casos semelhantes são suficientes para identificar o posicionamento adotado pela Corte? Ou, ainda, é possível identificar qual o conteúdo desse direito fundamental por meio das argumentações expostas nos casos analisados no capítulo anterior e se permite indicar certa previsibilidade para o julgamento de casos futuros a partir do conteúdo desenvolvido sobre o direito à liberdade de expressão? Essas serão considerações do próximo tópico, analisando-se como a pauta da pesquisa jurídica poderia lidar com o tema.

2.1. Identificando a “moldura central” argumentativa: bases para a construção de um conteúdo do direito

De acordo com o objetivo dessa pesquisa, a saber, identificar a construção argumentativa da Corte brasileira sobre liberdade de expressão, seguimos a análise dos dados obtidos no capítulo anterior. Para tanto, a fim de dar uma visão geral sobre eles, ainda considerando a divisão por categorias, vejamos o quadro geral disposto no Apêndice A²⁴⁴ da presente dissertação.

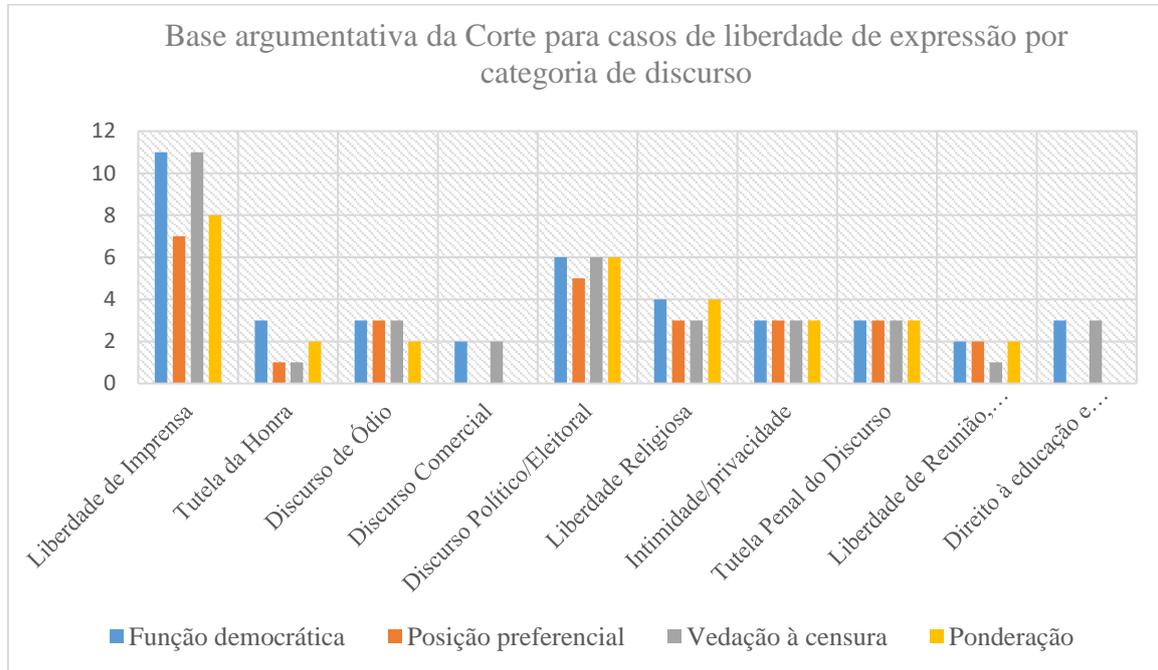
A partir dessa leitura, identifica-se que alguns argumentos são adotados por apenas alguns ministros (vide as notas de rodapé indicativas), seja num caso particular (quando há divergência), seja comparando casos de uma mesma categoria do discurso. Entretanto, observando tudo o que fora apresentado, identificamos que há, ao mesmo tempo, um conjunto de argumentos utilizado pelos membros da corte, que aparece reiteradamente nos acórdãos e pode ser resumido em quatro premissas centrais: 1) função democrática da liberdade de expressão; 2) posição preferencial na ordem constitucional vigente; 3) livre manifestação não pode ser alvo de censura, especialmente se possuir um caráter prévio e abstrato; e 4) o direito à liberdade de expressão pode sofrer limitações a partir de um juízo de ponderação/proporcionalidade.

Com base nesses parâmetros, considerando o número de casos que utilizaram o argumento (numeração vertical), as categorias de discurso e as quatro premissas que compõem o que denominamos “moldura central”²⁴⁵, elaboramos o gráfico a seguir:

²⁴⁴ Inserido no apêndice porque se trata um quadro que apenas compilou o apresentado no capítulo anterior, a fim de dar um panorama geral ao leitor, sem recair em repetição.

²⁴⁵ Podemos dizer que a presença de uma moldura central argumentativa na jurisprudência do STF se assemelha, em alguma medida, à “espinha dorsal” comum na construção de argumentos dos julgados sobre liberdade de expressão identificada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a partir das pesquisas realizadas

Gráfico 1: Principais argumentos da Corte por número de casos e por categorias de discurso.



Fonte: Elaborado pela autora.

Preliminarmente, em razão da quantidade discrepante de casos que utilizam aquelas premissas, sobretudo na mesma categoria e, em especial, o que ocorre com as categorias do discurso comercial e do direito à educação (que não mencionam nem a posição preferencial, nem a ponderação), poderíamos concluir que o gráfico apresenta resultado oposto ao que indicamos ao norte. Porém alguns elementos podem ser explicados para sanar eventual paradoxo. Como primeiro ponto, devemos considerar a distinta quantidade de casos para cada categoria, algo que, por si só, já resultaria na diferença visual entre elas. Isso explica a coluna maior da liberdade de imprensa em relação às demais, já que possui o maior número de acórdãos identificados no período adotado por essa pesquisa (totalizando onze).

O segundo ponto se refere à diferença de utilização das quatro premissas ou quando há ausência delas (exemplo do discurso comercial e do direito à educação). Podemos explicar essa ocorrência a partir do objeto analisado naquela controvérsia judicial²⁴⁶. No primeiro, alguns acórdãos apenas negam seguimento a recursos, como no caso de agravos, ou rejeitam queixas-crimes, no caso de petições criminais. Assim, nem sempre os ministros analisam a situação

por Leite *et al* (2020), sobretudo com o uso frequente da técnica de ponderação, a observância do princípio da proporcionalidade e a afirmação de que não há direitos absolutos.

²⁴⁶ Para maiores aprofundamentos sobre essas justificativas, vide Apêndice B.

pormenorizadamente (mérito) para destacar todos esses pontos basilares sobre a liberdade de expressão²⁴⁷, ainda que em certos momentos possam afirmar alguns desses fundamentos (seja diretamente com o texto constitucional, seja por precedentes ou por outras fontes de direito). E na segunda situação, evidencia-se julgados em que não houve efetiva colisão de direitos fundamentais para se justificar a menção à ponderação ou à posição preferencial²⁴⁸.

Feitas essas considerações, quanto ao conteúdo da liberdade de expressão desenvolvido pela Corte²⁴⁹, a partir das quatro premissas principais, é possível destacar os seguintes pontos de modo mais detalhado²⁵⁰: (i) a ênfase da importância/função democrática e o caráter preferencial da liberdade de expressão na ordem constitucional; (ii) o viés instrumental que ele possui, servindo como meio para alcançar outro fim, como a manutenção da participação política, pluralismo, garantia do livre mercado de ideias (incluindo a busca da verdade), inclusive, como instrumento para garantia de outros direitos fundamentais; (iii) vedação, por expressa disposição constitucional, da censura prévia estatal, ainda que seja pela via judicial²⁵¹; (iv) existência de limitações constitucionais e legais a esse direito, possibilitando-se restrições *a posteriori*; (v) caráter não absoluto, quando colide com o exercício de outros direitos fundamentais; (vi) pode ser objeto do juízo de ponderação na interpretação constitucional, a partir dos critérios de proporcionalidade, necessidade e razoabilidade²⁵².

Se considerarmos apenas essa “moldura central”, pode-se dizer que o conteúdo sob análise já está amplamente desenvolvido e sedimentado na construção jurisprudencial do STF. Quanto à teoria que a justifica, podemos indicar que é a corrente da instrumentalidade da liberdade de expressão a que assume o caráter preponderante, cuja finalidade é assegurar o Estado democrático de direito, o mercado de ideias, participação política, capacidade de comunicação crítica entre os cidadãos e a busca pela verdade. Essa visão instrumental está presente de modo expresso nos seguintes acórdãos:

²⁴⁷ Frise-se que o desenvolvimento adotado pela corte está bastante relacionado ao caso concreto. Ainda que não destaque naquele caso essas quatro premissas que mencionamos, é possível notar que o ministro já adotou de forma reiterada em outros casos sobre liberdade de expressão.

²⁴⁸ Vide tabela e justificativas dispostas no Apêndice B.

²⁴⁹ Com base no Apêndice A e capítulo anterior.

²⁵⁰ Os itens i e ii correspondem às premissas “função democrática” e “caráter preferencial”; o item iii, à proibição da censura; e os itens iv, v e vi, referem-se a elementos que justificam a atividade de ponderação.

²⁵¹ A Corte destaca a vedação à censura prévia e abstrata que façam quaisquer juízos de valor sobre o conteúdo divulgado (tema preponderante nos julgados sobre liberdade de imprensa, mas também em outras categorias, em menor escala). No entanto, há considerações sobre a censura judicial posterior, cabível nas hipóteses legalmente previstas, como nos casos de delitos penais contra à honra, por exemplo.

²⁵² Sobre esse tema, Silva (2021, p. 123) destaca que há uma tendência

Quadro 14: Acórdãos que destacam a função instrumental da liberdade de expressão.

Categorias do discurso	Acórdãos que destacam expressamente função instrumental da liberdade de expressão
Liberdade de Imprensa	RCL 22.328/RJ; RCL 28.747; RCL 28.262; RE 638.360
Discurso de ódio	ADO 26
Discurso Comercial	ADI 4.613
Discurso político/eleitoral	ADI 4.451; ADI 5.122; MS 37.178
Liberdade religiosa	ADI 2.566
Direito à intimidade/privacidade	RE 685.493
Liberdade de reunião	ARE 654.432; ADI 5.852

Fonte: Elaborado pela autora.

Os julgados acima indicados são aqueles que apresentam expressamente a visão instrumental do direito fundamental em apreço, pois, de um modo geral, está presente implicitamente em todos eles. Consideramos que a função democrática igualmente está inserida como um fim a ser alcançado pela livre manifestação, então, sob essa perspectiva, é possível indicar que todos os casos analisados a adotam.

Insta salientar que há exemplos em que os ministros também utilizam a teoria intrínseca²⁵³, ressaltando a importância de desenvolvimento da autonomia do cidadão em expor suas ideias e opiniões, essenciais à formação do indivíduo e para preservação da dignidade humana. Isso ocorre em razão da sobreposição de justificativas existentes para um direito complexo, abstrato e fundamental como a liberdade de expressão (DWORKIN, 2019, p. 321), devendo apenas verificar qual a preponderante.

No caso da Corte brasileira, observamos que é a justificativa instrumental que se sobrepõe às demais²⁵⁴, pois se coloca ênfase na proteção da mensagem, e não do mensageiro, podendo-se explicar, a partir disso, a maior preocupação com a preservação do discurso político, por exemplo. A visão democrática predominante, desse modo, pode explicar os tipos de casos que chegam à Corte, assim como a sua tendência em proteger, em maior proporção, situações que envolvem valores democráticos, não obstante o STF ainda não tenha desenvolvido a sua compreensão de democracia.

Podemos dizer que, especificamente quanto à justificativa da liberdade de expressão, esse posicionamento jurisprudencial contrasta com as investigações doutrinárias, na medida em que a última apresenta tanto a função instrumental quanto a intrínseca/constitutiva em igual

²⁵³ Voto Luiz Fux, RE 685.493; Voto Luiz Fux, RCL 28747 AGR, 1ª Turma, 2018; Voto Gilmar Mendes (destaca a liberdade de expressão para formação da vontade livre de um povo), HC 141.949, 2ª Turma, 2018; Voto Rosa Weber (destaca a formação da opinião do eleitor), ADI 4451.

²⁵⁴ Nota-se que a predominância da justificativa instrumental na jurisprudência contrasta com o enfoque dado às investigações doutrinárias, as quais ressaltam ambas as perspectivas na mesma proporção.

proporção para fundamentar o direito em apreço, dando relevante importância para a liberdade do indivíduo a partir da dignidade da pessoa humana (viés constitutivo). Não identificamos alguma conclusão doutrinária que indique a prevalência da função instrumental nas arguições da Corte sobre o tema, por exemplo. Nessa perspectiva, mostra-se imprescindível que a dogmática aprofunde a temática democrática quando se trata da livre manifestação, considerando a ênfase dada pelo Supremo e que ele ainda não desenvolveu o conceito que adota para a mencionada democracia.

Além da “moldura central” e das teorias, notamos que há outros elementos pertencentes ao conteúdo do direito, mas que nem sempre se estendem para todas as categorias de discurso. Alguns exemplos²⁵⁵: no âmbito da liberdade de imprensa, é comum destacar que a liberdade de imprensa, enquanto proteção da livre manifestação, abrange o direito de informar, buscar, receber, transmitir informação, opinar e criticar, além de afastar o ânimo de ofender²⁵⁶, ou que a liberdade de expressão é um instrumento para a promoção das liberdades públicas e privadas dos cidadãos²⁵⁷; nos casos de tutela de honra, destaca-se que a livre manifestação ampara discussões de âmbito parlamentar, incluindo antagonismos político-ideológicos²⁵⁸; na categoria discurso de ódio, frisa-se que esses discursos não são protegidos pela liberdade de expressão²⁵⁹; no discurso político, destaca-se a mitigação da livre manifestação somente em casos de alegações falsas e dolosas, com responsabilização posterior²⁶⁰; na liberdade religiosa, observa-se a abrangência da liberdade de expressão, incluindo a tolerância, pluralismo, diversidade, dignidade da pessoa humana e igualdade²⁶¹; ou quando se trata de direito à educação, colocando a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento como protegidos pela liberdade de expressão²⁶².

Se voltarmos à discussão doutrinária, podemos notar a compatibilidade desses elementos com a jurisprudência do STF quanto ao que denominamos “moldura central” do conteúdo do direito à liberdade de expressão. Não se pode olvidar, inclusive, que as considerações de ambos adotam as mesmas fontes jurídicas sobre liberdade de expressão, a saber, o texto constitucional, as leis, precedentes e tratados de direitos humanos que o Brasil

²⁵⁵ Remetemo-nos, novamente, ao quadro disposto no Apêndice A.

²⁵⁶ Destacado nos seguintes acórdãos, por pelo menos um ministro: RCL 28.262; ARE 892.127/SP; RCL 15.243/RJ; RCL 16.074/SP; RE 638.360/RJ; RCL 32.052/MS; RCL 31.117/PR.

²⁵⁷ Voto Luiz Fux, RCL 28.747; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ.

²⁵⁸ Voto Rosa Weber (unanimidade), PET 5.956/DF; Voto Rosa Weber, PET 6.268/DF; Voto Alexandre de Moraes, PET 6.268/DF; Voto Rosa Weber, PET 7.107/DF; Voto Marco Aurélio, INQ 4.694. Essa premissa está presente também em alguns casos de discurso político/eleitoral quando envolvem parlamentares.

²⁵⁹ Destacado em todos os casos analisados de discurso de ódio: INQ 4.694, ADO 26 e ADPF 572.

²⁶⁰ ADI 4.451; RCL 31.130; AP 1.021.

²⁶¹ ADI 4.439; RHC 146.303.

²⁶² ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

faz parte. Por conseguinte, há elementos destacados, tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina, que podem ser semelhantes²⁶³.

Ocorre que esses argumentos possuem, preponderantemente, um caráter abstrato e geral. A própria definição do que constitui censura (item iii), isto é, quando ela ocorre e o que de fato veda, ainda é alvo de diversas controvérsias²⁶⁴. A situação em comento nos leva ao seguinte questionamento: a moldura central proposta, que compõe o conteúdo do direito à liberdade de expressão, é capaz de nos indicar, sob uma lógica de coerência argumentativa e, ainda que preliminarmente, qual o caminho a ser adotado pelo STF no julgamento de casos semelhantes sobre esse direito fundamental?

Para tanto, elaboramos um novo quadro (Apêndice C) com as categorias de discurso, seus acórdãos correspondentes, suas conclusões (se decorreram de divergências) e se o julgamento foi favorável²⁶⁵ ou não à liberdade de expressão. Apreciando a visão geral dos casos, focando primeiramente na existência de divergências, do total de 44 (quarenta e quatro) casos, 22 (vinte e dois) acórdãos foram decididos por maioria dos votos. Isso significa que em metade deles há ministros que discordaram da conclusão final dada ao caso. Ademais disso, há 17 (dezessete) acórdãos cujas conclusões restringiram o exercício do direito à liberdade de expressão²⁶⁶, havendo divergência em 11 (onze).

Esses dados são bastante expressivos se considerarmos que há um conteúdo de direito fixado pela jurisprudência da corte, fruto das recorrentes fontes de direito²⁶⁷ utilizadas pelos membros do Supremo. Assim, ainda que exista um conteúdo de direito “consolidado”, esses

²⁶³ Como, por exemplo, a proibição do anonimato (art. 5º, IV, CF/88). Assim, esse limite pode ser abordado pelas discussões doutrinárias e também por algum julgado que tratar do tema (Ex.: RE 1.193.343/SE, em que não fora recepcionada denúncia anônima em desfavor de magistrado, sob esse argumento constitucional).

²⁶⁴ Silva (2021, p. 171) corrobora a existência de controvérsias ainda não solucionadas para definir o que constitui a censura, destacando que a jurisprudência do STF pouco contribui nesse sentido, pois “o tribunal às vezes utiliza um conceito amplo de censura, que inclui até mesmo aquilo que ele próprio chama de ‘censura privada’, que ocorre, por exemplo, quando alguém tenta impedir a publicação de uma biografia; às vezes, no entanto, o STF utiliza o termo como sinônimo de ‘censura governamental’”.

²⁶⁵ A adoção de um posicionamento “pró” ou “contra” a liberdade de expressão nessa pesquisa pode ser considerada “simplista” haja vista que toma como base apenas a existência de limitação ou não ao exercício desse direito fundamental no caso concreto. Não se quer dizer, com isso, que julgador seja literalmente contra ou a favor, pois na maioria dos casos eles afirmam a importância desse direito (sendo “a favor” da garantia desse direito fundamental), ainda que adote posicionamento final que o limite. Assim como não implica juízo de valor sobre se a decisão adotada foi certa ou errada do ponto de vista constitucional, pois essa tarefa excede os limites da presente pesquisa. Porém, é importante considerarmos essas conclusões que possivelmente podem divergir do fixado no conteúdo da liberdade de expressão ou da tendência favorável de julgamento do Supremo à garantia e ampliação desse direito fundamental.

²⁶⁶ Ressalta-se, novamente, que essa afirmação não implica em juízo de valor, haja vista que o direito pode ser restringido pelas hipóteses presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁶⁷ Podemos considerar a Constituição; leis (nacionais e internacionais de direitos humanos); e precedentes nacionais, estrangeiros (principalmente o estadunidense e alemão sobre liberdade de expressão) e internacionais (como por exemplo, da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

dados podem nos levar a questionar se ele é suficiente para garantir certa previsibilidade de como casos futuros sobre liberdade de expressão poderão ser decididos, dando-nos o direcionamento de uma resposta negativa.

No tocante aos casos similares, o agrupamento de julgados em categorias do discurso, cujos elementos fáticos podem ser considerados semelhantes, a resolução dos conflitos levados ao Supremo deveria seguir um padrão lógico-coerente quanto à ampliação ou restrição do direito fundamental nesses contextos. O que há, conforme evidenciado na exposição do capítulo anterior, são as linhas argumentativas desenvolvidas a partir das categorias de discurso, como na liberdade de imprensa em que prevalece a ampliação desse direito, composta por uma maioria. Contudo, o quadro nos indica a elevada quantidade de divergências entre os próprios ministros, as quais, por conseguinte, geram decisões tanto ampliativas quanto restritivas, mesmo havendo situações fáticas semelhantes. Nesse caso temos o exemplo ocorrido no discurso político/eleitoral, em que metade de acórdãos são “pró” liberdade de expressão e metade restringem o seu exercício.

É importante salientar que não estamos em busca de respostas únicas e certas para a resolução de conflitos que envolvam direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, haja vista o caráter complexo e abstrato que estes possuem. Reconhecemos a atividade interpretativa do juízo, que considera princípios e regras previstas no ordenamento jurídico, a fim de ser dada uma solução mais adequada para aquele caso, incluindo a utilização de ponderação de princípios, fruto da teoria alexyniana. Entretanto, ressalta-se a necessidade de coerência²⁶⁸ nas decisões judiciais, a qual decorre de expressa disposição legal²⁶⁹ e é evidenciada, em especial, na solução de casos concretos similares.

Além dos dados apresentados, é importante ilustrarmos a partir de alguns exemplos. Como exemplo geral (sem a divisão por temas), iremos considerar um caso representativo do plenário e um de cada turma do Supremo²⁷⁰, analisando os principais argumentos utilizados

²⁶⁸ A coerência indicada é baseada na concepção de integridade do direito desenvolvida por Dworkin (1999). Ela representa mais do que decidir casos semelhantes de igual maneira, pois visa “expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 1999, p. 264). É assim que o autor apresenta o romance em cadeia, em que os juízes assumem papel de romancistas, consideram o direito como uma história e escrevem os seus capítulos de modo que seja criado um romance unificado, como se fosse obra de um único autor (DWORKIN, 1999, p. 275-279). Com base nisso, podemos dizer que nem sob essa perspectiva de coerência e de integridade do direito as decisões do STF podem ser caracterizadas, pois não haveria um seguimento coerente nas mesmas ocorrências concretas.

²⁶⁹ Art. 926 do Código de Processo Civil: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

²⁷⁰ Esses exemplos foram selecionados levando em consideração o mesmo ano de julgamento, mais recente, e a conclusão majoritária que restringe o exercício da livre manifestação, a fim de observarmos os elementos adotados que podem divergir da “moldura” argumentativa inicial da corte.

nesses acórdãos divergentes e se o voto individual do ministro pode ser considerado “pró” liberdade de expressão²⁷¹.

Exemplo 1: Plenário

ADPF 496, 2020		
Assunto: Sobre a conformidade do crime de desacato com a Constituição de 1988 e a CADH.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Barroso (Relator e voto vencedor)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Instrumentos internacionais não impedem o uso do direito penal em casos sobre liberdade de expressão; - Corte IDH não se manifestou especificamente sobre o Código Penal Brasileiro; - Jurisprudência do STF já assentou a possibilidade de limitações à liberdade; - Proteção da honra da Administração Pública.
Edson Fachin (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Prevalência da Liberdade de expressão; - Valor da livre manifestação deve ser superior à honra da Administração que está sujeita a críticas da opinião pública; - Consequências do tipo penal pode afetar/paralisar o gozo da liberdade de expressão; - Liberdade de expressão integra as leis comuns a toda a humanidade; - Só pode ser afastada quando comprovada falsidade da afirmação, dolo ou negligência extrema do agente; - Desacato é um tipo aberto que não admite distinguir críticas de ofensas.
Rosa Weber (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Posição preferencial da liberdade de expressão; - Garantia do seu núcleo essencial (informar, ser informado, emitir opiniões e críticas); - Critério da Proporcionalidade; - Livre expressão assegura a emissão de ideias que odiamos; - Consequência do tipo penal: paralisar o gozo do direito.
Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Celso de Mello	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Caráter não absoluto da Liberdade de expressão; - Direitos fundamentais não podem ser usados como escudos protetores para fins ilícitos; - Responsabilidade a posteriori em casos de abusos.
Dias Toffoli, Marco Aurélio, R. Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux	Não	- Acompanharam o relator.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 2: 1ª Turma

MS 37.178, 1ª Turma, 2020

²⁷¹ Foram elaboradas tabelas similares para todos os 22 (vinte e dois) acórdãos divergentes, as quais podem ser verificadas no Apêndice C.

Assunto: Manifestação política de Promotor de Justiça em rede social, que ensejou penalidade administrativa pelo CNMP.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Luiz Fux (Relator e Voto vencedor)	Não	- Caráter não absoluto da liberdade de expressão; - Juízo de ponderação; - Validação das considerações do CNMP.
Barroso, Rosa Weber e Alexandre de Moraes	Não	- Conforme relator.
Marco Aurélio (divergente)	Sim	- Importância da livre manifestação para a democracia; - Vedação à censura; - Repressão estatal possível apenas em casos de: incitação à violência ou preconceito odioso; risco de se transformar num pensamento disseminado na sociedade; abusos de direito. - Manifestação não instigou o ódio e não seria capaz de se converter num manifesto de incitação à violência disseminado que afete o corpo social.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 3: 2ª Turma

RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020		
Assunto: Retirada de matéria jornalística que divulgou conversas telefônicas interceptadas e gravadas clandestinamente por terceiros, figurando como interlocutor, um Governador de Estado e candidato à Presidência, à época.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Dias Toffoli ²⁷² (Relator e voto vencedor)	Não	- Não se trata de conflito entre direitos fundamentais, mas de análise de interceptação telefônica sem autorização dos interlocutores; - Cerne é a garantia do sigilo das comunicações telefônicas, e não a ocorrência de limitação da liberdade de imprensa ou censura judicial; - Liberdade jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos (o contrário caracteriza incentivo a práticas delituosas);
Edson Fachin (divergente)	Sim	- Posição preferencial da liberdade de expressão; - Necessidade de haver justificativas para restrição excepcional da liberdade de expressão, com a observância de parâmetros; - Suposta ilicitude da gravação telefônica não afeta a obtenção dessas informações pela imprensa (boa-fé presumida); - Prevalência do interesse público sobre a forma de obtenção, vendando-se a censura prévia.
Celso de Mello (divergente)	Sim	- Reitera a relevância da liberdade de expressão e imprensa para a democracia, evidenciando o interesse coletivo; - Vedação da censura estatal e judicial; - Garantia do sigilo da fonte no exercício da atividade jornalística;

²⁷² Não participou do julgamento a Ministra Cármen Lúcia, por suceder o Min. Dias Toffoli na Segunda Turma.

		- Método da ponderação para avaliar o direito preponderante no caso concreto.
Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski	Não	- Acompanhou a relatoria.

Fonte: Elaborado pela autora.

Em cada exemplo, a despeito do tema distinto, observa-se que há ministros, especialmente os que votaram de modo divergente, que destacam pontos integrantes daquela “moldura” quanto ao conteúdo do direito: a posição preferencial da liberdade de expressão e o cabimento de restrições/ponderação a ser analisada conforme o caso concreto. No entanto, quando analisadas as peculiaridades fáticas, a maioria dos votos adotou posicionamento que limitou o exercício do direito, fugindo à tendência de julgamento favorável do Supremo²⁷³.

No caso 1 (ADPF 496), sobre crime de desacato, os votos divergentes foram do Min. Edson Fachin, que enfatizou a superioridade da livre manifestação em relação à honra da Administração, a qual só pode ser restringida em situações excepcionalíssimas, e da Min. Rosa Weber, que também ratificou a posição preferencial. Os demais destacaram o caráter não absoluto desse direito, que ele não pode ser utilizado como escudo para fins ilícitos e que a honra da Administração pública deve ser protegida.

No caso 2 (MS 37.178), por sua vez, sobre a manifestação de um membro do Ministério Público, o voto vencedor igualmente focou o juízo de ponderação e o caráter não absoluto do direito, considerando o que fora decidido pelo CNMP, porém havendo o voto divergente do Min. Marco Aurélio que se fundamentou na importância da livre manifestação para a democracia e a vedação à censura estatal. Por fim, no caso 3 (RE 628.360/RJ), nota-se que o argumento vencedor retirou do objeto de discussão a ocorrência de limitação da liberdade de imprensa e colocando em pauta o uso criminoso de interceptações telefônicas, ao passo que houve dois votos divergentes que enfatizaram a garantia preferencial da liberdade de expressão e do interesse público e vedação à censura estatal.

²⁷³ Essa tendência mais favorável à liberdade é destaca por Silva (2021, p. 167). No caso da liberdade de imprensa, por exemplo, aponta que, nos últimos anos, o STF a tem restringido “em momentos-chave com mais frequência do que fazia no passado” (SILVA, 2021, p. 172). Podemos confirmar essa afirmação com os dados apresentados: dos 44 acórdãos, 17 restringem a liberdade de expressão. Embora prevaleça a postura mais favorável (mais da metade), não é uma diferença tão discrepante, indicando-nos uma mudança de posicionamento do STF nesses casos.

Com esses exemplos, nota-se que o conteúdo de direito desenvolvido pelo Supremo permite que sejam utilizadas argumentações tanto limitantes quanto ampliativas do direito à livre manifestação do pensamento, utilizando-se as mesmas fontes de direito, como o texto constitucional, os precedentes judiciais (nacional e estrangeiro), inclusive instrumentos internacionais de direitos humanos. A depender da linha argumentativa que o ministro seguirá, são destacados mais uns argumentos do que outros: no caso da ampliativa, “pró” liberdade de expressão, coloca-se em evidência a função democrática do direito e a sua posição preferencial; enquanto na restritiva, frisa-se o seu caráter não absoluto, podendo ser alvo do juízo de ponderação e restrições posteriores²⁷⁴.

Ainda que possamos compreender a moldura como uma espécie de “método” ou de estrutura decisória compartilhada, é notório que ela está assentada em duas pilastras contrastantes: a posição preferencial *versus* o caráter do direito não absoluto que fundamenta o uso da ponderação. Como a moldura precisa ser preenchida por critérios adicionais de interpretação, tendo em vista que as premissas que a integram são dotadas de caráter abstrato, os ministros podem ter maior margem de apreciação para a corte decidir conforme o caso concreto e preenchê-la com elementos que deem ênfase a alguma daquelas pilastras, ora adotando o caráter preferencial, ora a restrição do direito fundamental.

Dessa maneira, como vimos a partir das categorias, nem as semelhanças fáticas estão sendo capazes de indicar o posicionamento da corte sobre liberdade de expressão, dando-nos outros direcionamentos para responder esse problema, como a análise dos critérios interpretativos adotados pela corte, os quais veremos a seguir.

2.2. Em busca de respostas às divergências: critérios interpretativos aplicados aos casos de uma categoria de discurso

Evidenciamos que há, até o momento, uma moldura argumentativa central que compõe o conteúdo de direito à liberdade de expressão desenvolvido pelo STF, porém insuficiente para estabelecer parâmetros decisórios claros para o julgamento de casos similares. Essa afirmação pode ser corroborada por meio da identificação de acórdãos julgados de modo não unânime, ainda que inseridos em temáticas similares (categorias de discurso), evidenciando que essas

²⁷⁴ Importante salientar que há esses argumentos preponderantes, mas não únicos. É possível que um ministro, ainda que adote posicionamento restritivo, mencione, nessa sequência, a função democrática do direito, posição preferencial, caráter não absoluto e a possibilidade de ponderação, com restrições a posteriori. Exemplo: Votos Luís Roberto Barroso e Edson Fachin na RCL n° 22.328/RJ, 1ª Turma, 2018.

pilastras argumentativas podem dar direcionamentos opostos para a interpretação constitucional. Com base nisso, vejamos as categorias de discurso analisadas e a quantidade de acórdãos decididos por votação majoritária entre os ministros, sintetizadas no quadro abaixo:

Quadro 15: Quantidade de acórdãos com divergência e unânimes por categoria de discurso

	CATEGORIAS	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
Acórdãos	Unânime	4	2	2	2	4	1	1	3	0	3
	Há divergência	7	3	1	0	2	3	2	2	2	0
	Total	11	5	3	2	6	4	3	5	2	3

Legenda:

A- Liberdade de Imprensa

B- Tutela da Honra

C- Discurso de ódio

D- Discurso Comercial

E- Discurso Político/Eleitoral

F- Liberdade Religiosa

G- Direito à Intimidade/Privacidade

H- Tutela Penal do Discurso

I- Liberdade de reunião

J- Direito à educação

 Sem divergência

 Divergência superior à metade do total de acórdãos, sendo este último acima de dois.

Fonte: Elaborado pela autora.

Em todas elas, exceto as relativas ao discurso comercial e ao direito à educação, constata-se acórdãos que contêm pelo menos um voto divergente. Nota-se que há áreas de maior incidência de divergências, mesmo em categorias que afirmam de forma reiterada as quatro premissas centrais sobre liberdade de expressão, como a liberdade de imprensa, em que todos os seus onze acórdãos as mencionaram²⁷⁵ (vide Tabela nº 1), porém em sete decisões houve divergência entre os ministros.

A princípio, podemos indicar que o que direciona o julgamento de casos sobre liberdade de expressão é, preponderantemente, os elementos e particularidades fáticas específicas do caso concreto. Entretanto, observando-se sob uma perspectiva interpretativa, e considerando que os elementos da moldura não conseguem responder a ocorrência dessas divergências, podemos indicar que são os critérios aplicados a esse contexto fático que vão ocasionar conclusões distintas entre os ministros.

²⁷⁵ Em razão do nosso foco de pesquisa ser a Corte, e não o posicionamento particular de cada ministro do Supremo, consideramos que pelo menos um ministro cita os quatro argumentos para destacar que o acórdão os adotam.

Para exemplificarmos, indicaremos alguns exemplos²⁷⁶ das categorias que mais apresentaram divergências (mais da metade do total de casos e que a categoria tenha mais de dois²⁷⁷) e, preferencialmente, que obtiveram conclusão limitativa do direito²⁷⁸. As categorias que se enquadram nesses parâmetros são as seguintes, conforme o quadro disposto no Apêndice C: a) liberdade de imprensa; b) tutela da honra; c) liberdade religiosa; d) direito à intimidade/privacidade.

A) Liberdade de imprensa

Iniciando com a liberdade de imprensa, analisaremos quatro acórdãos²⁷⁹: o ARE 892.127, 22018; a RCL 28.262/PI, julgada em 2018; o RE 638.360/RJ, de 2020; e a RCL 32.052/MS, de 2020, todos julgados pela 2ª Turma, com base nos quadros abaixo.

Exemplo 1 – Liberdade de Imprensa:

ARE 892.127/SP, 2018, 2ª Turma		
Assunto: análise de caracterização de situação geradora de dano moral em razão da exposição da imagem de pessoa morta por ferimento de projétil de arma de fogo em via pública em matéria jornalística.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Cármen Lúcia (Relatora e voto vencedor)	Sim	- Julgador de origem tentou substituir o jornalista ao impor o que considera desnecessário, caracterizando indevida restrição censória; - Não houve abuso da liberdade de imprensa, que está assegurada pelo texto constitucional e consolidada pela jurisprudência do STF, vedando-se a censura estatal.
Gilmar Mendes (divergente)	Não	- Destaca a importância da liberdade de expressão no Estado democrático de direito, mas que não é absoluto; - O caso trata de colisão de direitos fundamentais e, a partir de um juízo de ponderação, houve excessos na liberdade de imprensa e violação do direito à imagem do falecido e intimidade dos familiares;

²⁷⁶ Não analisaremos todos os casos em razão da limitação de páginas dessa dissertação. Porém, remetemo-nos ao apêndice C para maiores aprofundamentos por meio da visão de todos os acórdãos divergentes.

²⁷⁷ Na categoria liberdade de reunião, embora tenha mais da metade de acórdãos com divergência, apresenta apenas dois exemplos. Desse modo, a quantidade insuficiente pode prejudicar a análise dos critérios, pois a comparação será menor.

²⁷⁸ Destacamos que é importante avaliar decisões nesse sentido, pois podem ser consideradas “exceção” à regra da tendência de julgamento da corte “pró” liberdade de expressão, como destacado em momento anterior (vide nota 276). Nem todas as categorias, contudo, será possível, como nos casos da liberdade religiosa, em que, do total de casos, apenas um acórdão concluiu pela limitação do direito; do direito à intimidade/privacidade, em que todos os três acórdãos concluíram “pró” liberdade de expressão; e na liberdade de reunião, em que apenas uma decisão limitou o exercício da livre manifestação. Por isso destacamos que será “preferencialmente”.

²⁷⁹ Escolhemos maior quantidade de exemplos nessa categoria em razão do maior número de acórdãos encontrados em relação às demais.

		- Não há divergência com o fixado na ADPF 130, pois ela prevê a responsabilização posterior de excessos na liberdade de imprensa (não absoluta).
Edson Fachin	Sim	- Há colisão de direitos fundamentais ou incidência simultânea; - À liberdade de imprensa foi reconhecida importância maior para a democracia brasileira, com lugar privilegiado; - Maior ônus argumentativo para restringir a divulgação de peças jornalísticas; - Nesse caso, não obstante reconheça a diferença entre impedir a veiculação (a priori) e haver condenação e indenização por danos morais (a posteriori), compreende que nesse caso são semelhantes porque “a fotografia de vítima letal, para ilustrar matéria jornalística, encontra-se no respectivo âmbito de proteção dos direitos às liberdades de imprensa e formação”.
Celso de Mello	Sim	- Afirma a relevante função político-social da liberdade de informação jornalística para a coletividade; - Jurisdição cautelar não pode se converter em prática judicial inibitória; - Indenização por danos morais ao jornal viola o fixado pela ADPF 130; - Reitera que a censura é vedada e incompatível com o sistema democrático; - Exposição de fatos e conceitos, utilizados como elementos materializadores da prática concreta do direito de informar descaracteriza a vontade de ofender a honra de terceiros; - Prevalência do interesse geral de ser informado.
Ricardo Lewandowski (divergente)	Não	- Acompanhou a divergência em razão da exposição da imagem da vítima que gerou abalo à família; - O fato de o cadáver estar em via pública não autoriza a divulgação da imagem sem os cuidados com a intimidade e privacidade.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 2 – Liberdade de Imprensa:

RCL 28.262, 2ª Turma, 2018.		
Assunto: retirada, por decisão judicial, de publicação de um portal de notícias denominado “Portal 180 Graus” que teria violado a honra de terceiros.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (Relator e voto vencedor)	Não	- Embora se tenha alegado violação à ADPF 130, decisão de origem está fundamentada na CF/88 e no Código Civil. - Decisão guerreada não menciona a lei de imprensa, objeto da ADPF 130.
Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski	Não	- Voto conforme o relator.

Celso de Mello (Divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de informação jornalística como direito fundamental e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; - Impossibilidade de censura estatal, incluindo ação inibitória do judiciário; - Discordância com o fixado na ADPF 130; - Profissional da imprensa tem o direito de expender crítica em quaisquer meios, incluindo o digital; - Liberdade de imprensa é um instrumento em favor da coletividade.
-----------------------------	-----	---

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 3 – Liberdade de imprensa:

RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020		
Assunto: Retirada de matéria jornalística que divulgou conversas telefônicas interceptadas e gravadas clandestinamente por terceiros, figurando como interlocutor, um Governador de Estado e candidato à Presidência, à época.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Dias Toffoli ²⁸⁰ (Relator e voto vencedor)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Não se trata de conflito entre direitos fundamentais, mas análise de interceptação telefônica sem autorização dos interlocutores; - Cerne é a garantia do sigilo das comunicações telefônicas, e não a ocorrência de limitação da liberdade de imprensa ou censura judicial; - Liberdade jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos (o contrário caracteriza incentivo a práticas delituosas);
Edson Fachin (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Posição preferencial da liberdade de expressão; - Necessidade de haver justificativas para restrição excepcional da liberdade de expressão, com a observância de parâmetros²⁸¹; - Suposta ilicitude da gravação telefônica não afeta a obtenção dessas informações pela imprensa (boa-fé presumida); - Prevalência do interesse público sobre a forma de obtenção, vendando-se a censura prévia.
Celso de Mello (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Reitera a relevância da liberdade de expressão e imprensa para a democracia, evidenciando o interesse coletivo; - Vedação da censura estatal e judicial; - Garantia do sigilo da fonte no exercício da atividade jornalística; - Método da ponderação para avaliar o direito preponderante no caso concreto.
Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Acompanhou a relatoria.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 4 – Liberdade de imprensa:

²⁸⁰ Não participou do julgamento a Ministra Cármen Lúcia, por suceder o Min. Dias Toffoli na Segunda Turma.

²⁸¹ Utiliza os parâmetros fixados na RCL 22.328, 1ª Turma.

RCL 32.052/MS, 2ª Turma, 2020		
Assunto: Suspensão de matéria jornalística, por decisão judicial, que continha entrevista de Adélio Bispo de Oliveira (processado por desferir facada em Jair Bolsonaro no período eleitoral)		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Gilmar Mendes (Relator e voto vencedor)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Decisão judicial que determina a retirada da matéria jornalística não se fundamenta na revogada Lei de Imprensa, não violando o fixado pela ADPF 130; - Sem restrição da liberdade de imprensa, nem há a ocorrência de censura prévia; - Necessidade de proteção das investigações, do direito ao silêncio e do próprio custodiado (sanidade mental discutível).
Edson Fachin (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Afastamento da liberdade de expressão deve ser excepcionalíssimo e ocorrer a partir do princípio da proporcionalidade; - Profissionais e comunicação social têm o direito de buscar, receber e transmitir informações, sendo possível apenas a intervenção a posteriori em caso de excessos; - Deve-se observar oito parâmetros²⁸², conforme a jurisprudência, para limitar esse direito fundamental e que não são cumpridos nesse caso.
Ricardo Lewandowski	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Embora seja defensor da liberdade de expressão, entende que esse caso cabe <i>distinguishing</i> em razão da sanidade mental do entrevistado; - Constituição não garante a livre manifestação de custodiados, especialmente aqueles que não estão de posse de suas faculdades mentais.
Cármem Lúcia	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Necessidade de considerar a saúde do custodiado como excepcional; - Mas diverge que uma pessoa que tem sua liberdade de locomoção cerceada não a impede de livremente expressar suas opiniões.
Celso de Mello (ausente)	-	-

Fonte: Elaborado pela autora.

Os quatro acórdãos apresentam semelhanças e diferenças nas razões decisórias utilizadas pelos ministros. Como semelhanças: todos eles envolvem a suspensão de matéria jornalística por decisão judicial; e são destacados, por pelo menos um ministro, os fundamentos para a garantia da liberdade de expressão (mesmo aqueles que votaram no sentido de restringi-la, como Gilmar Mendes, no exemplo 1), assim como o que pode limitá-la.

Às diferenças, no entanto, devemos dar maior atenção. Observando os votos que “fogem” à conclusão de ampla garantia da liberdade de expressão, no caso 1, o ministro Gilmar Mendes, acompanhado por Ricardo Lewandowski, destaca, genericamente, o caráter não

²⁸² Vide capítulo 1. Lembra-se que são os mesmos parâmetros adotados pela 1ª Turma no Supremo, no julgamento da Reclamação nº 22.328, a qual não teve divergência.

absoluto do direito fundamental, que colide com os direitos da personalidade, sendo cabível a responsabilização posterior em casos de abuso da atividade jornalística (compatível com a ADPF 130)²⁸³, entendendo que houve excessos nesse caso, a partir das provas juntadas. No caso 2, o voto vencedor (Relator Edson Fachin), ressaltou a alegada inexistência de menção à Lei de Imprensa (objeto da ADPF 130) na decisão de origem e, por esse motivo, não houve a violação do precedente invocado²⁸⁴.

É importante citar o exemplo 3 novamente para compará-lo com o exemplo 4. Ambos concluíram pela restrição do exercício da livre manifestação a partir de um objeto fático envolvido: no primeiro, colocou-se como foco a questão da interceptação telefônica clandestina; no segundo, a sanidade mental do custodiado. Esses foram os dois elementos que retiraram a liberdade de expressão como ponto principal da análise da maioria dos ministros, retirando, até mesmo, a técnica da ponderação (exemplo do voto vencedor do caso 3).

Se formos em busca de uma coerência dos critérios utilizados, não obteremos êxito, tendo em vista que os argumentos se caracterizam por serem genéricos, a partir das circunstâncias fáticas, isto é, com a simples apresentação de que se deve garantir aquele elemento em detrimento da liberdade de expressão, ou que se trata um *distinguishing*. Sob essa perspectiva, não há a preocupação de explicar como esses elementos fáticos justificam a preponderância/escolha de algumas das pilastras da moldura no caso concreto.

Ainda nesses dois últimos exemplos, constata-se a adoção de um padrão de critérios, a partir de um juízo de ponderação, apenas no voto do ministro Edson Fachin, que analisa oito parâmetros estabelecidos na jurisprudência da Corte para identificar se se deve restringir o exercício da livre manifestação de modo proporcional. Esses parâmetros foram estabelecidos no voto no Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Reclamação nº 22.328, pela 1ª Turma, 2018, seguido à unanimidade. Ocorre que não são utilizados pelos demais, não sendo

²⁸³ Com essa afirmação, podemos, inclusive, considerar que o ministro entende ser possível que a atividade jornalística seja suspensa por decisão judicial como medida de restrição *a posteriori* (além das sanções civis e penais cabíveis, e as limitações constitucionais, como a garantia do direito de resposta, etc.). Porém, em muitos julgados, a maioria dos ministros destaca que a restrição *a posteriori* refere-se à responsabilização civil e penal ou por expressa restrição constitucional, não incluindo a retirada de matérias, pois devem ser vedadas as interferências judiciais com juízo valorativo (censura judicial indevida). Essa última conclusão, por exemplo, é ratificada pelo voto vencedor da ministra Cármen Lúcia no mesmo exemplo 1, e voto Rosa Weber no MS 33.028/DF.

²⁸⁴ Destacamos ser comum alegar violação à ADPF 130 nas reclamações sobre liberdade de expressão e, tomando como referência os julgados do período analisado, nenhuma vez há envolvimento da lei de imprensa no caso concreto, não sendo motivo para que a Corte deixe de analisá-lo, como ocorreu no caso 1. Além disso, comparando com os outros acórdãos, o ministro Edson Fachin possui a tendência de julgar casos sobre liberdade de expressão de modo ampliativo, dando destaque à sua função democrática, porém, não seguiu essa linha argumentativa no caso em apreço.

possível considerá-los como pertencentes a um posicionamento unânime da Corte no julgamento de casos similares.

B) Tutela da honra

Para essa categoria, destacamos os três exemplos divergentes: PET 6.268/DF, 1ª Turma, 2018; MS 34.493/BA, 1ª Turma, 2019; e PET 7.107/DF, 1ª Turma, 2019.

Exemplo 1 – Tutela da honra

PET 6.268/DF, 1ª Turma, 2018		
Assunto: Queixa-crime apresentada pelo Senador da República Romero Jucá Filho contra o Senador da República Telmário Mota de Oliveira, acusando-o de praticar calúnia, difamação e injúria a partir da gravação de um vídeo com alegações ofensivas à honra do querelante que fora divulgado nas redes sociais.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Rosa Weber (Relatora e voto vencedor)	Sim	- Palavras foram abarcadas pela imunidade parlamentar, considerando o contexto político; - Jurisprudência do STF reconhece a imunidade parlamentar fora do ambiente congressual, havendo o liame com o exercício do mandato; - Adversidade entre as partes decorre do antagonismo político.
Marco Aurélio (divergente)	Não	- Constituição não permite que a imunidade parlamentar seja utilizada para ofender terceiros de modo deliberado; - Havendo indícios de fraude ou crime, deve-se atuar como parlamentar para apurar o caso e não utilizar as redes sociais para “lavar roupa suja”.
Alexandre de Moraes	Sim	- Ressalta a importância da imunidade parlamentar para a separação dos poderes e garantia da liberdade de expressão, como um direito instrumental; - Manifestações dos parlamentares envolvidos se encontra no âmbito do debate e do antagonismo político; - Garantia do debate democrático.
Luiz Fux e Luís Roberto Barroso	Sim	- Conforme a relatora.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 2- Tutela da honra

MS 34.493/BA, 1ª Turma, 2019
Assunto: Promotor de Justiça que sofreu sanção de advertência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em razão de suas manifestações numa entrevista realizada na rádio Metrópole Salvador/BA sobre o tema “condução coercitiva”, pois teria utilizado linguagem imprópria ao se

referir à opinião pública e que teria tecido críticas exacerbadas à atuação do Juiz Sérgio Moro, além de se referir ao STF e demais tribunais ²⁸⁵ .		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Luiz Fux (relator e voto vencedor)	Não	- Negou provimento destacando que o promotor concedeu entrevista enquanto tal e não como cidadão ou professor universitário; - CNMP atuou conforme diretrizes constitucionais e legais; - Relevância da liberdade de expressão para livre circulação de informações e garantia do regime democrático; - Democracia fundada na presunção de liberdade; - Posição preferencial da liberdade de expressão, mas não é absoluta, sofrendo limitações a partir de juízo de ponderação; - Abuso na liberdade de expressão pelo promotor.
Marco Aurélio (divergente)	-	- Apenas deu provimento ao Agravo Interno para que o STF analisasse a questão mais profundamente.
Rosa Weber, Luís R. Barroso e Alexandre de Moraes	Não	- Acompanharam o relator.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 3- Tutela da honra

PET 7.107/DF, 1ª Turma, 2019		
Assunto: agravo regimental contra decisão monocrática que negou seguimento à queixa crime apresentada por Helder Barbalho em desfavor de Wladimir Rebello, que proferiu alegações supostamente ofensivas à honra e à reputação do querelante numa entrevista à Rádio Jovem FM de Benevides-PA.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Rosa Weber (Relatora e voto vencedor)	Sim	- Ao analisar o tipo penal do delito de calúnia, considerou que a ofensa foi dirigida à família do demandante e não a ele especificamente, não atendendo o tipo “alguém”, nem do tipo de organização criminosa. - Demais expressões foram proferidas no contexto de disputa política, estando abrangidas pela imunidade parlamentar.
Marco Aurélio (divergente)	Não	- Reconhece que a honra do demandante e de sua família foram atingidas com as expressões utilizadas, devendo-se haver o prosseguimento da queixa crime.

²⁸⁵ Narra que a comissão processante teria apurado as condutas do impetrante quando se referiu ao juiz federal Sérgio Moro como “analfabeto” e “midiático, que gosta muito de mídia, de aparecer”, ao tempo em que declarou que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais ignorariam as nulidades praticadas pois “*não têm coragem*” para anulá-las. Na mesma ocasião, ao ser questionado acerca da opinião que a sociedade tinha acerca do suposto envolvimento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva nas práticas criminosas investigadas, declarou que “*noventa por cento da sociedade e merda para mim é a mesma coisa*”. Ato contínuo, ao ser perguntado por determinado ouvinte se ele estaria incluído neste grupo, o impetrante retificou a sua manifestação declarando que “*cem por cento é merda*”, e respondeu que estariam ambos incluídos. (P. 6).

Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes	Sim	- Seguiram a relatora.
--	-----	------------------------

Fonte: Elaborado pela autora.

Em dois desses casos (1 e 3), o contexto de antagonismo político e, portanto, considerado como conexo à atividade parlamentar, é destacado para garantir a primazia da liberdade de expressão, com fundamento na extensão da imunidade parlamentar às palavras proferidas. A imunidade parlamentar, nesses casos 1 e 3, teve o maior peso em relação à proteção da honra dos agentes envolvidos. A prerrogativa constitucional, desse modo, obteve interpretação ampliativa para o contexto digital das redes sociais (caso 1) e num meio de radiodifusão (caso 3)²⁸⁶. Ao passo que no exemplo 2, ainda que se tenha dada a importância ao direito fundamental, concluíram ser cabível a sanção administrativa e disciplinar ao membro ministerial, destacando o seu caráter não absoluto e o cabimento de restrições a partir da ponderação.

Em todos eles constata-se a divergência pontual do ministro Marco Aurélio para que houvesse o prosseguimento das ações, enfatizando que não houve concordância com o apresentado pelos demais ministros. Embora esses acórdãos tenham pouco desenvolvimento quanto ao conteúdo da liberdade de expressão, ainda é possível notar que não foram adotados critérios claros e definidos para serem seguidos pela corte, mesmo a partir de um alegado juízo ponderativo, como no voto vencedor do exemplo 2.

Os outros exemplos, baseados na imunidade parlamentar, também não estabelecem critérios precisos para identificar a sua extensão. É por esse motivo que, ainda que se ressalte premissas centrais sobre liberdade de expressão, a ausência de critérios claros compromete a solução similar de controvérsias envolvendo esse direito fundamental. Como consequência, é possível encontrarmos decisão posterior da turma em situação similar e em sentido contrário: na AP 1.021, 1ª Turma, 2020 (unânime), inserido na categoria do discurso político, a imunidade parlamentar nas redes sociais foi afastada sob a justificativa de existência de crime (difamação, calúnia e injúria) envolvendo os parlamentares²⁸⁷. E ao caso 1, também envolvendo esses tipos penais contra a honra, fora atribuída decisão de modo distinto.

²⁸⁶ Na AP 1.021, 1ª Turma, 2020 (unânime), inserido na categoria do discurso político, por outro lado, o Min. Luiz Fux assevera que a imunidade parlamentar não protege o uso de fraudes que alteram a verdade da informação e que visam desqualificar alguém. Nesse caso, a imunidade parlamentar nas redes sociais foi afastada.

²⁸⁷ O Min. Luiz Fux (relator e voto vencedor) assevera que a imunidade parlamentar não protege o uso de fraudes que alteram a verdade da informação e que visam desqualificar alguém. No mesmo sentido, a ministra Rosa Weber indicou que “A conduta comprovada pelos elementos probatórios arrecadados na instrução criminal distancia-se

C) Liberdade religiosa

Para a liberdade religiosa, analisaremos dois acórdãos, conforme quadros abaixo.

Exemplo 1 – Liberdade religiosa

ADI 2.566 2018		
Assunto: Proselitismo religioso em rádios comunitárias.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Alexandre de Moraes (Relator e voto vencido)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Rádio comunitária não é compatível com proselitismo; - Vedação ao proselitismo busca preservar o respeito entre os membros da comunidade e o efetivo exercício da livre manifestação; - Não há censura com a norma que busca ampliar as informações, sem sectarismos; - Proselitismo seria antítese da liberdade; - Distinção entre as rádios comunitárias e os demais meios de comunicação.
Edson Fachin (Redator)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão só pode ser limitada para assegurar respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas; - Proselitismo está na essência das religiões; - Limite ao proselitismo somente em casos de violência, ódio ou discriminação.
Barroso (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de desligar a rádio; - Riscos à liberdade de expressão são mais combatidos pela sua ampliação e não o inverso; - Posição preferencial da liberdade de expressão (não absoluta); - Vedação à censura prévia. - Possibilidade de responsabilidade posterior, em casos de abusos.
Rosa Weber (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Proselitismo está abarcado na liberdade religiosa; - Dupla dimensão da liberdade de crença: interior, consciência religiosa; exterior, manifestação, ensino e prática; - Discurso só pode ser restringido para preservar: segurança, ordem, saúde ou moral públicas, direitos e liberdades de outrem, grupos vulneráveis; ou vedar fraudes ou incitação à violência; - Não há monopólio das rádios comunitárias, pois existem os demais meios de comunicação.

completamente do regular exercício do mandato parlamentar. A veiculação de fraude para imputar a adversário político pronunciamento inverossímil, ao contrário de protetiva da atuação parlamentar, é potencialmente danosa para a democracia, pois tem a capacidade de inibir que as discussões no Parlamento ocorram em toda a extensão necessária à maturação do debate público, embarçando a atuação pública dos representantes eleitos”.

Luiz Fux (conforme relator)	Não	- Liberdades comunicativas, que garantem a livre manifestação e pensamento; - Democracia e soberania popular, com direito à informação e pluralismo político; - Proselitismo afirmaria a desigualdade, afetando segmentos de menor expressão econômica ou social;
Marco Aurélio e Cármen Lúcia (divergentes)	Sim	- Dispositivo revela censura.
Lewandowski (divergente)	Sim	- Proselitismo é uma expressão de caráter indeterminado; - A CF/88 assegura a mais ampla liberdade de expressão e também de comunicação por parte da mídia em geral.
Celso de Mello (divergente)	Sim	- Ratifica os posicionamentos sobre a liberdade de expressão e democracia, a possibilidade e posterior apreciação do judiciário em caso de abuso de direito, mas sem interferência estatal indevida.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 2 – Liberdade religiosa

RHC 146.303, 2ª Turma, 2018		
Assunto: Manifestação de líder religioso sobre outras religiões.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (Relator e voto vencido)	Sim	- Importância da liberdade de expressão e liberdade religiosa; - Estado não pode censurá-las; - Caráter universalista das religiões; - Impedir o proselitismo afetaria o núcleo essencial da liberdade religiosa; - Punição criminal só é possível se completadas três etapas ²⁸⁸ : juízo cognitivo de reconhecimento das diferenças; juízo valorativo de efetivar hierarquizações; juízo de necessária exploração, escravização ou eliminação do outro grupo tido como inferior; - Discurso de ódio seria punido mediante as três fases cumulativas;
Dias Toffoli (Redator)	Não	- Concorda com a relação da liberdade de expressão e liberdade religiosa; - Mas há necessidade de garantir a tolerância e harmonia entre as religiões, ante à multiplicidade de crenças/descrenças; - Discurso religioso (próprio da crença) Vs. Discurso sobre crença alheia (finalidade de desmerecimento); - Combate à intolerância religiosa; - Discurso não tinha a finalidade do proselitismo.

²⁸⁸ São as fases utilizadas pelo Min. Fachin no RHC 134.682/BA, em 29/11/2016; São adotadas pelo: Voto Marco Aurélio, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694.

Lewandowski	Não	- Discurso se caracteriza como odioso, pois não respeita a harmonia social, fraternidade e solidariedade.
Gilmar Mendes	Não	- Liberdade de expressão não é absoluta; - Respeito às convicções alheias; - Proibição de discurso que incite o ódio.
Celso de Mello	Não	- Regimes democráticos não podem conviver com a intolerância e comportamentos de ódio; - Liberdade religiosa é incompatível com intolerância; - Incitação ao ódio contra qualquer pessoa ou grupo não está garantida pela livre manifestação; - Há direito ao dissenso, desde que não seja abusivo; - Liberdade de expressão não legitima propósitos criminosos como expressões de ódio público; - Proteção de grupos minoritários.

Fonte: Elaborado pela autora.

Em ambos os exemplos é possível notar a referência à importância da liberdade de expressão sob o viés da liberdade religiosa. No caso 1, é interessante notar que, assim como o voto vencedor (constitucionalidade do proselitismo religioso), o vencido destaca a garantia desse direito fundamental. No voto vencedor, no entanto, destacou-se alguns parâmetros: que a liberdade de expressão só pode ser limitada para assegurar respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas; e ante à ocorrência de violência, ódio ou discriminação. E a ministra Rosa Weber, que votou conforme o redator, destacou, além desses, que o discurso só pode ser restringido para preservar direitos de grupos vulneráveis e para vedar fraudes.

No caso 2, em que, além da liberdade religiosa e da liberdade de expressão, também trata da análise de discurso de ódio, é possível identificar a tentativa de estabelecimento de critérios pelo ministro Edson Fachin para sua caracterização, baseado na identificação de três fases. Essas fases já estiveram presentes em outros julgados, porém esses critérios não são utilizados pelos demais ministros do exemplo 2, os quais concluíram pela limitação da liberdade de expressão e cujo redator apresenta outros fundamentos (distingue discurso religioso de discurso sobre crença alheia pelo critério do desmerecimento) que, apesar de ser voto seguido pela maioria dos ministros, essa maioria não adota esses mesmos critérios.

D) Direito à intimidade/privacidade

Mais dois exemplos serão dados, a partir da categoria do direito à intimidade/privacidade.

Exemplo 1 – Direito à intimidade

ADI 129, 2019		
Assunto: Norma sobre o caráter sigiloso de movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais de agentes públicos.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (relator e voto vencedor)	Sim	- Restrição ao acesso às informações públicas nas seguintes hipóteses: (i) com previsão legal, (ii) proteção da intimidade e segurança nacional e (iii) haja necessidade e proporcionalidade; - Direito à publicidade torna viável o acesso à informação pública, que é corolário da liberdade de expressão; - Publicidade é a regra, sigilo é excepcional; - Liberdade ampla de acesso às informações públicas, restrições são excepcionais.
Gilmar Mendes (divergente)	Não	- Direito à publicidade não pode ser garantido indiscriminadamente para não afetar direitos individuais constitucionais ou que comprometem a segurança do Estado;
Alexandre de Moraes (divergente)	Não	- Segurança nacional e do Estado como hipóteses constitucionais possíveis de mitigar o acesso à informação, seja ele de interesse público, individual ou geral.
Dias Toffoli, Roberto Barroso e Rosa Weber (divergentes)	Não	- Acompanharam a divergência.
Lewandowski, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux	Sim	- Acompanharam o relator.

Fonte: Elaborado pela autora.

Exemplo 2 – Direito à intimidade

RE 685.493, 2020	
Assunto: Conflito entre liberdade de expressão e de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro. Divulgação de conversas telefônicas interceptadas supostamente de modo ilegal e que detinham interesse público ²⁸⁹ .	

²⁸⁹ Ação que busca reparação por danos morais em razão de declarações veiculadas no episódio que ficou conhecido como “grampo do BNDES”, visto que foram publicadas conversas telefônicas entre o então Ministro das Comunicações e Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, obtidas de forma clandestina.

Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Marco Aurélio (relator)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão quase absoluta aos cidadãos, que assume posição preferencial e é considerado direito de primeira grandeza na ordem constitucional; - Agentes políticos do Executivo também possuem imunidade, mas não absoluta; - Necessidade de equilíbrio entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão, reconhecendo que os servidores públicos possuem nível de proteção à privacidade inferior à dos cidadãos comuns, tendo a esfera de privacidade reduzida já que estão expostos à crítica popular; - Interceptação telefônica ilegal é grave, mas houve interesse público na divulgação das informações sobre lisura de um processo licitatório.
Luiz Fux	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão assume posição de destaque na ordem constitucional; - Há limites a ela em casos específicos, como o discurso de ódio e em situações de abuso, assegurando-se meios de reparação, como o direito de resposta e indenização; - Livre manifestação assume contornos especiais quando se trata de agentes políticos, havendo maior relativização dos direitos da personalidade; - Contexto de disputa política e relação com o exercício da função pública; - Análise de três critérios: (i) quem foi o emissor da manifestação; (ii) em que ambiente ela foi exteriorizada; (iii) em qual contexto foi proferida. A partir disso, concluiu que a manifestação estava conexas ao exercício do cargo.
Edson Fachin	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão como foco numa sociedade democrática; - Contexto de disputa política; - Alegações proferidas no exercício do cargo público; - Dever de informação à sociedade.
Alexandre de Moraes (divergente em relação à tese fixada)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Não há previsão expressa de imunidade material para ministros de Estado em face de suas opiniões e palavras no exercício de suas funções; - O regime de imunidades constitucionais não comporta interpretação ampliativa; - A jurisprudência do STF é no sentido de que a liberdade de expressão é limitada por outros valores como os direitos da personalidade; - Havendo colisão de direitos fundamentais, o intérprete deve utilizar o “princípio da concordância prática ou da harmonização”, tentando equilibrar/harmonizar os direitos sem sacrifício total de algum deles (em outras palavras, a ponderação); - Normas que estão também inseridas em tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao ser humano.
Rosa Weber (acompanhou a divergência de tese)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Acompanhou a divergência.

Fonte: Elaborado pela autora.

No caso 1, com placar de 6x5, houve a fixação de parâmetros pelo voto do ministro relator para analisar a possibilidade de restrição do direito à informação, os quais não foram observados, a partir de um juízo de proporcionalidade. A segurança nacional e do Estado, e os direitos individuais constitucionais, por outro lado, foram os elementos que justificaram a divergência. No caso 2, por seu turno, há a divergência quanto a extensão da imunidade parlamentar para ministro de Estado e quanto à proteção do direito à intimidade em contexto que envolve o interesse público. Frise-se que abordagem similar fora realizada no contexto de interceptação telefônica também considerada ilegal e que teve conclusão distinta do exemplo 2²⁹⁰.

Observa-se que em ambos os casos há desenvolvimentos no sentido de que a liberdade de expressão não é absoluta e que comporta limitações. Entretanto, as divergências ocorrem quanto à fixação da extensão dessas limitações, não havendo critérios exatos para aferir a limitação legítima. No caso 1, foram atribuídas à segurança nacional e a garantia de direito individuais o motivo legítimo para limitar o acesso à informação, ainda que contenha interesse público, geral ou individual. No caso 2, por outro lado, a liberdade de expressão fora garantida em decorrência do interesse público das informações, a partir da premissa que os agentes públicos possuem nível de proteção inferior de privacidade em relação ao cidadão comum, pois estão sujeitos à crítica e as funções que desempenham contém interesse coletivo. Nesse último, portanto, há uma questão política (fundamento eleitoral democrático).

As discrepâncias entre os casos similares são notórias. Os critérios utilizados, ou a ausência deles, para solução de casos sobre liberdade de expressão no STF não se mostram uniformes nem unânimes entre as categorias de discurso. As decisões são tomadas a partir da adoção de critérios individuais, pela soma desses critérios opostos, complementares e, em menor escala, iguais (apenas entre alguns ministros e em quesitos pontuais), os quais acidentalmente convergem num resultado majoritário²⁹¹.

Não obstante num primeiro momento seja possível identificar um conteúdo de direito aparentemente unânime entre os ministros, com a adoção de uma estrutura inicial de votos similar (“moldura central” argumentativa, composta por suas quatro pilastras abstratas), ainda é perceptível os desafios a serem enfrentados quanto à capacidade de previsibilidade e coerência

²⁹⁰ Remetemo-nos ao RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020, cujas considerações foram realizadas nos exemplos da categoria da liberdade de imprensa.

²⁹¹ Mesmo em decisões consideradas unânimes, não podemos dizer que os critérios adotados pelos ministros são os mesmos.

das decisões²⁹². Frise-se que, inclusive, conforme demonstrado, há duas pilastras que podem ser opostas, da posição preferencial do direito e do seu caráter não absoluto que admite ponderação, de modo que o ministro pode optar por destacar uma em detrimento da outra em sua construção argumentativa, que considerará o contexto e elemento factual²⁹³.

Seja nos juízos inferiores, quanto superiores, ainda não foram estabelecidos padrões jurídicos manejáveis²⁹⁴ que possam ser utilizados para auxiliar a atividade jurisdicional, ainda que nos últimos anos tenha-se dado mais atenção a precedentes, sobretudo com o efeito vinculante de decisões do Supremo, decorrente do efeito *erga omnes* conferido a decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Ao invés de estarmos diante de uma jurisprudência coesa, que dê força às garantias e direitos fundamentais constitucionais, temos um conjunto de decisões que se embasam em posições teóricas aparentemente similares, mas que dão oportunidades para ora se decidir de uma forma, ora de outra, situação que pode ser observada dentro da mesma Corte Suprema com o posicionamento distinto de seus ministros, o que agrava ainda mais o problema posto.

É nesse contexto que há um papel fundamental a ser desempenhado pela dogmática jurídica: empreender esforços argumentativos para desenvolver os critérios das premissas/pilastras da moldura que são destacadas para limitar ou ampliar o exercício do direito à liberdade de expressão. Vimos que, além de premissas abstratas, há a sua complementação com outros fundamentos também abstratos, como a indicação de “contextos ou antagonismos políticos” para justificar a proteção do discurso político; a não inserção do discurso de ódio no âmbito de proteção da livre expressão para limitar o direito, sem os parâmetros comuns e necessários, entre os membros da corte, para identificá-lo; a menção à garantia da segurança nacional como uma de suas limitações, sem ressaltar os seus elementos caracterizadores; ou, ainda, quando há colisão com os direitos da personalidade, adota-se o critério ponderativo, sem estabelecer justificativas uniformes que garanta a preponderância de um sobre o outro, além de outros exemplos evidenciados no decorrer deste capítulo.

²⁹² Destacamos a previsibilidade como implicação da coerência jurisprudencial, sob uma perspectiva de direito como integridade desenvolvido por Dworkin (1999). Dessa maneira, as semelhanças factuais concretas demandarão um modo igualmente semelhante de decidir. Frise-se, contudo, que não defendemos o “engessamento” jurisdicional de que só se deve decidir de uma única maneira, mas tão somente que as novas decisões devem observar os precedentes e a construção argumentativa já desenvolvida, sob uma lógica de coerência.

²⁹³ É importante rememorar que a moldura fora evidenciada a partir de uma visão ampliada do acórdão, isto é, as quatro pilastras foram identificadas com o uso de um ou mais elementos de pelo menos um ministro no mesmo acórdão. Em outras palavras, não significa que todos os onze ministros adotaram todas elas num mesmo julgado, podendo evidenciar, por exemplo, a posição preferencial e, posteriormente, em outro caso, o caráter não absoluto do direito que comporta ponderação.

²⁹⁴ O termo “padrões jurídicos manejáveis” é desenvolvido por Fallon (2005).

A função democrática do direito à livre expressão é apresentada pelos ministros de modo enfático em grande parte das decisões, expressa ou implicitamente, a fim de destacar a sua importância, garantia e efetividade desse direito fundamental no meio social. Sob essa perspectiva instrumental, portanto, os ministros desenvolvem o fundamento de suas decisões. Ocorre que não há a preocupação de ser estabelecido um conceito de democracia e o seu significado na jurisprudência da Corte, ao revés, é possível perceber que os ministros citam os elementos que a compõem como se existisse um conceito pressuposto e unânime de democracia entre eles.

Uma hipótese explicativa para essa ocorrência poderia estar relacionada ao objeto da decisão: como se trata de liberdade de expressão, não haveria necessidade de explorar profundamente questões conceituais atinentes à democracia. Porém, por ser constantemente mencionada, consideramos que deveria ser aprofundada pela dogmática, assim como investigar a hipótese apresentada, na medida em que o fundamento democrático pode influenciar as justificativas posteriores para a tomada de decisão final.

Conforme frisado, há duas justificativas centrais para a liberdade de expressão: a intrínseca ou constitutiva, e a instrumental. Não obstante haja menção à constitutiva por alguns ministros, evidenciando a autonomia individual e a formação de opiniões dos cidadãos, vinculada à dignidade da pessoa humana, é notória a prevalência da instrumental, sob o viés democrático. O STF, desse modo, evidencia qual justificativa adota como a principal, sendo imperioso que estabeleça as bases conceituais para seguir nessa linha argumentativa. Essa postura, por sua vez, pode justificar a tendência decisória preferencial do tribunal em favor das instituições que gravitam em torno do Estado, com a proteção da imprensa (fiscalizadora da ação política), das imunidades parlamentares e da administração pública (incluindo a sua honra, ainda que esteja numa posição de maior crítica social) e da segurança nacional em detrimento das liberdades individuais.

A existência de uma moldura central argumentativa sobre a liberdade de expressão na jurisprudência da Corte pode nos indicar que ela, em alguma medida, está em busca de critérios racionais para solucionar as demandas judiciais levadas a ela. Pode-se argumentar, portanto, que haveria um padrão judicial se considerarmos apenas essa característica específica. Entretanto, resta indene de dúvidas que esses padrões estão sujeitos à interpretação, corroborado pelo abstrativismo de suas premissas, cuja consequência é a aplicação nem sempre coerente na solução de casos faticamente semelhantes. Talvez essa característica seja decorrente da natureza da maioria das ações levadas ao Supremo, majoritariamente advinda do controle abstrato de controle de constitucionalidade, como as ADPFs e, ainda que consideremos as reclamações

constitucionais, elas fundam-se em critérios jurídicos desenvolvidos pelo Supremo e não em fatos.

Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de complementação dos parâmetros adotados, buscando-se critérios uniformes entre os ministros, que sejam válidos para situações similares, bem como investigar as hipóteses que podem explicar esse modo decisório da Corte, haja vista que a moldura é insuficiente e na etapa interpretativa posterior, com a adoção dos critérios interpretativos distintos, ainda que em temáticas próximas, a leitura estrita dos votos não nos permitiu explicar as escolhas adotadas. O que nos remete, novamente, à função da dogmática jurídica nessa tarefa, que se caracteriza, de acordo com Rodriguez (2012), como um conjunto organizado de conceitos e raciocínios, os quais são provenientes de leis, institutos, princípios jurídicos e das próprias decisões do STF.

Ademais, ela deve acompanhar a jurisprudência. Por exemplo, no tocante à produção doutrinária sobre o tema, exposta no início do presente capítulo, cumpre observar que ainda não conseguiu destacar as minúcias da perspectiva do Supremo quanto ao conteúdo da liberdade de expressão, sobretudo quanto à justificativa que adota: na doutrina são enfatizadas ambas, em igual proporção, tanto a instrumental, quanto a constitutiva. Porém não corresponde à visão instrumental preponderante que está sendo desenvolvida atualmente. Por conseguinte, os critérios interpretativos nem sempre são evidenciados, nem a discrepância entre eles.

A dogmática desenvolve diversos assuntos sobre o direito à livre manifestação, a partir das fontes de direito existentes. Com posição relevante, colocamos a jurisprudência, que nem sempre é adotada por ela completamente, haja vista serem selecionados exemplos desacompanhados de explicação ou justificativa, assim como os seus critérios interpretativos decisórios não são apresentados em sua integralidade. Geralmente os casos emblemáticos, como a ADPF 130 ou o caso Ellwanger (HC 82.424/RS) são os mais citados, esquecendo-se como estão sendo julgados os casos posteriores, a fim de evidenciar se foram mantidas ou não as bases interpretativas daqueles precedentes.

De fato, esses casos são importantes por terem formado parâmetros decisórios na jurisprudência da corte sobre o tema, contribuindo na construção do conteúdo do direito. Todavia, não podemos dizer que são os mesmos para todos os casos similares atualmente, pois, ainda que sejam referenciadas as suas ementas, não implica afirmar que o precedente fora observado²⁹⁵. Em resumo, a postura da Corte brasileira para os casos sobre liberdade de expressão identificados nessa dissertação segue essa sequência. A leitura jurisprudencial nos

²⁹⁵ Sobre o tema, ver Magalhães e Silva (2014).

permite chegar a essas conclusões. Porém, a atividade jurisdicional ocorre a partir de diversos elementos que a permeiam, para além do que está escrito nas decisões. E eles podem impactar o direcionamento adotado por um tribunal. Por essa razão, faremos algumas considerações sobre o tema no capítulo seguinte.

3. FATORES INTERNOS E EXTERNOS À CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO STF

A jurisprudência do Supremo sobre liberdade de expressão nos indicou que há elementos gerais quanto ao conteúdo desse direito fundamental, que vem sendo adotado na medida em que mais casos são levados à corte para se posicionar sobre as temáticas que o envolvem. A grande quantidade de julgados, a despeito de haver uma base argumentativa reiterada, em razão do seu caráter geral e abstrato, ainda não nos permitiu identificar um posicionamento uniforme e coerente do STF, nem quando compartilham fatos semelhantes, incorrendo na adoção de critérios aleatórios em grande parte das decisões.

Essa ocorrência pode estar relacionada ao procedimento interpretativo adotado pelo Supremo, com as suas respectivas fases. Como exemplo decisório de um tribunal, podemos indicar o modo de decidir da Corte IDH²⁹⁶, que segue as etapas a seguir: na primeira fase se estabelece uma “moldura interpretativa” para o caso; na segunda, fixa-se os critérios a serem adotados; e na terceira, os critérios são aplicados ao caso conforme as circunstâncias e contexto fático. Exemplificando: no *Caso Fontevecchia e d’amico Vs. Argentina*, a Corte IDH destacou o conteúdo do direito à liberdade de expressão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seus precedentes, indicando a sua abrangência e limites; fixou três critérios para o caso (legalidade; finalidade e idoneidade da medida; e necessidade); e, por fim, aplicou esses critérios conforme o contexto fático.

No âmbito do Supremo, se cada ministro segue seus próprios critérios para decidir uma demanda sobre liberdade de expressão, ainda que haja um padrão (moldura central), há discrepância posterior (com esses distintos critérios individuais), inviabilizando-se a identificação de um conteúdo de direito sólido, no sentido de ser capaz de orientar magistrados (incluindo os próprios membros do Supremo) em decisões posteriores, com fundamento, características, critérios e limites definidos, tal como realizado pela Corte IDH. Essa conclusão pode ser observada a partir da análise jurisprudencial desenvolvida até aqui, levando-nos à reflexão quanto aos motivos que geram as mencionadas divergências e que impedem a identificação de uma unanimidade acerca dos elementos específicos que envolvem o direito à livre manifestação²⁹⁷.

²⁹⁶ Frise-se que essa analogia não implica sugerir que o Supremo deva decidir dessa forma ou que pressuponha ser a melhor, mas tem por objetivo dar o exemplo de um modo de decidir, a fim de subsidiar a hipótese explicativa.

²⁹⁷ Alguns exemplos: 1- caracterização de discursos de ódio que ensejam reprimenda penal e que não está protegido pela liberdade de expressão; 2- quais os parâmetros que definem os contextos políticos capazes de excluir a responsabilização de agentes políticos, sob a justificativa de o discurso estar protegido pela imunidade parlamentar,

As fontes de direito, compostas pela doutrina, leis, texto constitucional, instrumentos internacionais (convenções, tratados, etc.), direito comparado e jurisprudência (seja nacional ou estrangeira), são o fundamento principal das decisões judiciais e permitem que o julgador construa a linha argumentativa que pretende seguir na solução daquela lide. Embora sejam essenciais, é possível observar que apenas a análise jurisprudencial (que verifica o texto escrito das decisões) não consegue responder todas as dificuldades encontradas, pois não são observadas maiores preocupações com o estabelecimento de parâmetros objetivos e específicos.

A pesquisa empírica da jurisprudência, nesse sentido, mostra-se insuficiente para analisarmos todos os elementos de uma decisão da Corte brasileira e a construção da sua argumentação. É por isso que a práxis jurisprudencial deve ser complementada com outros campos²⁹⁸, assim como a construção dogmática sobre o conteúdo do direito à livre manifestação. Ambas ainda não lograram êxito na identificação de um conteúdo capaz de estabelecer padrões jurídicos manejáveis aptos a solucionar coerentemente casos semelhantes e, por conseguinte, de formar precedentes consolidados, pois a simples menção à moldura de justificativas ou “moldura central” é insuficiente. A quantidade expressiva de acórdãos com divergências corrobora essa conclusão.

Pode-se argumentar que uma das hipóteses para essa ocorrência tem relação direta com a interpretação constitucional realizada no processo de compreensão e atribuição de significado ao que está escrito no texto da Constituição²⁹⁹. Não se pode olvidar que essa tarefa é complexa na medida em que os dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que garantem direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, são concisos e com poucos detalhes, regulando temas que ensejam divergências profundas e desafios interpretativos, como ocorre em constituições de outros países e na brasileira, ao menos na parte específica sobre os direitos fundamentais (SILVA, 2021, p. 54-55).

A interpretação da norma constitucional (sobre o direito fundamental) para aplicá-la e garanti-la no caso concreto demanda “esforço” argumentativo por parte do intérprete-juiz, distinguindo-se daquela clássica atividade subjuntiva de mero aplicador da lei ou “boca da lei”. A partir da presença de dispositivos com aquelas características na Constituição, assim como

ainda que esteja fora do ambiente congressual; 3- como identificar os elementos que consideram um discurso não discriminatório (não odioso), em razão de estar inserido em parâmetros religiosos e, portanto, protegido pela liberdade de expressão religiosa.

²⁹⁸ Alexy (2015), no âmbito da sua teoria sobre direitos fundamentais, adota três dimensões, a empírica, a analítica e a normativa, como exposto na parte inicial da presente dissertação.

²⁹⁹ Silva (2021, p. 54) esclarece que esse processo constitui em atribuir significado à norma, e não “descobrir”, a partir da utilização de critérios que podem justificar distintas e diversas classificações e decisões, visto que “a norma está ligada ao texto, mas não é o próprio texto”, consistindo no “produto da interpretação do texto”. Para aprofundar o tema, ver Silva (2005).

em decorrência da sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, coube a eles exercerem um juízo “criativo” no processo de interpretação, porém guiados por regras e/ou métodos interpretativos próprios.

A fim de ilustrar a complexidade dessa tarefa interpretativa, remetemo-nos a algumas classificações e tipologias identificadas pela literatura constitucional. Por exemplo, Silva (2021, p. 55-56) destaca quatro tipos de interpretação: *i*- linguística, que busca o sentido da palavra; *ii*- a sistemática, guiada pela ideia de unidade constitucional e que pode utilizar outras fontes normativas para complementar a interpretação (sem deixar de lado a concepção de unidade); *iii*- teleológica, procurando atribuir sentido aos dispositivos constitucionais a partir de seus objetivos expressamente previstos no art. 3º, incisos I a IV; *iv*- genética ou histórica, que utiliza debates legislativos para elaboração do dispositivos constitucional³⁰⁰.

Sob essa perspectiva, o tipo de interpretação adotado (ou aquele que prepondera) pode gerar efeitos diretos na solução de uma lide. Retomando alguns exemplos analisados sobre liberdade de expressão, podemos destacar que alguns deles são identificados a partir das arguições dos ministros em seus votos. De modo geral, a linguística e a sistemática, embora não expressamente indicadas, costumam ser utilizadas com exposição do sentido linguístico da norma analisada e com a referência a outras fontes de direito sobre liberdade de expressão (exemplo: instrumentos internacionais de direitos humanos, como a CADH), respectivamente. E a genética ou histórica em alguns casos também pode ser observada com a referência a debates ocorridos na assembleia constituinte ou com a menção genérica sobre a vontade do constituinte, buscando-se o sentido originário da norma para aplicá-la ao caso concreto³⁰¹.

É possível notar que essas tipologias estão presentes de forma concomitante nos acórdãos do Supremo, porém as primeiras se apresentam em maior proporção. Se fôssemos seguir por esse caminho para explicar as divergências presentes na jurisprudência da Corte brasileira, a identificação de uma tipologia diferente da preponderante em determinado caso não contribuiria para explicar suas ocorrências. Por exemplo, notamos que prevalece a

³⁰⁰ Importante salientar que há outros instrumentos interpretativos geralmente listados pela literatura constitucional brasileira, associando princípios e métodos de interpretação constitucional, como os princípios da unidade constitucional, “da concordância prática, da conformidade funcional, do efeito integrador e da força normativa da constituição; e os métodos hermenêutico clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador [...]”, entretanto, “sua aplicabilidade nunca é demonstrada ou ilustrada por meio de exemplos concretos”, nem são apresentadas as vantagens para que sejam utilizadas e, assim, tornam-se sem efeitos práticos no âmbito da atividade interpretativa (SILVA, 2021, p. 57-58; SILVA, 2005).

³⁰¹ Como exemplo, podemos apontar os votos do ministro Celso de Mello sobre liberdade de imprensa, em que buscou destacar a vedação à censura desde os debates ocorridos na Assembleia Geral Constituinte (RCL 28.262, 2ª Turma, 2018; ARE 892.127, 2ª Turma, 2016; ADPF 548). Além desses, há, inclusive, a menção à vontade originária do constituinte no: voto do Luiz Fux, no RE 685.493, 2020; voto do Alexandre de Moraes, no RE 685.493, 2020; e voto Gilmar Mendes, na ADI 5.852.

interpretação sistemática e linguística, porém fora referenciada a vontade do constituinte (genética) para a solução de um caso (vide nota 307). No decorrer da decisão, contudo, continuam sendo destacados elementos abstratos e genéricos previstos nas normas sobre liberdade de expressão, recaindo no mesmo diagnóstico quanto ao conteúdo de direito³⁰².

Essas considerações são importantes para enfatizar a complexidade da atividade interpretativa das normas constitucionais, distinguindo-se daquela realizada com as leis ordinárias, “que em grande medida tem como objetivo guiar condutas ou decidir controvérsias concretas” e, em contrapartida, “a posição hierarquicamente superior da constituição faz com que parte importante da tarefa interpretativa ocorra em debates abstratos sobre a compatibilidade das leis com ela” (SILVA, 2021, p. 58).

Nesse contexto, Barroso e Barcellos (2005, p. 275) elucidam que as cláusulas constitucionais dão diferentes possibilidades interpretativas e, assim, “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma” para solução constitucionalmente adequada, e é por isso que se fala dos termos “nova interpretação constitucional”, ponderação de valores e teoria da argumentação. Os fatos e o intérprete ficam bem mais conectados no processo de interpretação constitucional, não sendo mais possível identificar a solução de conflitos constitucionais somente por meio da norma, pois os elementos do caso concreto que indicarão ao intérprete a “vontade constitucional”, devendo ser considerado o impacto que produzirá sobre a realidade (BARROSO; BARCELLOS, 2005, p. 276).

A existência de única resposta correta fica inviável nesse modelo de interpretação constitucional em que o juiz assume posição basilar para dizer a vontade da norma, o que permitiria ao sistema constitucional progredir ou retroceder sem alterações legislativas, tendo em vista que o sistema jurídico é aberto e inexistente direito fundamental absoluto³⁰³. Desse modo, há uma linha argumentativa específica, como indicada por Barroso e Barcellos (2005), em que a interpretação constitucional boa é aquela que seja coerente e aberta, haja vista que assim

³⁰² É possível retornarmos àquela consideração quanto à preponderância do tipo de procedimento levado à Corte, sendo a maioria pela via abstrata e, por conseguinte, há menor atenção para vincular esses pressupostos abstratos aos elementos factuais do caso concreto.

³⁰³ Barroso e Barcellos (2005, p. 283) destacam que “um princípio tem alcance e sentidos mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras” e igualmente possuem um espaço de indeterminação cabível ao intérprete para que ele demarque o seu conteúdo a partir de sua concepção ideológica ou filosófica, colocando como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana. A grande questão, no entanto, é identificar esse conteúdo mínimo e essencial considerando a margem de apreciação do julgador e a necessidade de coerência jurisprudencial, como observado nesta pesquisa.

poder-se-ia ganhar previsibilidade e, ao mesmo tempo, experimentar progressos ou retrocessos como produto do trabalho hermenêutico sem alteração legislativa³⁰⁴.

Frise-se que, inclusive, conforme elucidam Leite *et al* (2020, p. 111), grande parte da doutrina jurídica rejeita a aplicação de regras específicas, a partir de métodos subjuntivos, sob a justificativa de que esse modo configuraria “um modelo ultrapassado de interpretação e aplicação do direito, sendo preferível a resolução de conflitos a partir da aplicação de parâmetros vagos”, e com o uso da ponderação e proporcionalidade. As especificidades dos casos definiriam como eles seriam julgados a partir desse modelo.

Além disso, frisa-se que a ponderação decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, havendo conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, visto que estão intimamente relacionadas, significando que “a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios” (ALEXY, 2015, p. 117-118). É por esse motivo que o teste da proporcionalidade ou juízo de ponderação é um instrumento constitucional bastante utilizado nesse âmbito, buscando-se uma relação proporcional diante da existência de regras que podem restringir o exercício desse direito e quando há colisão de direitos fundamentais, considerando que não há direitos absolutos³⁰⁵ (posição reiterada pelo STF em diversas decisões).

No âmbito da liberdade de expressão, a moldura central argumentativa notada na jurisprudência do Supremo, consoante expusemos em momentos anteriores, integra os fundamentos reiterados sobre esse direito. Havendo conflitos/colisão entre direitos, os ministros, em sua maioria, destacam a técnica da ponderação/proporcionalidade/sopesamento para estabelecer a melhor solução conforme os parâmetros constitucionais e legais. Nesse sentido, essa atividade ponderativa se apresenta como forte candidata para justificar as divergências.

Entretanto, é muito comum mencionar o uso da proporcionalidade ou razoabilidade sem que sejam averiguadas as três máximas previstas na teoria alexyniana. Conforme elucidada Silva (2021, p. 122-123) há referências genéricas a esse princípio com a finalidade retórica para

³⁰⁴ As explanações de Barroso e Barcellos (2005) sobre o caráter das normas constitucionais são importantes por nos esclarecer a justificativa interpretativa a partir do uso de ponderações, sob a perspectiva de não haver única resposta correta. Contudo, impende esclarecer que o posicionamento adotado quanto à previsibilidade é particular dos autores, diferenciando-se do desenvolvido nessa dissertação, como será analisado posteriormente.

³⁰⁵ Há críticas em sentido contrário sobre essa afirmação. Silva (2021, p. 117) destaca alguns exemplos de direitos constitucionais que considera absolutos, embora a maioria não seja: vedação à tortura (art. 5º, II); vedação de extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI); garantia da reserva legal e da anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX).

indicar uma justificativa decisória sem correlação com aquelas e, não obstante depois dos anos 2000 seja possível encontrar decisões que adotem a proporcionalidade a partir dos três passos, ainda são citados de modo superficial. Prevalece o uso da ponderação/proporcionalidade de forma retórica, desenfreadamente e sem parâmetros claros que limitem a atividade interpretativa.

Alguns breves exemplos da formação plenária da corte: votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux no ARE 654.432, em que mencionam genericamente o juízo de ponderação com os valores constitucionais para concluir pela não prevalência do direito de greve para policiais civis; e voto do ministro Alexandre de Moraes no RE 685.493, destacando o princípio da concordância prática ou harmonização para equilibrar os direitos sem sacrifício total de algum, a partir de uma atividade ponderativa. E em menor escala, há casos em que se utilizam as três etapas, porém não de forma unânime entre os ministros, como no julgamento da ADI 5.122, em que há apenas o voto do ministro Luiz Fux utilizando a proporcionalidade a partir do cumprimento da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁰⁶.

A despeito de apontarem a utilização da ponderação, no desenvolvimento das razões de decidir, os ministros criam seus próprios critérios que não são adotados pelos demais membros do tribunal num mesmo acórdão, nem em decisões posteriores, salvo raras exceções³⁰⁷. Essa ocorrência pode ser fruto do processo deliberativo do STF, pois é caracterizado como “tribunal de solistas” e “mentalidade antideliberativa”, conforme elucida Mendes (2012, p. 72). Assim, a forma de decidir do tribunal, com votos prontos antes das sessões de julgamento e havendo apenas alguns ministros aplicando o teste, ou seja, sem unanimidade sobre esse ponto, inviabiliza afirmar que a decisão ocorreu com base no teste da proporcionalidade (SILVA, 2021, p. 123).

Dessa maneira, esse processo dificulta a definição dos desdobramentos que vão para além da moldura. A ponderação está nessa moldura em razão da sua constante menção pelos

³⁰⁶ Quando analisamos esses exemplos a partir da moldura central argumentativa, podemos notar que a adoção principal do juízo de ponderação para solução de um caso pode contrastar com a tese da posição preferencial da liberdade de expressão que é bastante enfatizada por alguns ministros, como o Min. Fachin. Por mais que essas pilstras não sejam adotadas à integralidade por todos os ministros simultaneamente e em todos os julgados, essa discrepância nos evidencia como essa ocorrência pode ser prejudicial à manutenção de coerência jurisprudencial do Supremo, pois se reconhece um caráter preferencial, uma função instrumental e, ao mesmo tempo, adota-se um juízo ponderativo que se contrapõe às primeiras quando está de acordo com a linha argumentativa que se quer dar ao caso concreto.

³⁰⁷ Essas exceções ocorrem nos seguintes moldes: um ministro apresenta uma sequência de critérios, como, por exemplo, a que define o que seriam discursos discriminatórios/odiosos (marcado pela presença concomitante de três fases – voto Min. Fachin no RHC 132.628/BA). Esses critérios não são usados por todos os ministros na decisão de origem e posteriormente é lembrado por apenas alguns ministros (Min. Fachin no RHC 146.303; Min. Marco Aurélio, INQ 4.694; Min. Luiz Fux, INQ 4.694; e Min. Alexandre de Moraes, INQ 4.694).

ministros, todavia não podemos identificá-la como o critério basilar utilizado pelo Supremo para restringir direitos fundamentais de modo compatível com o texto constitucional³⁰⁸, visto que, com base na pesquisa empírica, constatamos que nem sempre é utilizada ou, quando utilizada, não se pode dizer que foi o critério determinante para julgar a controvérsia judicial³⁰⁹, além de não ser apresentada nos moldes da teoria alexyniana.

Se voltarmos ao exemplo do modelo decisório da Corte IDH, sob uma perspectiva de coerência judicial, é possível notar a importância do estabelecimento de parâmetros definidos para solucionar controvérsias envolvendo direitos fundamentais. No caso do STF, em que há o desenvolvimento de uma moldura central que inclui a proporcionalidade, o problema poderia ser resolvido se ele a adotasse a partir dos três subprincípios estabelecidos na teoria judicial supracitada. A tarefa da dogmática, nesse sentido, seria investigar o juízo realizado pela corte no cumprimento desses itens. Porém, é válido ressaltar, a constatação de seu uso retórico pode servir como uma espécie de “muleta” argumentativa para justificar a sua não submissão de critérios fixos ou coerentes.

Considerando que a ponderação é uma das principais justificativas para restringir direitos e que há déficits na sua utilização na temática investigada, podemos questionar quais são, de fato, os motivos determinantes/critérios/fatores utilizados para decidir casos sobre liberdade de expressão no STF. Para tanto, para seguir nesse tipo de investigação sobre o direito fundamental à livre manifestação no âmbito da corte brasileira, faz-se necessário adentrarmos em outras searas ainda não exploradas pela dissertação. O comportamento judicial é indicado como um campo de influência direta no julgamento desses casos, motivo pelo qual ele será abordado a seguir.

3.1. O comportamento judicial e os fatores de influência externos e internos

A pesquisa jurisprudencial é fundamental para a compreensão e análise da forma de julgamento de um tribunal sobre determinado tema, assim como vimos nos capítulos anteriores. As fontes de direito utilizadas, critérios e elementos interpretativos podem ser identificados a partir dessa pesquisa empírica. Entretanto, nem tudo pode ser respondido com base nesses

³⁰⁸ Destaca-se que não se constitui como critério o costume ou a intuição do juiz no âmbito do controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, mas sim a técnica da proporcionalidade a partir de três passos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2021, p. 120).

³⁰⁹ Seja porque foi usada genericamente e de maneira retórica, ou porque adotada por apenas um ou alguns ministros no julgamento de um mesmo caso, isto é, de modo não unânime.

dados³¹⁰, havendo outros campos de estudo complementares, como aquele que estuda o comportamento judicial. Ele aponta outros direcionamentos a serem considerados na tomada de decisão dos tribunais, incluindo a influência de fatores externos e internos que impactam na sua construção argumentativa e interpretativa.

Esse tema é objeto de intensos debates doutrinários que demonstram a existência de distintos modelos decisórios, assim como modelos ou teorias sobre comportamento judicial. Embora não seja objetivo da presente pesquisa identificar um modelo de decisão ou teoria comportamental específica para o STF, esses estudos especializados complementam a nossa análise empírica sobre como casos de liberdade de expressão são decididos, proporcionando-nos relevantes *insights* sobre a forma de decidir da Corte brasileira.

Iniciando com os modelos de decidir ou meios argumentativos, há a identificação de três: (i) modelo de raciocínio sistêmico, em que a o jurista têm o ônus de justificar, por meio de uma reconstrução sistemática das normas, qual a melhor solução para a controvérsia judicial, sendo possível utilizar a produção doutrinária com aquele fim; (ii) modelo textualista, “ou seja, os casos deverão ser solucionados por meio de raciocínios lógico-formais em que o texto da norma é central”, a partir de uma atividade subjuntiva; (iii) e o modelo de argumentação fundada em argumentos de autoridade, a qual não possui a preocupação de demonstrar coerência entre as fontes de direito que utiliza, pois “seu único compromisso é com a eficácia de convencer o destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratégia” (RODRIGUEZ, 2013, p. 72-73).

No modelo decisório brasileiro “prevalece a invocação de outras autoridades que, supostamente, argumentam no mesmo sentido do juiz que proferiu a sentença”, a partir de uma “articulação de opiniões acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise, de uma série de ‘jurisprudências’ e ‘doutrinas’ a título de argumento de autoridade” (RODRIGUEZ, 2013, p. 77). Ainda que exista uma pluralidade de modelos de racionalidade em disputa, Rodriguez (2013, p. 78-79) esclarece que no Brasil prevalece a argumentação por autoridade³¹¹, combinada com fatores pessoais e impessoais nesse processo de tomada de decisão judicial, haja vista que o direito não poderia ser estabelecido de forma matemática a partir de um único

³¹⁰ Rodriguez (2013, p. 79) destaca a limitação que o estudo textual possui, haja vista que, no caso das decisões do STF, registra apenas os debates realizados entre os ministros e que são transmitidos ao vivo pela TV Justiça. Do mesmo modo, Mello (2018, p. 690) entende que deve ser superada a ideia de que as cortes utilizam apenas material jurídico ortodoxo (entendido como o conjunto que abarca os textos normativos, precedentes e a dogmática jurídica), pois há outros fatores que influenciam as decisões judiciais de maneira substancial.

³¹¹ A argumentação por autoridade segue uma estrutura semelhante nos julgados, iniciando com a apresentação de uma tese fundamentada pela legislação, doutrina ou precedentes (consideradas de autoridade) e, posteriormente, são citadas autoridades para ratificá-las, sem haver preocupação quanto à coerência entre elas, pois o que importa é a quantidade de autoridades que convergem com a tese fixada pelo julgador (RODRIGUEZ, 2013, p. 80-81).

padrão, permitindo-se que as normas sejam adaptadas com o tempo e que haja decisões variadas sobre um mesmo assunto³¹².

A partir dessas considerações, podemos identificar que o modelo jurisdicional possui relação direta com as conclusões de um tribunal sobre determinado assunto. Essa seria uma implicação lógica, porém a ressaltamos a partir de um traço característico próprio da jurisdição brasileira: a pessoalidade, a qual, consoante destaca Rodriguez (2013), é marcada por argumentos de autoridade, por meio da exposição de opiniões, somada a “fatores pessoais e impessoais”. Nesse sentido, Vojvodic, Cardoso e Machado (2009, p. 37-38) elucidam que o processo decisório do STF contém peculiaridades que permitem aos ministros apresentarem diferentes razões/opiniões em seus votos, formando uma *ratio decidendi* individual, “sem que necessariamente elas componham uma configuração majoritária que possa ser compreendida como uma *ratio decidendi* do Tribunal sobre o caso”, em outras palavras, não seria possível identificar as razões de decidir da Corte, mas tão somente da votação individual de cada ministro³¹³.

Essas características podem explicar a quantidade de acórdãos com divergências sobre casos semelhantes na jurisprudência do STF, bem como a fundamentação distinta dos ministros inclusive em acórdãos decididos à unanimidade, pois podemos notar que a estrutura decisória envolvendo o direito fundamental à livre manifestação é similar ao que fora exposto, reconhecendo-se que esse modelo pode gerar distintas decisões com a mesma temática³¹⁴. Podemos inferir, inclusive, que o argumento de autoridade se reforça pela utilização de precedentes da Suprema Corte dos EUA e da Corte EDH. No primeiro, há o uso de precedentes cujos critérios interpretativos sobre liberdade de expressão não são os mesmos empregados pelo Supremo e contrastam com a moldura central. E no segundo, há referência à jurisprudência de uma corte que não vincula o Brasil.

³¹² Ainda sobre esse aspecto, Rodriguez (2013, p. 78) compreende que “No caso de argumentações por autoridade, a formação de padrões decisórios se dá a partir de razões subjetivas para decidir”. Contudo, não compartilhamos desse entendimento quanto à existência de padrões nessas circunstâncias, pois a pesquisa jurisprudencial nos demonstra o contrário, ao menos nos casos sobre liberdade de expressão: se considerarmos um modelo de argumento por autoridade e com a subjetividade decisória, o resultado não converge a um padrão específico, havendo divergências entre os próprios ministros sobre situações fáticas semelhantes.

³¹³ A partir da investigação de Silva (2015) sobre o papel do voto do relator nas decisões do STF, baseado em entrevistas com os seus próprios membros, reforça-se suas posturas individualistas na tomada de decisão, em que cada um leva seus votos escritos prontos antes da sessão, sem diálogo, e que não há grandes influências do voto do relator, ao contrário do que comumente se argumenta sobre a temática.

³¹⁴ Consoante elucidado outrora, reconhecemos que o direito não tem respostas prontas/únicas, nem pode ser matematizado, como colocado por Rodriguez (2013), sendo possível modificações ao longo do tempo com essas distintas decisões sobre os mesmos temas. Concordamos com essa premissa, porém, o que queremos problematizar não é a existência de decisões distintas a partir do fator tempo, ao revés, é essa ocorrência num curto período de tempo para situações envolvendo o mesmo direito fundamental e com elementos factuais semelhantes (apontadas pelas categorias de discurso).

Além desses modelos decisórios, há as teorias ou modelos que buscam explicar o comportamento judicial. Advindo da literatura estadunidense³¹⁵ sobre o tema, podemos citar três modelos principais: o legalista, ideológico (também denominado de atitudinal) e estratégico. O primeiro utiliza como base o texto normativo, a jurisprudência, a doutrina e dogmática jurídica que geralmente é utilizada no âmbito jurisdicional, assim, se há algo já definido nos precedentes, por exemplo, ou há um comando legislativo para solucionar a questão, será possível identificar a conclusão jurisdicional posterior³¹⁶.

O segundo, modelo ideológico ou atitudinal, como a sua nomenclatura prediz, coloca como ponto focal determinante a ideologia do julgador, composta pelas suas ideias, valores e visões, por conseguinte, a fundamentação decisória (apresentação das normas, precedentes, etc.) seria “uma mera racionalização produzida *a posteriori*, depois de tomada a decisão, com o fim de legitimá-la” (MELLO, 2018, p. 694) e, assim, conforme o contexto da Suprema Corte dos EUA³¹⁷, as decisões seriam “expressões *sinceras* das preferências ideológicas de seus membros” (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 92).

E o terceiro, modelo estratégico, também se baseia nas preferências dos julgadores, de modo que decidem conforme o que consideram mais adequado para o desenvolvimento do direito. A diferença do estratégico consiste na avaliação de como os demais membros da corte decidirão aquele caso, a fim de observar se as suas preferências serão apoiadas pelos demais e, com isso, produzir o desfecho almejado (MELLO, 2018, p. 699). Dessa maneira, conforme elucidam Ribeiro e Arguelhes, (2013, p. 100), esse terceiro modelo considera as preferências dos juízes num processo maximizador, mas com restrições, contrastando com o pressuposto de independência característico do modelo ideológico/atitudinal.

Quanto à utilização desses modelos para a corte brasileira, faz-se necessário algumas ponderações. Consoante indicado alhures, essas teorias fazem parte da literatura estadunidense e, portanto, aplicáveis à realidade jurisdicional específica daquele país, tornando difícil exportá-

³¹⁵ Segal e Spaeth (2002) são referenciados como leitura básica da temática.

³¹⁶ Não obstante a sua importância na apreciação de casos em que já há previsão normativa para solucioná-los ou que se trata de situação similar a algum precedente, “o modelo legalista é insuficiente para explicar o comportamento dos juízes em uma multiplicidade de casos comumente enfrentados em matéria constitucional”, haja vista que a Constituição possui diversas cláusulas abertas que demandam atividade interpretativa por parte do julgador, inexistindo respostas prontas (MELLO, 2018, p. 693).

³¹⁷ Ribeiro e Arguelhes (2013, p. 95-96), com base nos estudos sobre comportamento judicial realizado nos EUA, especificamente quanto à Corte Suprema, frisam que, para além do caráter vago do direito e que permite certa liberdade decisória, o modelo atitudinal é possível nesse contexto em razão de fatores institucionais: o controle de agente permitido aos juízes daquela corte; ausência de *accountability* eleitoral, não dependendo da opinião pública com a finalidade de obtenção de votos; ausência de *accountability* política, não estando sujeitos a impeachment; ausência de ambição profissional, pois ser ministro já seria o “topo da carreira”; e as suas decisões não estão sujeitas a recurso judicial.

los sem fazer as devidas distinções. Por exemplo: para o tipo atitudinal, adotar como parâmetro a ideologia de um ministro, seja a partir das suas inclinações expostas em algum momento, seja pela posição política adotada pelo presidente que o nomeou, não nos possibilita prever qual será o posicionamento final que será dado a uma controvérsia que envolve uma indeterminação jurídica³¹⁸; para o estratégico, por outro lado, a atual disposição do processo decisório do Supremo constitui-se obstáculo para inferir que haja diálogos prévios³¹⁹ entre os ministros para que atuem estrategicamente objetivando prevalecer uma conclusão “x” e não “y”. Apesar disso, esses modelos e teorias nos direcionam a observar fatores que se relacionam diretamente com o modo decisório de um tribunal, sobretudo do Supremo.

Esse modelo pode ser concebido, dessa maneira, como hipótese explicativa do comportamento judicial a ser testado empiricamente, fornecendo-nos caminhos ou possíveis respostas sobre o modo de decidir da corte e o conteúdo que ela produz, incluindo os casos sobre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão. Por conseguinte, constatando-se essa relação, não podemos dizer que o conteúdo jurisprudencial desenvolvido pelo STF leva em consideração apenas o que Mello (2018) denominou de material jurídico ortodoxo, pois há esses fatores específicos a serem considerados, os quais veremos a seguir.

3.1.1. Fatores externos e internos que podem influenciar a produção jurisprudencial do STF

Os estudos sobre comportamento judicial indicam os modelos expostos alhures. Cada um deles contém variáveis que direcionam a atuação judicial, as quais não necessariamente estão atreladas a um modelo específico e único. Em outras palavras, indica-se a existência de fatores externos e internos à atuação judicial (não vinculados a um modelo) que podem afetar o posicionamento do juiz sobre determinada temática, as quais nem sempre são fáceis de serem identificadas com a leitura de votos dos ministros.

Os fatores internos podem ser entendidos como as predisposições, concepções e valores do profissionalismo dos ministros, assim como o contexto institucional, consistindo naqueles que detêm maior expressão na determinação do comportamento judicial. Já os fatores externos são aqueles decorrentes do ambiente político em que as decisões são tomadas, incluindo o

³¹⁸ Mello (2018, p. 697) acrescenta que “não há no Brasil o mesmo universo ideológico plenamente definido” quando comparado com o campo político dos EUA.

³¹⁹ O processo deliberativo e decisório no Supremo, na prática, não compreende diálogos prévios entre os ministros. Não obstante o Regimento Interno do STF preveja um debate oral na sessão de julgamento (art. 135), “esse debate prévio nunca ocorre e, salvo interrupções e apartes esporádicos, ministros e ministras simplesmente leem seus votos, escritos previamente, começando pelo relator e prosseguindo na ordem inversa de antiguidade, ficando o presidente por último” (SILVA, 2021, p. 505).

governo de turno, os grupos de interesse e os aspectos legais, isto é, o objeto da lei (OLIVEIRA, 2011, p. 133-134).

Sob essa perspectiva, Oliveira (2011, p. 119) adota cinco variáveis em sua pesquisa empírica sobre o STF, englobando tanto fatores legais quanto extralegais para explicar o comportamento judicial, almejando abordar os modelos, a saber: “1) aspectos legais, doutrinários e fatores dos casos; 2) atributos pessoais e ideologia; 3) contexto político e outros setores governamentais; 4) contexto institucional; e 5) grupos de interesse”, o qual destaca o profissionalismo. A opinião pública também fora considerada pela autora como um fator, sendo analisada na argumentação dos ministros.

A despeito de nossa pesquisa ser jurisprudencial objetivando encontrar o conteúdo desenvolvido sobre um direito fundamental específico, e não sobre o comportamento judicial, o resultado discutido nos capítulos anteriores nos direciona para esse campo da ciência política se quisermos encontrar respostas futuras quanto às dificuldades encontradas. A investigação do conteúdo produzido pelo STF sobre liberdade de expressão considerou essencialmente o fator número um (aspectos legais, doutrinários e fatores dos casos), demonstrando-nos a sua insuficiência para identificar um padrão decisório em casos semelhantes.

Porém, é possível apontarmos indícios de que esses fatores, como a opinião pública, são considerados pelos ministros em suas decisões sobre liberdade de expressão. Há um exemplo explícito nesse sentido: voto do ministro Luís Roberto Barroso no INQ 4.694, 1ª Turma, 2018, em que decide pelo recebimento da denúncia do crime de racismo em razão das palavras proferidas por deputado estadual em desfavor de quilombolas, afrodescendentes e da comunidade LGBT, sob o fundamento de que não se deve passar uma mensagem de menosprezo à sociedade brasileira em relação a essas pessoas, como se elas não tivessem dignidade.

Os demais fatores mencionados também podem ser considerados pelos ministros, porém, conforme reiteramos, a leitura textual é limitada para indicar todos eles no momento. Mello (2018, p. 697), por exemplo, destaca a carreira profissional e formação pessoal dos julgadores, com os valores, experiências e compreensões advindos da família, amigos, religião, etc., como elementos indicadores das tendências de julgamento adotadas, explanando que os ministros reconhecem a influência de suas “visões de mundo” sobre os votos que proferem. Essa subjetividade, no entanto, pode estar presente em quaisquer um dos modelos de comportamento judicial.

Não queremos dizer que esse seja o único critério adotado, mas tão somente chamar a atenção de que as construções e argumentações jurídicas não são cobertas de neutralidade,

podendo sofrer pressão e influência de fatores externos e internos, inclusive afetando a subjetividade do ministro, como os advindos dos tipos de reação política a decisões judiciais, especialmente considerando o desenho institucional vigente no país. Com base nisso, Ribeiro e Arguelhes (2013, p. 109) sintetizam essas possíveis reações no seguinte quadro ilustrativo:

Quadro 1: Tipos de reação política a decisões judiciais

	Foco: Juiz	Foco: Instituição	Foco: Decisão
Natureza: Formal	<ul style="list-style-type: none"> • Remoção do Cargo • Sanções disciplinares 	<ul style="list-style-type: none"> • Diminuição de salários • Redução de prerrogativas • Redução de competência • Mudança na composição da Corte (“court-packing”) 	<ul style="list-style-type: none"> • Emenda Constitucional “superadora” da decisão
Natureza: Informal	<ul style="list-style-type: none"> • Ataques pessoais na imprensa 	<ul style="list-style-type: none"> • Ataques institucionais na imprensa • Bloqueio de legislação de interesse Judiciário 	<ul style="list-style-type: none"> • Desobediência à decisão

Fonte: Ribeiro e Arguelhes, 2013.

Observa-se que para além da consequência jurídica decorrente da decisão (seja com efeito para as partes ou para todos – *erga omnes*), ela pode ensejar reações na esfera política e que são consideradas pelos ministros ainda que indiretamente. Com base nisso, há hipóteses de investigação nesse campo que analisam a relação entre a forma de decisão e as consequências que ela terá na política³²⁰.

É por isso que o contexto político pode ser um grande fator externo de influência nas decisões do Supremo³²¹. Para ilustrar essa afirmação, podemos nos remeter à análise da categoria do discurso político realizada no capítulo primeiro. Nota-se que houve uma abordagem consensual entre os ministros quanto à fundamentação de proteção e garantia do direito à livre manifestação, com o destaque à função democrática, entretanto, a depender do contexto político identificado pelo Supremo, diferentes posturas decisórias foram adotadas, as quais podemos exemplificá-las com base em três ocorrências fáticas: 1) proteção à honra de parlamentar ofendido por terceiros; 2) quando o parlamentar ofende um terceiro - não parlamentar, ou um grupo de pessoas; 3) quando há ofensas entre parlamentares/candidatos políticos.

³²⁰ Sobre essa hipótese, ver Arguelhes e Ribeiro (2012).

³²¹ Posição ratificada com a pesquisa de Oliveira (2011, p. 141).

Na primeira situação, destacou-se a necessidade de proteção da honra do parlamentar, sendo legítima a retirada de publicação em redes sociais sem afetação da liberdade de expressão (Ex.: RCL 31.130, 1ª Turma, 2020). Na segunda, garantiu-se a ampla manifestação de opiniões do parlamentar, ainda que possivelmente se tratasse de expressões racistas ou de discurso de ódio, sob a justificativa de que seriam assuntos vinculados à política e, portanto, uma manifestação de parlamentar (Ex.: Inquérito 4.694, 1ª Turma, 2018). E na terceira situação, identificamos divergências: há tanto o exemplo de que prevalece o contexto de disputa e antagonismo político para afastar a tipificação de delitos penais contra a honra (PET 7.107, 1ª Turma, 2019 – acórdão com divergência); quanto em sentido contrário, em que fora determinado o prosseguimento de ação penal em contexto de disputa política (AP 1.021, 1ª Turma, 2020³²²).

É por esse motivo que destacamos a importância das categorias de discurso analisadas, pois podem ser um fator determinante para guiar a tomada de decisão jurisdicional, sobretudo nos estudos específicos sobre os modelos de comportamento judicial. Nesse diapasão, ainda que não seja possível importar esses modelos para a realidade brasileira, eles se constituem como um “abrangente esforço de responder a perguntas empíricas sobre o funcionamento das instituições políticas do país [...]” e nos fornece “importantes bases para construirmos nossos próprios modelos de explicação do comportamento do Supremo Tribunal Federal” (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 117-118).

A moldura central argumentativa para os casos sobre liberdade de expressão nos indica que há um certo padrão argumentativo a ser buscado pelo STF, evidenciando-se, a justificativa instrumental do direito a partir da ênfase da função democrática. Essa constatação, por exemplo, pode nos direcionar à explicação da posição favorável da Corte em proteger o espaço de atuação política e as instituições em detrimento da proteção do indivíduo. Essa base argumentativa reforça uma estrutura inicial a ser seguida pelos ministros, porém, posteriormente, nota-se a adoção de critérios casuísticos que impedem a concretização de um padrão jurisprudencial.

Considerando que um conjunto de dados pode resultar em diferentes interpretações sobre um modo de decidir³²³, as variáveis externas a ele são imprescindíveis se buscamos dados mais completos sobre um tribunal, como o STF, ou as possíveis respostas para explicar as

³²² Esse caso contém uma peculiaridade que o diferencia: a manipulação de um vídeo publicado em redes sociais com o intuito de difamar a honra de parlamentar, constituindo-se numa especificidade que se sobrepôs à argumentação de que a disputa política e antagonismo entre os parlamentares poderia afastar a responsabilidade penal. Desse modo, o caso não aborda somente a expressão de opiniões e palavras entre agentes políticos, como ocorre em outros casos sobre liberdade de expressão.

³²³ Sobre o tema, ver Ribeiro, Arguelhes e Peixoto (2009).

ocorrências que fogem ao padrão que pensamos encontrar. A produção de dados sobre os votos dos juízes, advindas da pesquisa empírica, precisa ser complementada com elas para proporcionar a interpretação desses “inputs empíricos” (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 88).

Em outras palavras, trazendo a discussão para o resultado de nossa pesquisa sobre liberdade de expressão, em que poderíamos julgar necessário haver consenso para garantir a segurança jurídica³²⁴, o dissenso encontrado na jurisprudência da Corte brasileira no julgamento de alguns casos semelhantes pode ser explicado por meio desses outros fatores. Assim, para responder aos possíveis problemas encontrados³²⁵, as pesquisas precisam ser direcionadas e complementadas com esses estudos para além do campo do direito.

Ainda que não seja possível ser feita uma investigação completa de acordo com os direcionamentos desses outros campos, notamos que os votos individuais dos ministros e ministras podem nos apontar indícios e hipóteses sobre essas ocorrências, sobretudo se conseguirmos identificar uma postura decisória sobre determinada temática envolvendo a liberdade de expressão. É por esse motivo que desenvolveremos o tema no próximo tópico.

3.2. Buscando um perfil decisório a partir de critérios adotados nos votos individuais: investigação dos votos dos ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

A verificação da postura decisória e individualizada dos onze ministros da Corte brasileira no decorrer desses julgamentos seria uma tarefa viável tendo em vista que fora realizada leitura detalhada de todos os acórdãos selecionados no período delimitado para a presente pesquisa jurisprudencial³²⁶. Ocorre que o limite espacial dessa dissertação nos impede de realizá-la nesses termos³²⁷, direcionando-nos a fazer um recorte metodológico. Desse modo, adotamos um critério objetivo para selecionar dois ministros e comparar suas posturas decisórias: a maior quantidade de julgados que o(a) ministro(a) se pronunciou e desenvolveu arguições sobre o direito à livre manifestação.

³²⁴ A tendência para o consenso nas decisões judiciais é o comportamento esperado de uma Suprema Corte, a fim de colaborar para construção de uma jurisprudência sólida e reforçar a segurança jurídica (OLIVEIRA, 2011, p. 144).

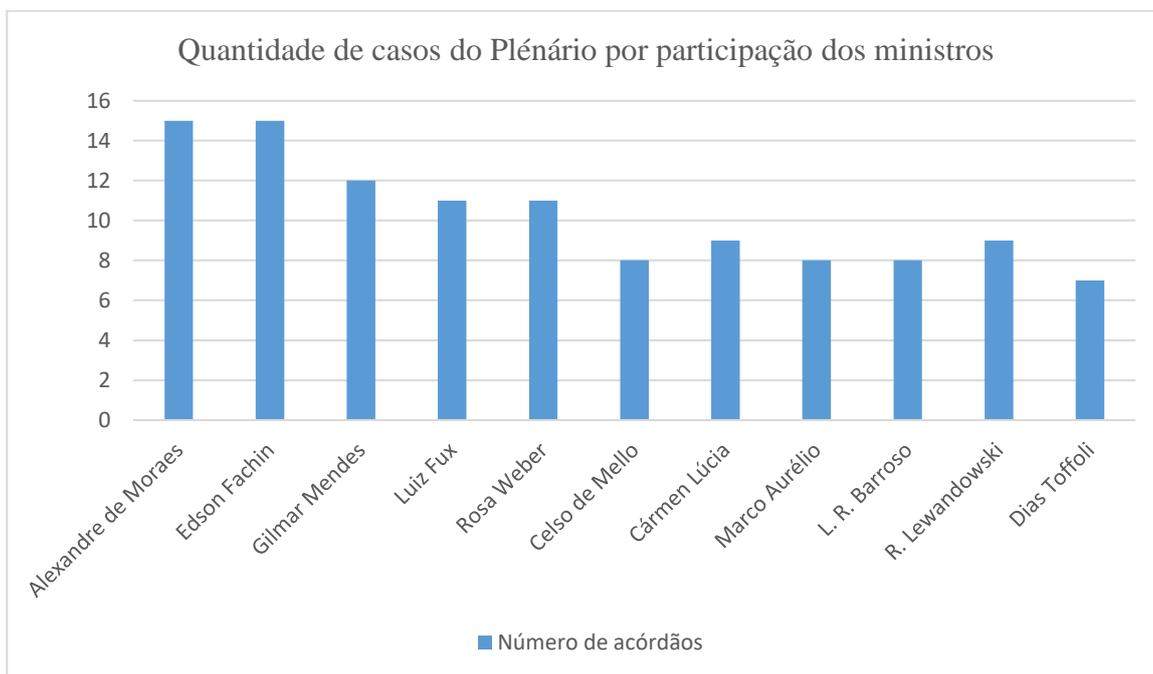
³²⁵ Na visão de alguns autores, não necessariamente precisam ser considerados problemas no modo de decidir do STF, como aponta Rodriguez (2013).

³²⁶ De modo indireto, no entanto, ela fora realizada quando se avaliou o desenvolvimento argumentativo da Corte, porém sem dar o enfoque específico a cada membro.

³²⁷ Importante lembrar, inclusive, que nosso objetivo central era buscar o conteúdo produzido pela corte e não por seus membros individualizados.

Para tanto, analisamos a amostra de acórdãos provenientes da formação plenária³²⁸ do tribunal com o propósito de identificar o número de casos que cada ministro votou e desenvolveu suas razões de decidir. Isso porque não são todos os julgados que os membros participam (podem estar ausentes por motivos de saúde, por exemplo), além de que eles podem apenas se manifestar “conforme a relatoria” e não apresentar um voto escrito com seus próprios fundamentos. Com base nesses parâmetros, compilamos os dados no gráfico abaixo:

Gráfico 2: Número de acórdãos por ministros.



Fonte: Elaborado pela autora.

O número de acórdãos que cada membro da Corte efetivamente participou (coluna vertical) nos indica que os ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin foram os que se manifestaram em maior quantidade de casos sobre o direito fundamental investigado. Somando-se a esse critério quantitativo, podemos afirmar que igualmente foram uns dos que mais desenvolveram fundamentações sobre a temática³²⁹.

³²⁸ Não utilizamos as turmas em razão da quantidade diferenciada de acórdãos de cada uma, assim, de modo prévio poderíamos dizer que uns ministros desenvolveram mais conteúdo sobre liberdade de expressão do que outros, determinada pela turma a que pertence. Exemplo: se o ministro “a” pertence à 1ª Turma e se há mais acórdãos dessa turma, haveria mais votos desse ministro em relação a outro que pertence à 2ª Turma, com menor número de acórdãos.

³²⁹ Vide detalhamento dos dados no Apêndice E.

Sob essa perspectiva, com base nos votos individuais proferidos³³⁰, buscaremos identificar quais são os critérios que eles utilizam ao julgar casos em cada um dos temas sobre liberdade de expressão, com base em: a) como eles empregam a “moldura central” desenvolvida pelo STF; b) de que maneira os precedentes são adotados; c) se há argumento de direito comparado (seja pela jurisprudência, leis ou doutrina estrangeira e internacional); d) como os critérios interpretativos são adotados ou se é possível identifica-los; e e) se há o impacto da opinião pública³³¹ na decisão.

A partir dos casos e dos fatores identificados, tentaremos traçar um perfil decisório do ministro, expondo, brevemente, como ele maneja a interpretação a fim de verificar se é possível estabelecer mecanismos de predição de suas decisões, ou se há indícios de fatores internos e externos perceptíveis no julgado que possam ser indicados como influenciadores da tomada de decisão, para formular um argumento indutivo sobre a postura da corte. Esses fatores adicionais são importantes para compreensão da formação das fases interpretativas adotadas pelos ministros, os quais podem explicar o modelo decisório do tribunal.

a) Moldura central

Denominamos de moldura central o conjunto de argumentos frequentemente utilizados pelos ministros quando a demanda envolve a liberdade de expressão, como a função democrática desse direito fundamental, a sua posição preferencial no ordenamento jurídico, o seu caráter não absoluto com a aplicabilidade de juízo de ponderação em casos de colisão entre direitos, e a vedação à censura prévia. Ambos os ministros, Alexandre de Moraes e Edson Fachin rememoram essas premissas em seus julgados, porém, a depender da categoria apresentada, uns são mais frisados que outros.

Em resumo, para se evitar a repetição do que fora exposto nos capítulos anteriores sobre as linhas argumentativas e, especificamente quanto ao uso da moldura, indicamos que ambos os ministros a seguem conforme as categorias temáticas, seja de maneira explícita ou implícita. Significa dizer que nem sempre há a exposição exaustiva de todos os elementos da argumentação central da Corte sobre o conteúdo da liberdade de expressão. Há julgados em que

³³⁰ Nesse caso adotaremos tanto os acórdãos de formação plenária, quanto das turmas. A listagem dos casos é a mesma que estamos utilizando no decorrer dessa dissertação, compreendendo o mesmo recorte temporal e proveniente do mesmo critério de busca no site do STF (vide explicação na introdução). Para a indicação detalhada dos casos, conforme as categorias de discurso, ver Apêndice F.

³³¹ Caso seja possível observar, haja vista que nem sempre é mencionada explicitamente pelos ministros.

os ministros apontam a sua decisão de modo mais direto, sem apresentar um voto mais extenso com esse detalhamento.

Entre as quatro premissas principais, sob uma perspectiva comparativa desses elementos, a função democrática é a que mais se destaca em todas as categorias do discurso, o que não exclui a abordagem das demais. Por exemplo, no âmbito da liberdade de imprensa, o duplo aspecto da livre manifestação (aspecto positivo de se manifestar e expressar opiniões e pensamentos, e o negativo de vedação à censura prévia estatal) assume posição preponderante, com especial ênfase ao negativo. Essa linha argumentativa pode ser observada tanto nos votos do Min. Alexandre de Moraes quanto nos votos do Min. Edson Fachin. Ocorrência similar há na categoria do discurso político e eleitoral, especialmente quando envolver agente político abarcado pela imunidade parlamentar, dando-se especial ênfase à garantia dos debates democráticos, do pluralismo político e do livre fluxo de ideias e informações na sociedade³³².

Nesse contexto, a forma como a moldura é utilizada pelos dois membros da Corte é semelhante. Adota-se uma estrutura inicial em que são desenvolvidos os elementos sobre o direito em comento, os quais são oriundos do texto constitucional, das leis (quando houver alguma envolvida), da doutrina, do uso de precedentes ou de instrumentos internacionais de direitos humanos. É importante salientar, contudo, que nem sempre há a utilização de todas essas fontes e, acerca das premissas da moldura, por conseguinte, também não são desenvolvidas integralmente em todos os julgados. A partir da leitura dos votos, adotamos como hipótese de que a complexidade do caso ou a sua relevância social poderá ser determinante para tanto, assim como se há precedentes compatíveis com a situação levada ao Supremo³³³. Mais detalhes serão vistos adiante.

b) Precedentes e argumento comparado

A fundamentação com base em precedentes e argumento comparado³³⁴ costuma ser recorrente nos votos dos ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Podemos dizer que não apenas nas arguições deles, mas de todos os que compõem o Supremo, havendo aqueles

³³² Exemplos não exaustivos: PET 6.268/DF (Voto Min. Alexandre de Moraes); AP 1.021/DF (Voto Min. Alexandre de Moraes); INQ 4.694/DF (Voto Min. Alexandre de Moraes); RCL 38.201/SP (voto Min. Alexandre de Moraes); RCL 22.328/RJ (voto Min. Edson Fachin); RE 638.360/RJ (voto Min. Edson Fachin); RE 638.360/RJ (voto Min. Edson Fachin); RCL 32.052/MS (voto Min. Edson Fachin); e ARE 892.127/SP (voto Min. Edson Fachin).

³³³ Havendo precedentes, os ministros podem apenas citar a decisão e julgar conforme o paradigma.

³³⁴ Para fins dessa pesquisa, os precedentes mencionados se referem exclusivamente aos do próprio STF. Os precedentes estrangeiros e internacionais estão sendo considerados dentro da categoria do argumento comparado.

que utilizam mais e outros menos. Por integrarem as fontes do direito, o seu uso é uma consequência, porém é válido analisarmos a frequência e a forma de utilização com a finalidade de identificar algum padrão decisório ou indícios que nos direcionem a respostas sobre as possíveis divergências entre os julgadores.

Analisando a postura individual, de um modo geral, ambos utilizam precedentes (nacional, estrangeiros e internacionais), doutrina (nacional e estrangeira) e legislação (incluindo leis ordinárias, texto constitucional e instrumentos internacionais de direitos humanos). A partir de uma verificação comparativa e com base apenas na amostra de casos selecionados (vide apêndice G), notamos que o Min. Alexandre de Moraes tende a adotar mais precedentes do próprio STF do que o Min. Edson Fachin. Por outro lado, o Min. Fachin adota preponderantemente argumentos comparados, englobando doutrina e precedentes estrangeiros, assim como de direitos humanos.

Essas implicações são relevantes para se observar a forma decisória sobre a liberdade de expressão. A utilização de parâmetros comparativos e da observância dos precedentes da própria corte sobre o tema, pode nos indicar hipóteses relativas às divergências que circundam os elementos do direito fundamental em apreço, pois a referência utilizada pode elucidar diferentes critérios interpretativos para solucionar o caso concreto.

O padrão observado nos votos, de modo preponderante, contudo, é que esses parâmetros (tanto os precedentes, quanto o argumento comparado) são adotados para explorar e desenvolver as premissas que compõem a moldura, caracterizadas pelo seu caráter abstrato, que não nos fornecem subsídios e critérios claros de interpretação³³⁵. Assim, são citados como elementos que ratificam a moldura central, mas não como argumentos determinantes para solução do caso. Essa observação é relevante para ratificar o que Rodriguez (2013) conclui quanto à adoção de argumentos de autoridade, os quais servem como reforços argumentativos da forma que se pretende decidir.

No âmbito dos precedentes do STF, por exemplo, referencia-se uma série de decisões para ratificar que a liberdade de expressão possui função democrática, pois fundamenta o Estado democrático de direito³³⁶, ou que o Supremo têm entendimento consolidado sobre determinada matéria, como a proteção e extensão da imunidade parlamentar em contextos políticos³³⁷. Essa forma de utilização pode colocar em xeque a própria função dos precedentes

³³⁵ Salvo exceções, como o exemplo que será dado posteriormente.

³³⁶ Voto Min. Alexandre de Moraes: RCL 38.201/SP; ADPF 572; ADI 4451; ADI 4.439. E voto Min. Edson Fachin: RHC 146.303; RE 638.360; RCL 32.052; ARE 892.127; ADPF 572; ADI 4451; ADI 5.122; ADI 2.566; ADI 4.439; RE 685.493; ADPF 496; HC 141.949.

³³⁷ Voto Min. Alexandre de Moraes: PET 6.268/DF; INQ 4.694/DF; AP 1.021/DF; RE 685.493.

da Corte, considerando que, na maioria das vezes, ratificam a moldura e não como o caso anterior efetivamente foi decidido.

Os precedentes estrangeiros³³⁸ são marcados, principalmente, pelos julgados da Suprema Corte dos EUA, os quais estabelecem elementos que compõem a livre manifestação, estabelecendo o que protege e quais são os seus limites. Juntamente com eles, muitas vezes se referencia a doutrina desse mesmo país para complementar as ideias expostas no voto. Ambos os ministros os adotam como referências, no entanto, podemos observar que o Min. Alexandre de Moraes os utiliza com maior frequência. Como exemplo, há a RCL 38.201, sobre publicação de biografia não autorizada, em que o ministro aponta doutrina e julgados estadunidenses para afirmar que a ampla proteção da liberdade de expressão compreende as mais variadas opiniões, incluindo as não verdadeiras, as duvidosas, satíricas, etc. Essa referência se repete em outros acórdãos³³⁹.

O Min. Edson Fachin também utiliza as fontes estrangeiras³⁴⁰, sobretudo do EUA. Um exemplo representativo, em que houve completo desenvolvimento da fundamentação, inclusive quanto aos critérios de interpretação da livre manifestação, foi a ADPF 572, em que o ministro explanou de modo minucioso os testes desenvolvidos pela Suprema Corte estadunidense para aferir os abusos do direito de expressão. Ademais disso, podemos indicar esse exemplo como uma das exceções à utilização dessas referências de modo mais abstrato³⁴¹.

Todavia, cumpre registrar que esses testes/critérios estadunidenses importados pelo STF não considera a evolução jurisprudencial daquela Corte, pois a maioria dos referenciados deixou de ser utilizada ou tiveram seus testes superados por outros. Ainda que os ministros destaquem o precedente, não desenvolvem os pormenores essenciais para ser considerado no caso concreto. Como, por exemplo, no caso *Sullivan*, há a diferenciação entre fatos e opiniões, enquanto no Brasil, ao menos considerando essa amostra de julgados, em nenhum momento foi feita essa distinção, o que nos leva a concluir que se negligencia uma diferença que pode ser essencial para o deslinde do caso sobre a livre expressão e o uso do precedente é citado para cumprir função retórica.

³³⁸ Sobre o uso de precedentes estrangeiros, Waldron (2012, p. 21) destaca que operadores do direito já reconheceram o seu uso mesmo sem compreender, efetivamente, os impactos para a ordem jurídica interna, porém, são dotados de algum peso/autoridade persuasiva, ainda que não sejam considerados vinculantes. No caso do STF, o direito comparado representa o dialogismo entre tribunais, utilizando-o como “parâmetros de autorreflexão das próprias disposições constitucionais e legais brasileiras” (MAGALHÃES; BACELAR, 2020, p. 134).

³³⁹ Exemplos: voto do min. Alexandre de Moraes na ADPF 548; ARE 654432; ADI 5.852; RHC 146.303.

³⁴⁰ Aqui nos referimos especificamente à doutrina e aos precedentes.

³⁴¹ Conforme analisaremos no próximo subtópico, mesmo nesse caso com critérios estabelecidos, ainda não proporciona a fixação de padrões jurídicos a serem adotados de modo conjunto pela Corte, porque se trata de um caso e de um ministro em particular.

Ainda verificando os votos, há o uso de instrumentos internacionais de direitos humanos e de jurisprudência de cortes regionais de direitos humanos. O Min. Fachin, de modo preponderante, fundamenta suas decisões com diversas referências a eles, dando exemplos de julgados da Corte IDH ou da Corte EDH. Ao passo que o Min. Moraes os adota em menor escala. Essa constatação pode nos indicar uma possível resposta para a divergência de postura decisória entre os ministros.

O julgamento da ADPF 496, sobre o crime de desacato, é o mais representativo dessa verificação. O min. Moraes destaca o art. 13 da CADH, sobre a livre manifestação dando ênfase em seu caráter não absoluto, haja vista que o próprio dispositivo abrange limitações a ele. Nessa linha argumentativa, aponta precedentes (decisões monocráticas que ele mesmo proferiu) sobre a infraconstitucionalidade do crime de desacato, destacando que a liberdade de expressão não pode justificar práticas que desrespeitem ou menosprezem o funcionário público, seja ele civil ou militar, relativizando o grau de sujeição à crítica que os agentes públicos estão sujeitos.

Em contrapartida, com base na jurisprudência da Corte IDH, o Min. Fachin (voto divergente) elucida que a despeito do tribunal interamericano não ter se manifestado expressamente sobre o artigo do Código Penal Brasileiro, coloca a livre manifestação em posição de destaque em detrimento da reputação da Administração Pública, que deve ser menor em razão da sujeição à crítica da opinião pública.

Nota-se que a adoção dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH foi determinante para o ministro Fachin formar o direcionamento do seu voto. O Min. Moraes, ainda que tenha destacado o dispositivo da Convenção em comento, estabelece a direção oposta, não fazendo jus ao que está disposto na jurisprudência interamericana. Frise-se que o fato de utilizar o precedente ou o instrumento de direitos humanos sobre o tema, não garante que a decisão seja tomada em conformidade com aquela, haja vista que o julgador poderá utilizar apenas “o que lhe interessa” ou destacar entendimento contrário ao que fora fixado³⁴².

Abordar precedentes e argumentos comparados pode nos levar a indícios importantes sobre como um ministro decide as controvérsias judiciais. Os exemplos acima não levaram em consideração contextos fáticos, ao revés, referem-se aos parâmetros jurídicos adotados. Assim, a diferença pode ser explicada pela natureza personalista do voto, que permite o ministro escolher o fator interpretativo e selecionar elementos dotados de autoridade, que se impõem pela visão do ministro sobre algo (política, ideologia, etc.).

³⁴² Exemplo do voto do ministro Luís Roberto Barroso na ADPF 496, que utiliza os precedentes da Corte IDH para indicar que as convenções não impedem o uso de direito penal em casos graves e enfatizou que o contexto dos casos interamericanos não era semelhante ao brasileiro.

c) Critérios interpretativos

Vimos que a construção argumentativa dos ministros segue uma estrutura composta por fundamentos oriundos das fontes de direito adotadas, compondo uma base argumentativa que nomeamos como “moldura central” sobre o conteúdo da liberdade de expressão. Se há, de algum modo, um padrão a ser seguido, sob uma perspectiva lógica, seria possível indicar que premissas constantemente adotadas gerariam, no mínimo, respostas semelhantes para problemas também semelhantes. De acordo com o que expusemos em momentos anteriores da presente dissertação, não é desse modo que ocorre na jurisprudência do Supremo sobre liberdade de expressão, havendo divergências sobre temáticas relacionadas. E esse é um ponto relevante para ser lembrado quando tratamos dos critérios interpretativos.

Com base na leitura estritamente textual dos votos, a divergência entre os ministros é decorrência dos critérios aplicados no caso concreto para solucionar a lide, ou do tipo de interpretação desenvolvido. Esses critérios podem estar expressamente previstos no texto constitucional/legal, ou mesmo na jurisprudência que tomou por referência. Mas se a interpretação dada for diferente, ainda que sejam utilizadas as mesmas fontes/referências, a conclusão pode ser distinta, como o que ocorreu na ADPF 496 sobre desacato, exposta anteriormente. E isso ocorre não apenas quando comparamos os votos de cada ministro em conjunto, mas igualmente na sequência de votos individuais de cada um.

Podemos explicar essa ocorrência a partir das fases interpretativas, de modo análogo à forma decisória da Corte IDH, como destacado no início desse capítulo. A primeira fase, moldura central mais ampla e genérica, é estabelecida pelos ministros. Porém, na segunda fase, há o predomínio de personalismo e, como consequência, os critérios são definidos de acordo com o que é mais benéfico à interpretação escolhida pelo ministro, proporcionando divergências argumentativas entre eles, a partir de critérios diferentes.

Assim, os posicionamentos decisórios podem assumir “lados” distintos quanto à proteção da livre manifestação a depender das especificidades fáticas de um caso. A vedação à censura prévia é bastante frisada nos julgados do ministro, especialmente se se tratar de liberdade de imprensa, havendo o entendimento de que a suspensão/restricção de matéria jornalística por decisão judicial pode configurar censura à liberdade jornalística, especialmente

porque a jurisdição cautelar não pode se converter em prática judicial inibitória³⁴³, sendo muito comum o uso da ADPF 130 como precedente a ser observado.

Entretanto, há exemplos de reclamações em que se alegava restrição à atividade jornalística e que os ministros não consideraram haver violação ao fixado na ADPF 130, nem que houve censura judicial. Na RCL 28.747/PR, 1ª Turma (2018), que aborda a retirada de matéria sobre a atuação de uma delegada da Polícia Federal na operação lava jato, o Min. Alexandre de Moraes entendeu que “a decisão reclamada não impôs nenhuma restrição, ao reclamante, que ofendesse à proteção da liberdade de manifestação em seu aspecto negativo, ou seja, não estabeleceu censura prévia”. De modo semelhante, na RCL 31.130/MS, 1ª Turma (2020), sobre decisão judicial que determinou a retirada de postagem sobre candidato à eleição, o ministro destacou a mesma justificativa, porém com base na restrição imposta pela lei eleitoral, para garantir o equilíbrio do processo eleitoral (voto divergente).

O Min. Fachin, por seu turno, também já adotou o mesmo posicionamento de que a retirada e matéria jornalística não violou a ADPF 130. Na RCL 28.262, 2ª Turma (2018), o ministro considerou que a decisão judicial de origem para retirar notícias publicadas em sítio eletrônico fora baseada no Código Civil e no texto constitucional, não havendo a utilização da revogada lei de imprensa tratada no precedente paradigma. Resta clara, portanto, a mudança de posicionamento, uma vez que já houve manifestação sobre a violação desse precedente sem sequer haver a menção à lei de imprensa, levando-nos a questionar os motivos dessa mudança.

Podemos nos questionar, entretanto, se as categorias de discurso, baseadas nas temáticas que envolvem a liberdade de expressão, nos indicam posturas decisórias semelhantes para um mesmo ministro. Se voltarmos a elas, é possível notar que existem critérios interpretativos adotados. Nesse sentido, vejamos as categorias que mais desenvolveram conteúdo sobre o tema e se destacaram para comparação dos critérios, a saber, i) a liberdade de imprensa, ii) tutela da honra, iii) discurso de ódio, iv) discurso político/eleitoral, v) liberdade religiosa e vi) direito à intimidade/privacidade.

i) liberdade de imprensa: o Min. Moraes se posiciona a partir das premissas previstas na moldura, com ênfase à vedação à censura e que a responsabilidade de eventuais abusos deve ser *a posteriori*, a fim de garantir a democracia, juntamente com o pluralismo de ideias a todos, abrangendo os aspectos relacionados à função democrática; o Min. Fachin também destaca a função democrática, enfatizando a posição preferencial a livre expressão possui e, em uma

³⁴³ Exemplos: RCL 38.201 (voto Min. Alexandre de Moraes); RHC 146.303 (voto Min. Edson Fachin); RE 638.360 (voto Min. Edson Fachin); RCL 32.052 (voto Min. Edson Fachin).

decisão destacou parâmetros específicos para restringi-lo³⁴⁴. Sob essa perspectiva, observamos que há uma interpretação mais ampliada da liberdade de expressão pelo Min. Edson Fachin, pois a justificativa de restrição da liberdade de imprensa é excepcional.

ii) liberdade de expressão e tutela da honra: sobre o tema, o Min. Moraes analisou a PET 6.268/DF e que envolvia agentes políticos albergados pela imunidade parlamentar. Nesse contexto, a partir da evolução histórica das imunidades e que fora adotada pela constituição brasileira, o ministro entendeu que o conteúdo divulgado em redes sociais guardava relação como mandato e encontrava-se num contexto de antagonismos políticos. Assim, as ofensas só seriam relevantes no aspecto criminal se dissociada da atividade parlamentar. Porém não foram estabelecidos critérios objetivos quanto ao que pode ser considerado dentro de um “contexto político”. Quanto ao Min. Fachin, não houve voto específico para esse tema³⁴⁵.

iii) discurso de ódio: nesses casos o min. Moraes adotou critérios distintos. Na ADPF 572, sobre o inquérito das *fake News*, afirmou que a liberdade de expressão não pode ser usada para destruir a democracia, as instituições, a honra alheia, nem como escudo protetor para discursos de ódio (considerou o caso como um discurso odioso, sem indicar os parâmetros para identificá-lo). Além disso, considerou se tratar de crimes contra a honra, contra o Poder Judiciário e contra a segurança nacional³⁴⁶. Ao passo que no INQ 4694/DF, ressaltou a aplicabilidade da imunidade parlamentar relativa, incluindo o discurso dentro do contexto político, em razão de o parlamentar ter proferido opiniões críticas no desempenho de suas funções, a despeito de ter sido uma “grosseria”. Nesse contexto, a imunidade só seria afastada se as ofensas fossem pessoais e direcionadas a desafetos presentes na plateia ou fora, sem contexto com a palestra ou mesmo veicular um discurso de ódio (novamente não indicou parâmetros objetivos e o motivo pode estar relacionado ao contexto político).

O Min. Fachin, por seu turno, indicou expressamente na ADPF 572 que a jurisprudência oferece “vários nortes” sobre o conteúdo do direito à livre manifestação, ainda que haja

³⁴⁴ RE 638.360/RJ. Nessa reclamação, o ministro referencia os parâmetros fixados pelo Min. Barros na RCL 22.328, a saber: “(i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação”. Essa orientação está de acordo com os tribunais de direitos humanos (cita Corte EDH). Esses mesmos critérios são destacados na RCL 32.052/MS.

³⁴⁵ Importante lembrar que a presente pesquisa é inspirada no critério de prevalência temática (VIEIRA, 2002) e, por isso, não implica dizer que não há outros casos que abordem a tutela da honra, pois pode haver o desenvolvimento do tema em outra categoria, como no discurso político/eleitoral. Esse mesmo exemplo poderia ser considerado dentro do discurso político.

³⁴⁶ Frise-se que não rememorou a proteção das mais diversas manifestações, incluindo as falsas, tal como enfatizou na RCL 38.201/SP.

paradoxos e divergências na doutrina³⁴⁷. Dentro do que ele chamou de “norte”, além do que identificamos, aponta que a liberdade de expressão é um sobredireito, em referência à ADPF 130, porém se trata de uma postura minoritária desse precedente, já que constantemente se lembra o seu caráter não absoluto e a sujeição à ponderação. Mesmo o min. Fachin que evidencia a posição preferencial, faz essas ressalvas. Nesse caso específico, há farta utilização da doutrina e jurisprudência estadunidense para expor os testes que aferem a restrição do direito, como o teste mais protetivo da “ação ilegal imanente”³⁴⁸.

Em seguida destacou parâmetros advindos da jurisprudência da Corte IDH³⁴⁹ e da Constituição³⁵⁰, somando-se ao contexto atual da informação, em que não há sujeitos de direitos, mas algoritmos que ecoam informações. Por fim, destaca a vedação ao discurso de ódio e faz uma importante consideração sobre as exceções a esse direito fundamental: elas “são restritas, mas não se pode esgotá-las porque esses limites estão naquilo que lhe é inerente – a democracia – de modo que ninguém pode se atribuir a pretensão de totalidade”. Podemos considerar, dessa maneira, que há sempre possibilidades novas de restrições, não sendo exaustivo os critérios que definem a restrição ao direito.

iv) discurso político/eleitoral: o Min. Moraes, a partir da moldura, desenvolve que a censura prévia é caracterizada pelo seu caráter preventivo e abstrato, apontando a limitação e restrição do conteúdo a ser produzido no futuro (ADI 4451); e que não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão em seu aspecto negativo, porque não pode haver controle preventivo do conteúdo do debate público (ADPF 548). Porém nos demais casos, adotou postura limitativa da liberdade de expressão. Na ADI 5122/DF, destacou a proteção da intimidade e inviolabilidade de domicílio como um relevante bem coletivo, assim, a restrição de um meio de comunicação do pensamento político não afetaria o processo eleitoral. Na RCL 31.130/MS, apenas mencionou que não houve censura prévia, ainda que tivesse

³⁴⁷ É interessante notar que o ministro considera que há divergências na doutrina, mas na jurisprudência não. Ou podemos considerar que os “vários nortes” por ele mencionados são aqueles que compõem a moldura, os quais possibilitam distintas posturas argumentativas pelos ministros.

³⁴⁸ De acordo com o voto do ministro, os testes sofreram mutações e a Suprema Corte passou a adotar o teste mais protetivo, conhecido como “ação ilegal imanente”, que se baseia na identificação do cometimento ou da incitação ao cometimento de um crime iminente, e não apenas possível em um futuro indeterminado.

³⁴⁹ Evolução dos direitos humanos indica que a restrição à liberdade de expressão deve ser permeada por alguns subprincípios: “exercício do direito à liberdade de expressão envolve deveres e responsabilidades especiais e pode estar sujeito a certas restrições, que deverão, contudo, estar expressamente fixadas em lei e ser necessárias para: a) assegurar a proteção aos direitos ou à reputação de outrem; a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou à saúde e moral públicas. O art. 20 do Pacto também estabelece que toda propaganda em favor da guerra e toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estarão proibidos por lei”.

³⁵⁰ Assim, persiste a responsabilidade penal a partir dos crimes contra a honra. No caso da honra, o ministro aponta que deve haver o elemento anímico específico.

retirado matéria de candidato à eleição, sem mencionar os critérios para tanto. E na AP 1.021/DF, retirou do âmbito de proteção da imunidade parlamentar um vídeo que foi alterado para prejudicar parlamentar e que não tinha relação com o desempenho da função legislativa.

No que tange ao posicionamento do Min. Edson Fachin, na ADI 4451/DF, ressaltou a posição preferencial da liberdade³⁵¹, seu duplo aspecto (individual e coletivo), bem como a vedação à censura, sendo possível garantir o direito de resposta. Na ADI 5122/DF, ratifica esses critérios, porém enfatiza que havendo colisão de direitos, por mais que seja vedada a censura prévia, é possível estabelecer limites, a partir da permissão legal, observando os critérios de proporcionalidade (destacado de maneira retórica, haja vista que não apresenta os critérios conforme a teoria alexyniana). Assim, entende que a restrição não configura censura porque não controla previamente o conteúdo da matéria veiculada.

v) liberdade religiosa: para os casos de liberdade religiosa, o min. Moraes apresenta a mesma base argumentativa sobre vedação à censura e garantia do pluralismo de pensamentos, circulação de ideias, incluindo a liberdade de crença. Na ADI 2.566/DF, sobre o proselitismo em rádios comunitárias, o ministro é favorável à vedação daquele sob a justificativa de que o seu exercício incorreria em intolerância ao pluralismo de visões de mundo, com a imposição de apenas uma dominante, além de que as rádios comunitárias teriam uma função sociocultural específica. Nesse mesmo contexto, na ADI 4.439/DF, sobre ensino religioso em escolas públicas, o ministro defende a liberdade e o pluralismo de ideias como fundamento democrático, porém defende que não há neutralidade no ensino religioso, tendo em vista que é composto por dogmas inerentes ao seu exercício. A facultatividade da matéria religiosa asseguraria a liberdade daqueles que não quisessem participar da matéria religiosa.

Esses exemplos são representativos das conclusões apresentadas quanto à moldura. É perceptível que o mesmo parâmetro de interpretação pode levar a caminhos decisórios diferentes. Em ambos os casos, o ministro Moraes ressalta a garantia da liberdade religiosa, do pluralismo de ideias e de crença numa sociedade democrática, porém, quando analisado o proselitismo, no primeiro entendeu pela sua restrição, enquanto no segundo, a sua permissão. Se se trata do mesmo assunto, quais os fatores geradores dessa mudança de postura? É possível notar que a mera leitura dos votos, mesmo com a identificação de critérios, ainda não nos permite dar respostas conclusivas sobre o tema, encaminhando nossas pesquisas para outros ramos além do direito.

³⁵¹ O ministro indica expressamente que ainda que seja necessário fazer um balanceamento entre direitos, “não há como deixar de privilegiar a liberdade de expressão” (p. 36).

O Min. Edson Fachin, em seu voto na ADI 4.451/DF, após enfatizar a função democrática da livre manifestação, desenvolve que ela só pode ser limitada por expressa previsão legal para assegurar, nos termos da lei, o respeito aos direitos e à reputação das pessoas, proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas. Com base nesses critérios, destaca que o proselitismo não se encontra em nenhuma dessas cláusulas e que faz parte da essência das religiões, não podendo ser restringida, salvo em casos de ódio, violência ou discriminação. Ainda nessa perspectiva, ratifica que havendo conflitos entre direitos, não há como deixar de privilegiar a liberdade de expressão.

Na análise do ensino confessional, o ministro adota postura similar. Com base nos parâmetros legais (provenientes tanto da ordem jurídica interna, quanto internacional), conclui que o ensino pode ser confessional, desde que não obrigatório, haja vista não haver nenhuma norma que estabeleça a sua vedação. Novamente, ressalta o caráter democrático, pluralismo, a livre circulação de ideias e a participação de todas as religiões, incluindo a liberdade daqueles que livremente optaram por não ter uma específica.

vi) direito à intimidade/privacidade: para dois desses casos³⁵², o Min. Moraes desenvolve uma linha argumentativa mais restritiva da liberdade de expressão, distintamente de outras categorias. Na ADPF 129/DF (sigilo de movimentações de créditos relativos a despesas públicas) e no RE 685.493/SP (interceptação telefônica envolvendo ministros de Estado), destaca que a liberdade de expressão pode ser restringida. No primeiro, embora ratifique que a publicidade e transparência são vetores da Administração Pública, podem ser excepcionadas pelo interesse público e pela segurança nacional, dando exemplo de que há normas que permitem o sigilo de informações estatais, desse modo, seria possível resguardar movimentações de créditos.

No segundo, também reconhecendo as bases democráticas do direito, entende que não se deve garantir imunidade material para ministros de Estado, pois não há previsão constitucional para ampliá-la; que a livre manifestação pode ser limitada pelo direitos da personalidade; havendo colisão, deve-se utilizar o princípio da concordância prática, equilibrando os direitos, sem sacrificar totalmente algum deles; e as normas também inseridas em tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretadas de maneira mais

³⁵² O terceiro é a ADPF 722/DF sobre a liberdade de expressão de professores universitários, em que fora restringida os seus direitos de expressão, reunião e associação, bem como afetação da sua intimidade e privacidade com o “dossiê antifascismo” realizado em decorrência de seus posicionamentos políticos. Nesse acórdão, o ministro votou conforme a relatora, sem tecer maiores considerações sobre a liberdade de expressão. Por esse motivo não foi citado como os demais.

favorável ao ser humano. Por esses critérios, concluiu que deveriam ser garantidas as indenizações reparadoras dos direitos da personalidade violados.

O Min. Fachin, por outro lado, assume posicionamentos diferentes em ambos os exemplos. Na ADPF 129, com base nos parâmetros da liberdade de expressão que desenvolve a partir dos precedentes e argumentos comparados, destaca que a publicidade de informações públicas é a regra, sendo corolário do direito à manifestação. A restrição somente pode ocorrer por expressa previsão legal, para proteção da intimidade e segurança nacional e em hipóteses de necessidade e proporcionalidade. A partir disso, indica que o dispositivo em análise não justifica suficientemente a restrição do acesso à informação e não prevê nenhuma hipótese restritiva razoável. No RE 685.493/SP, destacou que os ministros de Estado, embora não tenham um regime específico de imunidade material, interpreta que as alegações foram proferidas no exercício das funções do cargo público, num contexto de disputa política. Assim, garantiu a liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade.

d) Impacto da opinião pública e outros fatores externos? Indícios e hipóteses investigativas com base nos votos dos ministros

A influência de fatores externos, como a opinião pública, não é simples de ser mensurada. Esse tipo de investigação demanda o auxílio de outros campos além do direito, consoante expusemos em momento anterior, superando as limitações dessa dissertação. Apesar disso, há pesquisas que elucidam a intensificação das relações entre o STF e a sociedade contemporânea, proporcionada por alguns fatores, como o poder de agenda desse tribunal e a repercussão midiática de suas decisões, por exemplo (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012; OLIVEIRA, 2017). Desse modo, podemos dizer que a opinião que a sociedade possui da atuação do Supremo pode impactar sua maneira de decidir seus casos, buscando garantir a legitimidade pública e, de certo modo, a aceitação e o respeito de suas decisões perante a sociedade (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 443-444).

Ainda que não tenhamos parâmetros claros para assegurar o grau de influência desses fatores, a postura dos ministros quanto aos critérios utilizados em determinados votos nos chamou a atenção, levando-nos a hipóteses de que podem estar relacionadas a eles. Um exemplo representativo é a ADPF 572, sobre a abertura do inquérito das *fake news*, pois está diretamente relacionada à imagem e a honra do STF perante à sociedade, bem como podemos relacionar ao conflituoso contexto político.

Ambos os ministros enfatizam a ocorrência de discurso de ódio e que a liberdade de expressão não a protege. O min. Moraes segue a argumentação de que a liberdade de expressão não pode ser usada como escudo protetor para práticas ilícitas e discursos odiosos, porém, não oferece critérios suficientes para caracterizá-lo, ressaltando a ocorrência de crimes contra a honra, contra a instituição e contra a segurança nacional. É possível perceber, no decorrer da sua exposição, a sua postura de indignação perante o ocorrido e a tentativa de “salvar” a honra do STF no meio social.

O min. Fachin, embora ressalte bem mais os parâmetros da liberdade de expressão e a sua importância, destaca as restrições expressamente previstas no ordenamento jurídico³⁵³, porém faz a ressalva de que as restrições não se esgotam num contexto democrático. Posição que ainda não havia sido evidenciada nessa amostra de acórdãos. Esses pontos nos levam a reflexões que vão para além das justificativas escritas nos votos, considerando que está em pauta a própria honra da Suprema Corte brasileira e que está sendo julgada pelos seus próprios membros.

Podemos indicar como hipótese que a Corte, a partir de uma atuação estratégica, não fixa precedentes ou padrões normativos com critérios objetivos e delimitados. Isso permite que ela reveja suas premissas decisórias em momento posterior sem afetar o que já fora fixado sobre o tema³⁵⁴. Desse modo, há uma flutuação interpretativa que não pode ser explicada pelo fator tempo, alteração do direito ou da composição, tal como observamos nesses julgados sobre liberdade de expressão, haja vista que a adoção constante de parâmetros vagos não nos permitirá dizer a causa específica quando há a modificação de precedentes.

Outro exemplo é a ADPF 496 sobre desacato, destacando-se o voto do ministro Moraes, que não obstante afirme as bases democráticas da liberdade de expressão e que os agentes públicos estão num nível maior de sujeição à crítica da sociedade, afirma a compatibilidade da norma com a Constituição. Podemos inferir que essa postura não é compatível com o assentado pela jurisprudência interamericana sobre o tema, conforme expôs o ministro Fachin, porém fora assentado, por maioria, posição contrária.

³⁵³ Ressalta que a restrição à liberdade de expressão é ainda mais rigorosa quando envolve agente público, porque a submissão à crítica é inerente a sua atividade. A despeito disso, embora reconheça as restrições limitadas, segue a linha argumentativa que as exceções à liberdade não se esgotam e que o discurso racista e de ódio não é protegido. E ainda cita um caso da Corte EDH logo em seguida para indicar que atos que visam retirar direitos ou excluir determinadas pessoas da sociedade, a pretexto de ideologia política, não estão no âmbito da liberdade de expressão (p. 45-48).

³⁵⁴ E essa conclusão contrasta, por exemplo, com o posicionamento de Vojvodic, Cardoso e Machado (2009), em que afirmam o caráter diferido das decisões para posterior consolidação dos precedentes.

Além da opinião pública, podemos destacar indícios de influências políticas nas decisões. Na RCL 28.474, indo na contramão das decisões que consideram a retirada e suspensão de matéria jornalística de sítios eletrônicos como violação à ADPF 130, o Min. Moraes entendeu que não houve censura nem afetação do precedente invocado. Cumpre rememorar que se tratava de atuação de uma delegada federal na operação lava jato e órgãos conexos, incluindo MPF e Judiciário. Apesar de haver interesse público nas informações, por que nesse caso específico julgou-se favoravelmente à suspensão da matéria? De igual modo, no INQ 4.694/DF, por que as afirmações de um deputado federal em desfavor de grupos vulneráveis foram consideradas “grosseiras” e não como discurso de ódio ou racista? Por outro lado, no RE 685.493, Moraes considerou ser necessária a garantia de indenização moral a ministro de Estado pela afetação aos direitos da personalidade.

Esses exemplos não nos fornecem conclusões certas sobre os motivos que levaram à ocorrência de divergências, todavia, há um forte indício de que o contexto político é um fator considerado na solução desses casos, especialmente porque prepondera a justificativa instrumental da liberdade de expressão na Corte, com a ênfase na função democrática, e que pode acentuar a preocupação sobre esse tema, com a proteção das instituições democráticas e dos espaços para desenvolvimento das atuações políticas no país. Novamente, apenas nos instigam a investigar o tema a partir de outros campos. O que podemos concluir, no entanto, com base nas pesquisas realizadas e na leitura dos votos, é que há fatores externos que podem influenciar as decisões do Supremo, proporcionando diferentes posturas decisórias por seus membros, a depender do caso concreto.

3.2.1. Há um padrão decisório nos votos dos ministros Fachin e Moraes?

Os elementos verificados corroboram a conclusão sobre a inexistência de um padrão decisório da Corte que seja capaz de prever decisões futuras em temáticas semelhantes, a qual é proporcionada pelas distintas visões e posturas argumentativas inerentes a cada membro que a compõe. Se considerarmos o conteúdo de direito, remetemo-nos à moldura central que está presente em grande parte das decisões, porém é marcada por conceitos e critérios igualmente abertos, abstratos e genéricos, que dão margem a interpretações variadas e inviabilizam identificar um padrão a ser seguido.

É possível notar algumas exceções a esse caráter em alguns exemplos, como no voto do Min. Fachin na ADPF 572, em que apresenta uma série de critérios objetivos a serem seguidos,

dispostos na jurisprudência estadunidense e na interamericana de direitos humanos, porém, no final, considera, efetivamente, apenas que os discursos de ódio não integram o âmbito de proteção da liberdade de expressão, nem o desrespeito às instituições democráticas.

Ou seja, não aplicou ao caso concreto, por exemplo, os testes previstos na jurisprudência dos EUA. Frise-se que dificilmente a jurisprudência do Supremo os aplicará conforme o disposto pela Suprema Corte dos EUA, visto que esses critérios não foram referenciados em outros casos, nem pelo mesmo ministro. Quando usado, é apenas como referência inicial quanto ao conteúdo da liberdade de expressão que compõe a moldura.

Com base na investigação dos votos, se formos identificar um padrão para cada ministro, podemos dizer que o Min. Alexandre de Moraes adota uma postura argumentativa com tendências a limitar a liberdade de expressão quando colide com a garantia de outros direitos fundamentais, ou quando ocorre situações que atentem contra a administração pública. Essa afirmação, contudo, comporta críticas na medida em que o ministro, em diversas vezes, mesmo que limite a livre manifestação no caso concreto, destaca a sua função essencial no estado democrático de direito e os elementos que a norteiam.

A postura do Min. Edson Fachin, em contrapartida, tende a garantir uma posição preferencial da liberdade de expressão num contexto democrático, baseado nos parâmetros nacionais, estrangeiros e internacionais que costuma desenvolver em diversos votos, mesmo que em categorias diferentes. Não implica dizer, contudo, que seja sempre desse modo e que esse direito fundamental será garantido em todos os contextos possíveis, pois, mesmo na amostra limitada de decisões que adotamos, há votos que destoam.

Em linhas gerais, esse é uma tendência argumentativa que identificamos para cada um e nos contextos das categorias de discurso. Porém, se buscamos um padrão com a finalidade de ser observada certa previsibilidade decisória, não é possível identificar parâmetros claros que possibilitem esse desafio, em razão dos critérios vagos utilizados. Quando são destacados parâmetros objetivos, nem sempre permanece sendo adotado em casos posteriores, ainda que sejam semelhantes. E essa conclusão pode ser atribuída à corte, a partir de postura similar dos demais membros.

3.3. A postura decisória do Supremo e suas implicações

Há estudos especializados que nos indicam que a forma de decidir do Supremo proporciona a ausência de padrão judicial, como a que encontramos nos casos sobre a liberdade de expressão. Conforme mencionado no início desse capítulo, nossos tribunais, em especial o

STF, adota um padrão de argumentação jurisdicional construído por argumentos de autoridade (RODRIGUEZ, 2013, p. 107), em que os acórdãos são compostos pelas transcrições dos debates e votos prontos previamente às sessões de julgamento, sem haver preocupação com a coerência de uma redação oficial e coletiva³⁵⁵ que permita encontrar as razões de decidir para o caso concreto, haja vista que não se tem como objetivo criar um padrão, mas tão somente reforçar o argumento adotado pelas autoridades citadas sem sistematização.

De acordo com Rodriguez (2013, p. 109-110), esse modelo traz vantagens: redução do peso político das decisões, permitindo que as discussões sobre o tema permaneçam diante da ausência de parâmetros claros ou respostas fechadas, assim, “os tribunais não se comprometem com nenhum fundamento substantivo, apenas com o resultado final”; e a segurança jurídica não dependerá da racionalidade da argumentação, não havendo ônus argumentativo para decidir de modo contrário a esse padrão, pois os fundamentos não seriam relevantes. Desse modo, o autor considera que esse modelo de justiça opinativa não é transparente quanto ao quesito previsibilidade, mas permite o debate na esfera pública e a participação de seus representantes nesse processo decisório.

Se considerarmos que a argumentação é autoritativa, nos moldes observados por Rodriguez (2013), então a resposta à divergência pode estar nos elementos empregados pelos ministros como argumentos dotados de autoridade. Por conseguinte, cada julgador poderá trazer os elementos de autoridade conforme a opinião formada acerca da controvérsia judicial e sem haver preocupação com o desenvolvimento de padrões jurídicos sobre a temática. Podemos inferir, inclusive, que essa postura do STF é estratégica na medida em que formam uma moldura argumentativa como forma de demonstrar certo consenso sobre o tema, permitindo a indicação de precedentes, mas há a manutenção de divergências no momento de fixação dos critérios para a solução de controvérsias quando outros direitos fundamentais estejam em jogo e fora do espectro político, como os direitos de personalidade.

Há autores, como Vojvodic, Cardoso e Machado (2009, p. 38), que caracterizaram os julgados do STF como “decisão diferida no tempo”, significando dizer que essas distintas razões apresentadas pelos ministros e ministras em seus votos se constituem em elementos persuasivos para fundamentar decisões posteriores, sem formar um precedente consolidado que possa causar consequências predeterminadas/fixas em casos de grande repercussão, assim, “a pluralidade de *rationes*, por vezes, joga para o tempo futuro a decisão sobre qual linha

³⁵⁵ Silva (2021, p. 505) destaca que não há no STF decisões escritas de forma coletiva com efetiva deliberação, havendo apenas uma exceção com as teses fixadas nas decisões que contenham repercussão geral, pois no fim desses julgamentos o tribunal fixa uma tese, cuja redação final é debatida entre os seus membros.

argumentativa deve prevalecer”. Ressalta-se, contudo, que os referidos autores não encontram problemas quanto a essa forma de decidir, ainda que identifiquem o desafio de formação de precedentes consolidados. A partir do que observamos, o desafio está no caráter abstrato do que fora consolidado nesses precedentes, isto é, os parâmetros da moldura que compõe o conteúdo do direito à liberdade de expressão.

Encontrar uma fundamentação coerente que possa ser atribuída à Corte brasileira, e não a um ministro específico, por essas razões, é uma tarefa complexa que demanda reconstituir os argumentos de cada julgador, tomando como ponto de partida a transcrição de debates e votos dispostos nos seus acórdãos. Para essa tarefa, Rodriguez (2013, p. 108) indicou esse caminho e alertou que, “mesmo após fazer isso, dificilmente chegará a fundamentos coerentes”. E foi exatamente a essa conclusão que podemos observar a partir da jurisprudência sobre o direito à livre manifestação.

Não é por esse motivo, no entanto, que devemos deixar de aprofundar as investigações sobre essa temática tendo em vista que “compreender melhor como os ministros votam é fundamental para que se exerça um controle democrático mais apurado de suas decisões” (VOJVODIC; CARDOSO; MACHADO, 2009). Além disso, ainda que estejamos num modelo decisório baseado em argumentos de autoridade, conforme os autores supramencionados, e que não necessariamente seja algo ruim³⁵⁶, entendemos que pode haver prejuízos quando há ausência de padrões jurídicos em matéria de direitos fundamentais, tendo em vista que se deve harmonizar a jurisprudência constitucional levando em consideração o direito à igualdade, pois “não se trata somente de garantir a previsibilidade das decisões judiciais, mas de fazê-lo a partir dos parâmetros estabelecidos pelo direito à igualdade” (MAUÉS; MAGALHÃES, 2009, p. 5703)³⁵⁷.

³⁵⁶ Tanto Rodriguez (2014, p. 103) quanto Vojvodic, Cardoso e Machado (2009, p. 38) afirmam que essa estrutura decisória adotada pelo Supremo não significa ser um defeito ou não implica necessariamente em algo ruim.

³⁵⁷ Adentrando-se na esfera do conteúdo do direito à igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se destacar que há a proibição do Estado em aplicar a lei desigualmente (dever negativo), juntamente com o direito à não discriminação, a qual proíbe o Estado aplicar a lei de maneira discriminatória (caráter ativo) e o obriga a adotar medidas que vedem a discriminação ou crie ações que combatam as condições de causa ou manutenção de discriminações (MAUÉS, 2019, p. 54). Nesse contexto, Maués (2019, p. 55) ressalta que, “para garantir esse direito é necessário dispor de critérios que permitam ao juiz definir qual é a melhor interpretação da lei”. Embora o referido autor esteja tratando especificamente do direito à igualdade, não podemos deixar de considera-lo no âmbito de aplicação e garantia da liberdade de expressão, uma vez que aquele reflete num contexto geral de aplicação da lei pelo juiz. Assim, a adoção de critérios para definir qual a melhor interpretação da lei (inclusive o texto constitucional) mostra-se imprescindível nessa tarefa, sobretudo para identificar quais são os casos juridicamente iguais e quais são distintos. Se há parâmetros para estabelecer as semelhanças entre os casos e foram decididos de maneira distinta, sem haver critérios que os diferencie para justificar decisões divergentes, pode-se incorrer em violação ao direito à igualdade e à não discriminação, considerando o que fora desenvolvido por Maués (2019).

A formação de precedentes consolidados em matéria constitucional é essencial para a garantia de direito, a fim de que casos semelhantes sejam tratados semelhantemente, de acordo com o princípio da igualdade perante a lei, mas, ao mesmo tempo, considerando os casos novos e a possibilidade de mudanças a partir da construção deliberativa entre os juristas e as fontes de direito (RODRIGUEZ, 2012). Embora não haja consenso entre os juristas sobre a forma mais apropriada de interpretar o texto constitucional, Vieira (2018, p. 211) enfatiza que deve haver o máximo de racionalidade possível, especialmente no exercício da colegialidade, a fim de conferir integridade e autoridade à jurisprudência do Tribunal, estabelecendo os precedentes a serem seguidos, juntamente com a estabilização das expectativas a partir da representação da vontade da maioria³⁵⁸.

Ocorre que é possível observar o inverso: o Supremo tem interpretado a Constituição de forma flexível (VIEIRA, 2018, p. 208) e, por conseguinte, essa postura tem sido refletida nas decisões sobre liberdade de expressão, bem como, muito provavelmente, em todos os demais julgados dessa corte. Esse fato impacta o conteúdo de direito fundamental desenvolvido, gerando uma série de consequências tanto no campo teórico quanto prático: na teoria não são criadas balizas ou fundamentos claros que definam o que é ou não protegido pela liberdade de expressão; na prática, em decorrência do primeiro, casos semelhantes podem ser julgados de forma distinta.

Por mais que existam elementos indeterminados no direito que demandem interpretação, inclusive mudanças diante de novos conflitos/demandas sociais, esse fato não pode resultar na construção de “dogmáticas jurídicas” diferentes, sendo necessário “haver um acordo de base entre as mais diversas posições teóricas sobre o material jurídico de que se parte e os organismos decisórios nos quais ele se desenrola, inclusive quanto ao procedimento” (RODRIGUEZ, 2012).

Sem termos a pretensão de dar respostas a essas reflexões, todas elas são importantes para nos direcionar a futuros caminhos de pesquisa empírica sobre a jurisprudência da Corte suprema brasileira em matéria de direitos fundamentais. Além da análise de dados oriundos dos votos escritos dos ministros, por exemplo, devemos voltar nossos olhos para outros campos complementares ao direito que indicam variáveis (fatores externos e internos) que impactam no modo de decidir do tribunal.

³⁵⁸ Identificada pela clareza dos fatos, da questão jurídica, dos critérios de tomada de decisão e da regra principal proveniente do julgado, por meio de um processo de deliberação mais consistente que estabeleça padrões interpretativos mais claros (VIEIRA, 2018, p. 213).

E, de modo conjunto, a partir dos problemas evidenciados, incluindo as premissas da moldura central argumentativa, destacamos a necessidade de aprofundamento dos parâmetros teóricos e conceituais que norteiam os critérios adotados pelos ministros para solucionar casos sobre liberdade de expressão. Nessa empreitada, é crucial considerar a produção jurisprudencial sobre o tema, de modo que se permita observar, em maior medida possível, todos os fatores, elementos e critérios adotados para o julgamento de casos concretos, a fim de garantir integridade e coerência de jurisprudência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de identificar o conteúdo do direito à liberdade de expressão desenvolvido na jurisprudência do Supremo, compreendido a partir dos fundamentos, limites e critérios dados à interpretação de casos sobre o tema, analisamos um conjunto de acórdãos da corte num período em que não houve a alteração de nenhum de seus membros. Para tanto, agrupamos os julgados em temáticas semelhantes, com base em categorias de discursos, que nos permitiram observar algumas linhas argumentativas de julgamento em situações fáticas também similares, em que os ministros apresentam abordagens comuns entre os temas, porém com elementos específicos divergentes, as quais proporcionaram decisões não unânimes entre os ministros, seja num mesmo acórdão, seja em julgados distintos.

Seguindo nessa investigação, buscamos compreender as discussões doutrinárias que envolvem a livre manifestação, incluindo as justificativas teóricas que o fundamentam, a fim de identificar qual a sua relação com a jurisprudência do STF, isto é, se há a compatibilidade entre as suas abordagens sobre o direito em apreço, dando-nos o suporte teórico para investigar o conteúdo desenvolvido na jurisprudência. A partir disso, primeiramente observamos que a literatura nacional sobre liberdade de expressão desenvolve, a partir da análise do texto constitucional, leis e precedentes (em menor escala), parâmetros de caráter aberto, muito semelhante ao que está disposto na base argumentativa do Supremo. Salvo algumas pesquisas acadêmicas especializadas (artigos científicos), a doutrina não costuma identificar problemas nessa construção, nem na formação de precedentes sobre o tema, pois são exemplificados casos específicos, geralmente os mais emblemáticos, sem justificar a seleção ou contextualizá-los.

Esses mesmos parâmetros, de caráter genérico e abstrato, são adotados pelos ministros em seus votos sobre liberdade de expressão, havendo alguns que se sobressaem, a saber: a função democrática; vedação à censura prévia pelo Estado; posição preferencial; e uso da técnica ponderativa em casos de colisão entre direitos fundamentais. Denominamos de

“moldura central argumentativa” a composição desses quatro elementos, os quais identificamos como pilstras que integram o conteúdo do direito produzido pela Corte brasileira, com base na amostra de acórdãos analisadas.

No tocante às justificativas teóricas que fundamentam a garantia da liberdade de expressão, identificamos que a função instrumental é a que se destaca na jurisprudência do Supremo a partir da ênfase à garantia e proteção da democracia. Como consequência, há uma prevalência de julgamento da Corte nesse sentido em detrimento da proteção do indivíduo, conforme analisamos nas categorias de discurso. Essa postura, no entanto, não é desenvolvida pela dogmática, ao revés, são apresentadas ambas as justificativas (constitutiva e instrumental) em igual proporção ou, até mesmo, com ênfase maior à função constitutiva, voltada à dignidade da pessoa humana e formação individual.

Num primeiro momento, poderíamos argumentar que há um padrão jurídico no conteúdo de direito (moldura) que permite indicar certa previsibilidade decisória quando se tratar da mesma categoria de discurso. Entretanto, os dados numéricos nos relevaram quantidade expressiva de acórdãos com divergência, indicando-nos conclusão em sentido oposto. Notamos, nesse contexto, que essa ocorrência é justificada com a adoção de critérios interpretativos distintos entre os ministros, direcionando-os a posicionamentos também diferentes na solução da controvérsia judicial.

Ademais disso, a partir da predominância da justificativa instrumental da liberdade de expressão e, com isso, havendo evidente inclinação decisória a favor da manutenção da função democrática que esse direito desempenha, a Corte é direcionada, preferencialmente, a preservar a liberdade de imprensa, as imunidades parlamentares e a administração pública, quando conflitam liberdades/direitos individuais e interesses estatais (a partir das referidas temáticas).

Havendo uma base comum, a moldura, e verificando que os critérios empregados podem ser diferentes entre os ministros, questionamo-nos os motivos que ensejam essa discrepância argumentativa nos julgados sobre a livre manifestação, o que nos direcionou a outros campos investigativos, como o que estuda o comportamento judicial. Nesse diapasão, apresentamos, no último capítulo, fatores externos e internos que podem influenciar as decisões judiciais como, por exemplo, o contexto político, a opinião pública, a formação pessoal do ministro, entre outros.

A pesquisa de jurisprudência, sob essa perspectiva, mostra-se insuficiente para identificar todos esses elementos que ultrapassam a área estritamente jurídica. Entretanto, a fim de buscar possíveis hipóteses sobre o tema, analisamos afundo a postura decisória de dois ministros que mais desenvolveram o tema (critério quantitativo) a partir de parâmetros

específicos. Ainda que não tenhamos chegado a respostas definitivas, foi possível observar algumas tendências de julgamento e prováveis influências externas que contribuíram para a postura decisória dos ministros nesses julgados. O contexto político é um exemplo que mais se destaca.

Outras investigações sobre o modo de decidir do STF, como a realizada por Rodriguez (2013), podem nos indicar um modelo de decidir desse tribunal marcado por argumentos de autoridade, que não tem a preocupação de buscar uma coerência, mas tão somente de convencimento a partir das autoridades referenciadas. Na jurisprudência sobre liberdade de expressão, podemos ratificar essa postura, haja vista a forma não sistemática de adotar as diversas fontes de direito, sem criar critérios interpretativos claros que possibilitem direcionar casos futuros posteriores, mas que pode estar relacionada a posturas estratégicas ou ideológicas, sendo necessário apontar um novo termo que melhor explique a forma decisória do tribunal brasileiro. Por conseguinte, a Corte não fixa precedentes ou padrões normativos com critérios bem definidos, viabilizando flutuações interpretativas e a revisão de premissas teóricas.

Ocorre que a necessidade de integridade judicial impera por expressa previsão legal no nosso ordenamento jurídico (art. 926 do CPC). Além disso, frisa-se a garantia do direito à igualdade no sentido de que casos concretos similares tenham decisões judiciais próximas, salvo se se tratar de situações juridicamente distintas, que deve ser justificada com critérios objetivos e não abertos/abstratos como vem ocorrendo na jurisprudência do Supremo sobre o direito à liberdade de expressão.

Isso porque percebemos uma moldura central (primeira fase), porém, na fase interpretativa posterior, adota-se os critérios e parâmetros que melhor atendam à compreensão do ministro sobre aquele determinado caso, podendo ser influenciado por outros fatores externos, como o contexto político. Por esse motivo, há um papel basilar a ser desempenhado pela dogmática jurídica, que aprofunde esses elementos que causam divergências entre os ministros, proporcionando bases que permitam construir uma postura decisória mais coerente da Corte sobre a temática em questão.

A partir dessa constatação, podemos ser alocados para novos rumos investigativos sobre a complementação do conteúdo do direito à liberdade de expressão. Constatamos uma moldura argumentativa central, cujas pilastras são dotadas de caráter geral e abstrato, que não consegue responder todas as demandas e conflitos que envolvem esse direito. Para a solução judicial, assim, emprega-se critérios adicionais os quais, a despeito de serem mais objetivos, não são utilizados por todos os demais ministros e nem o mesmo ministro os adotam sempre em casos

posteriores. Há, portanto, a identificação de uma flexibilidade argumentativa, a qual pode estar associada a uma postura estratégica da Corte.

A dogmática jurídica pode ser direcionada a destacar e aprofundar os conceitos dos elementos que são evidenciados como “vagos”, como o conceito de democracia, de “contexto e antagonismo político”, de segurança nacional, de discurso de ódio, de incitação à violência, entre outros, com o objetivo de uniformização. Assim, o Supremo desempenhará, a partir de sua jurisprudência, relevantes contribuições para essa tarefa.

Por fim, para além disso, considerando que a pesquisa empírica de jurisprudência precisa ser complementada, a investigação dos fatores externos e internos também pode contribuir, de maneira significativa, para a compreensão das divergências, direcionando a respostas mais contundentes sobre a postura decisória da Corte. Conforme frisado, o seu comportamento decisório pode nos oferecer hipóteses e respostas nesse sentido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Quando a unanimidade não esclarece. **Valor**, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/quando-a-unanimidade-nao-esclarece>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BARROSO, Luís R.; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio A. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros editores. 2005. p. 271- 316.

CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. **Texto Contexto Enfermagem**. Florianópolis, 2006, Out-Dez; 15(4): 679-84. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010407072006000400017&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em Nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. Foreword to *Extreme Speech and Democracy*. In.: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editors). *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009, p. v-ix.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EASTLAND, Terry (Coord), *Freedom of Expression in the Supreme Court: The Defining Cases*: Boston: Rowman & Littlefield, 2000.

FALCÃO, Joaquim A.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?. Lua Nova, **Revista de Cultura e Política** (Impresso), p. 429-469, 2013.

FALLON, Richard H. *Legitimacy and the Constitution*. Harvard Law Review, vol. 118. No. 6. Apr., 2005, pp. 1787-1853.

FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 9 ed. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Fiss, Owen M. *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*. Massachusetts: Westview, 1996.

FISS, Owen M. *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*. Massachusetts: Westview, 1996.

HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. **Revista Estudos Institucionais**. V. 6, n.1, p. 109-128, jan/abr.2020. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/462>>. Acesso em: mai/2021.

KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN. *Constitutional Law*. 19ª ed. New York: Foundation Press: 2016, p. 944-949.

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Daniel Sarmento. (Org.). **Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de casos. **Revista Direito e Práxis**, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/44121/0>>. Acesso em: Abr. 2020.

LEITE, Fábio C. et al. **A liberdade de imprensa no tribunal de justiça do rio de janeiro**. Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2020.

LEITE, Fábio C.; HANNIKAINEN, Ivar A. R. O uso de experimentos na Pesquisa Jurídica: experiências com a liberdade de expressão. In: PEIXINHO, Manoel; ABREU, Célia; CUNHA, Antonio (Org.). **Diretrizes de metodologia da pesquisa jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 41-60.

LEITE, Fábio. Liberdade de expressão religiosa e discurso de ódio contrarreligioso: a decisão do STF no RHC 134.682. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade, REDES**, Canoas, v. 7, n. 3. 2019. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6103>>. Acesso em: Mar. 2019.

LEITE, Fábio; HANNIKAINEN, Ivar; NHUCH, Flavia. Adivinhe quem vem para jantar: a liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 259 – 276. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46877>>. Acesso em Fev. 2020.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MAGALHÃES, Breno B.; BACELAR, Rafaela G. O uso do direito comparado pelo Supremo Tribunal Federal e o seu método de interpretação: análise da ADI4439. In: VELOSO, Roberto Carvalho; COSTA, Paulo Sérgio Weyl; MENEZES, Daniel Nagao. (Org.). **Direito e Desenvolvimento**. 1ed.São Luís: EDUFMA, 2020, v. 1, p. 97-134.

MAGALHÃES, Breno B. Cursos e Manuais de Eficácia Limitada: a função social da dogmática constitucional a partir da análise do tema “normas constitucionais”. **Direito, Estado e Sociedade**, 2020. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1407>>. Acesso em mar. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 211-238.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 65-96.

MAUÉS, Antônio Moreira. Fundamentos do direito à igualdade na aplicação da lei. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 11, p. 44-57, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2019.111.03/60747111>>. Acesso em: jan. 2020.

_____; MAGALHÃES, Breno. **Direito à igualdade e transcendência dos fundamentos determinantes**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 5700-5723.

MELLO, Patrícia Perrone. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, pp. 688-718. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5481>>. Acesso em nov. 2020.

MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, A. et al. (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. Cap. 3, p. 53-74.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 7 ed., 2012.

MESQUITA, Lígia. Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG. **BBC News Brasil**, São Paulo, 09 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>>. Acesso em: 02 de jun. de 2021.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 313-332.

OLIVA, Tiago. **Minorias Sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. São Paulo, **Fundação Konrad Adenauer**, v. 18, n. 1, p. 125-148, 2017. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=284006f0-b5fe-a5e5-7d30-360bcc6d5e98&groupId=265553>. Acesso em abr. 2021.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

_____. **Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no discurso do ódio**. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra; VÁZQUEZ, Eréndira Ramos. *La libertad de expresión*. *Sociedad Interamericana de Prensa*, Miami, 5 ed., 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>. Acesso em Jul. 2019.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck e PEIXOTO, Vitor Moraes (2009). **Levando a Decisão Judicial a Sério: Processo Decisório, Judiciário e Políticas Públicas**. Trabalho apresentado no GT “Políticas Públicas” do 33º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais.

RIBEIRO, Leandro; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503>>. Acesso em: nov. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**. Para uma crítica do direito brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

_____. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis (Org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21-32.

_____; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez Assis (Org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-54.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Carlos V. N. O Supremo de “portas abertas”: a colegialidade em ação. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 56, jan/jun 2020. P. 10-39.

_____; SILVA, Gabriel. Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro. **Revista interdisciplinar de sociologia e direito**. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34492>>. Acesso em: out. 2020.

SARLET, Ingo W. Liberdade de expressão e discurso de ódio – de Karlsruhe a Charlottesville. **Consultor Jurídico**, São Paulo, Ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-karlsruhe-charlottesville>>. Acesso em: Abr. 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press.

SILVA, José A. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros editores. 2014.

SILVA, Júlio C. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 037-064. jan-jun, 2015a. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/56785>>. Acesso em: mai.2020.

SILVA, Tadeu A. D. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVA, Virgílio A. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio A. (org.). **Interpretação constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

_____. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

_____. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 1, 2015b. P. 180-199.

SIMÃO, José L. A.; 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. Porto Alegre, **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS**, v. XII, n. 1, p. 203-229, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>>. Acesso em: Mar. 2019.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463>>. Acesso em Mar. 2020.

TORRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa, Brasília -DF, out./dez. 2013, p. 61-80. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: Mar. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Supremo tribunal federal – jurisprudência política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara; CARDOSO, Evorah. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, jan-jun, 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24371>>. Acesso em: jun. 2021.

WALDRON, Jeremy. “Partly Laws Common to All Mankind”: Foreign Law in American Courts. *Yale University Press*, 2012.

_____. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

APÊNDICE

APÊNDICE A – Quadro geral dos principais argumentos sobre liberdade de expressão, a partir das categorias de discurso.

Conteúdo da Liberdade de Expressão	
Categorias do discurso	Principais argumentos utilizados
Liberdade de Imprensa/Jornalística	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão tem sentido amplo e abrange a liberdade de informação e de imprensa, assim como a intelectual, artística e científica³⁵⁹; - Liberdade de imprensa, enquanto proteção da livre manifestação, abrange: direito de informar, de buscar, receber e transmitir informação, de opinar e de criticar³⁶⁰ (seu exercício objetivo, afasta o ânimo de ofender³⁶¹); - Liberdade de expressão é garantida em seu duplo aspecto: positivo (exteriorização da opinião) e negativo (proibição da censura prévia)³⁶²; - Censura estatal à livre manifestação e informação é vedada³⁶³; - Liberdade de expressão tem posição Preferencial na ordem constitucional³⁶⁴; - Caráter não absoluto da livre manifestação³⁶⁵; - Admite restrições (não absoluto) com a utilização da ponderação³⁶⁶; - Liberdade de expressão é um dos núcleos/fundamentos do Estado Democrático de Direito³⁶⁷;

³⁵⁹ Voto Barroso e Fachin RCL 22.328/RJ; Voto Alexandre de Moraes (inclui discursos moralistas, obscenos, humorísticos, conservadores e literários), RCL 38.201/SP.

³⁶⁰ Voto Celso de Mello, RCL 28.262; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 16.074/SP; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ; Voto Fachin, RCL 32.052/MS; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR;

³⁶¹ Votos Celso de Mello, RCL 28.262 e ARE 892.127/SP; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 16.074/SP; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR;

³⁶² Voto Alexandre de Moraes RCL 38.201/SP;

³⁶³ Voto Barroso e Fachin, RCL 22.328/RJ; Voto Fux, RCL 22.328/RJ; RCL 28.747; Voto Celso de Mello, RCL 28.262; Voto Cármen Lúcia, ARE 892.127/SP; Voto Rosa Weber, RMS 33.028; Voto Celso de Mello, RCL 15.243/RJ; Voto Cármen Lúcia, RCL 15.243/RJ; Voto Alexandre de Moraes, Reclamação n° 38.201/SP; RCL 16.074/SP; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; RCL 32.052; RCL 31.117/PR.

³⁶⁴ Votos Barroso, Fachin e Fux, RCL 22.238/RJ; Votos Fux e Barroso, RCL 28.747; Votos Edson Fachin e Celso de Mello, ARE 892.127/SP; Voto Luiz Fux, MS 36.901; Voto Celso de Mello, RCL 15.243; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; RCL 31.117 (ênfase à posição de destaque da liberdade de expressão).

³⁶⁵ Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Gilmar Mendes, ARE 892.127/SP;

³⁶⁶ Voto Barroso e Fachin, RCL 22.328/RJ; Voto Fux, RCL 28.747; Voto Fachin, RCL 28.262; Votos Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello, ARE 892.127/SP; Voto Teori Zavascki (cita precedente), RCL 15.243; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; Voto Gilmar Mendes, RCL 32.052/MS; Voto Fachin, RCL 32.052/MS; Voto Celso de Mello, RCL 31.117.

³⁶⁷ Quando a finalidade de assegurar a democracia é mencionada, geralmente é acompanhada com a importância que a livre manifestação desempenha, como a manutenção do mercado de ideias, garantia do pluralismo, desenvolvimento da dignidade, participação e tomada de decisões políticas, etc. Casos encontrados: Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Celso de Mello, RCL 28.262; Voto Gilmar Mendes, ARE 892.127/SP; Voto Celso de Mello,

	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de manifestação é um instrumento à promoção das liberdades públicas e privadas dos cidadãos³⁶⁸; - Proteção da expressão de ideias de grupos minoritários³⁶⁹; - Dignidade da pessoa humana é um limite³⁷⁰; - Deve haver maior ônus argumentativo para justificar restrição à livre manifestação, sob pena de haver efeito inibidor do seu exercício³⁷¹; - Intervenção judicial somente a posteriori em casos de abusos³⁷²;
Liberdade de Expressão e Tutela da Honra	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão ampara as discussões de âmbito parlamentar (imunidade parlamentar), incluindo antagonismos político-ideológicos³⁷³; - Imunidade parlamentar não autoriza proferir ofensas³⁷⁴; - Liberdade de expressão e sua importância para garantia do regime democrático³⁷⁵; - Posição preferencial na ordem constitucional³⁷⁶; - Mas admite limitações proporcionais e razoáveis, por meio da ponderação³⁷⁷; - Liberdade de expressão veda o anonimato para desestimular manifestações abusivas³⁷⁸;
Discurso de Ódio	<ul style="list-style-type: none"> - Discurso discriminatório se caracteriza pela presença de três requisitos/fases³⁷⁹; - Liberdade de expressão não abrange discursos de ódio³⁸⁰, e não ampara crimes contra a honra, o Poder Judiciário e a segurança nacional³⁸¹; nem a propagação de notícias falsas³⁸²; - Abusos no exercício da liberdade de expressão podem demandar sanções civis e criminais³⁸³; - Encontra-se amparada pela liberdade de expressão (exposição pessoal) o que for proferido sem incitação de terceiros a pensarem de modo discriminatório³⁸⁴;

RCL 15.243/RJ; Voto Alexandre de Moraes, RCL 38.201/SP; Voto Fux, MS 36.901; Voto Celso de Mello, RCL 16.074/SP; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ; Voto Fachin, RCL 32.052/MS; Voto Celso de Mello, RCL 31.117/PR.

³⁶⁸ Voto Fux, RCL 28.747; Voto Celso de Mello, RE 638.360/RJ;

³⁶⁹ Voto Fux, RCL 22.328/RJ; Voto Fux, RCL 22.328/RJ.

³⁷⁰ Voto Fux, RCL 22.328/RJ.

³⁷¹ Voto Fux, RCL 28.747; Votos Edson Fachin e Celso de Mello, ARE 892.127/SP; Voto Edson Fachin, RE 638.360/RJ (nesse caso, não menciona o efeito inibidor);

³⁷² Voto Fachin, RCL 32.052/MS;

³⁷³ Voto Rosa Weber (unanimidade), PET 5.956/DF; Voto Rosa Weber, PET 6.268/DF; Voto Alexandre de Moraes, PET 6.268/DF; Voto Rosa Weber, PET 7.107/DF; Voto Marco Aurélio, INQ 4.694;

³⁷⁴ Voto Marco Aurélio, PET 6.268/DF;

³⁷⁵ Voto Luiz Fux, MS 34.493/BA; Voto Alexandre de Moraes, PET 6.268; Voto Luiz Fux, MS 34.493; Voto Celso de Mello, ARE 1.193.343/SE;

³⁷⁶ Voto Luiz Fux, MS 34.493/BA.

³⁷⁷ Voto Luiz Fux, MS 34.493/BA; Voto Celso de Mello, ARE 1.193.343/SE.

³⁷⁸ Voto Celso de Mello (unanimidade), RE 1.193.343/SE;

³⁷⁹ São as fases utilizadas pelo Min. Fachin no RHC 134.682/BA, em 29/11/2016; São adotadas pelo: Voto Marco Aurélio, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694;

³⁸⁰ Voto Barroso, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694; Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Alexandre de Moraes, ADO 26; Voto Edson Fachin, ADPF 572 (acrescenta apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, manifestações contra os poderes e contra decisões judiciais); Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572; Voto Gilmar Mendes, ADPF 572;

³⁸¹ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572;

³⁸² Dias Toffoli, ADPF 572;

³⁸³ Voto Rosa Weber, INQ n° 4.694.

³⁸⁴ Voto Rosa Weber, INQ 4.694;

	<ul style="list-style-type: none"> - Ampla liberdade de expressão a parlamentares quando houver conexão com a atividade política³⁸⁵; - Direito preferencial³⁸⁶; - Função democrática da liberdade de expressão³⁸⁷; - Liberdade de expressão é preferencial, veda a censura, mas não é absoluta e permite responsabilização a posteriori em casos de abusos³⁸⁸; - Vedação à censura do livre pensamento³⁸⁹; - Há subprincípios que fundamentam a liberdade de expressão: assegurar direito à reputação de outrem; proteção da segurança nacional, ordem pública ou saúde e moral públicas³⁹⁰; - Limitação à liberdade de expressão quando envolve agente público exige mais fundamentos, pois está sujeito a críticas e esse direito atua como exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública³⁹¹. - Limitações excepcionais à liberdade de expressão estão em conformidade com a democracia, como em casos de discursos racistas e de ódio³⁹², manifestações contra os poderes constitucionalmente instituídos e que incitam o desrespeito às decisões judiciais³⁹³, além de crimes contra a honra, o Poder Judiciário e a segurança nacional³⁹⁴; - Notícias fraudulentas/falsas devem ser combatidas³⁹⁵; - Em caso de desequilíbrios, cabe ao Estado regular o mercado de ideias sem fazer juízo de valor sobre as informações, observando apenas se há manifestações contrárias às instituições³⁹⁶;
Discurso Comercial	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão deve ser garantida no âmbito da cultura, informação e educação³⁹⁷; - Relação com a garantia da Democracia³⁹⁸; - Vedação à censura³⁹⁹; - Liberdade de expressão como instrumento para o exercício de outras liberdades constitucionais⁴⁰⁰.
Discurso Político e Eleitoral	<ul style="list-style-type: none"> - Dupla proteção constitucional da liberdade de expressão (dimensão positiva e negativa)⁴⁰¹;

³⁸⁵ Voto Rosa Weber, INQ 4.694; Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Alexandre de Moraes, INQ 4.694.

³⁸⁶ Voto Luiz Fux, INQ 4.694; Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Edson Fachin, ADPF 572.

³⁸⁷ INQ 4694 (tratada indiretamente quando se destaca a imunidade parlamentar); Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Alexandre de Moraes, ADO 26 (destaca a importância da livre manifestação para a democracia); Voto Cármen Lúcia e Celso de Mello, ADPF 572.

³⁸⁸ Votos Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, ADO 26; Voto Edson Fachin, ADPF 572; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572; Voto Celso de Mello, ADPF 572.

³⁸⁹ Voto Luiz Fuz, INQ n° 4.694; Voto Celso de Mello, ADO 26; Voto Edson Fachin, ADPF 572.

³⁹⁰ Voto Edson Fachin, ADPF 572;

³⁹¹ Voto Edson Fachin, ADPF 572.

³⁹² ADO 26.

³⁹³ Voto Edson Fachin e Celso de Mello, ADPF 572.

³⁹⁴ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 572.

³⁹⁵ Voto Edson Fachin, quando destaca os critérios para limitação à liberdade de expressão, e voto Dias Toffoli, ADPF 572.

³⁹⁶ Voto Gilmar Mendes, ADPF 572.

³⁹⁷ Voto Dias Toffoli, RE 330.817; Voto Marco Aurélio, RE 330.817;

³⁹⁸ RE 330.817.

³⁹⁹ RE 330.817; Voto Relator Dias Toffoli (unânime), ADI 4613 (com a citação de doutrina e jurisprudência).

⁴⁰⁰ Voto Dias Toffoli, ADI 4.613 (unânime).

⁴⁰¹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 548.

	<ul style="list-style-type: none"> - Poder público não pode limitar previamente divulgação de notícias/manifestações (censura vedada)⁴⁰²; - Livre manifestação assegura a circulação das mais variadas ideias⁴⁰³; - Primazia/Preferência da liberdade de expressão como pressuposto democrático⁴⁰⁴; - Liberdade de expressão é fundamento e instrumento para a democracia⁴⁰⁵; - Livre manifestação contribui no processo dialógico e esclarecimento da verdade⁴⁰⁶; - Balanceamento/Ponderação de direitos fundamentais⁴⁰⁷; - Mitigação desse direito somente em casos de alegações falsas e dolosas, admitindo responsabilização posterior⁴⁰⁸; - Criminalização de manifestações difamatórias, caluniosas ou injuriosas não viola a liberdade de expressão⁴⁰⁹; - Não constitui afronta à democracia a manifestação que não incita o preconceito odioso e nem é capaz de se propagar na sociedade⁴¹⁰;
Liberdade Religiosa	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão imprescindível à democracia⁴¹¹, servindo como um instrumento⁴¹²; - Não há censura quando a limitação é para promover a liberdade⁴¹³; - Liberdade de expressão não admite censura⁴¹⁴; - Posição preferencial da livre manifestação⁴¹⁵;

⁴⁰² Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451; Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Cármen Lúcia, ADI 4.451; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 548; Voto Celso de Mello, ADPF 548; Voto Alexandre de Moraes (apenas destacou não ter havido censura no caso), RCL 31.130; Voto Luiz Fux, AP 1.021; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Marco Aurélio, MS 37.178.

⁴⁰³ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.451; Voto Celso de Mello (inclui a crítica a governos, estimulando a cidadania), ADI 4.451;

⁴⁰⁴ Voto Edson Fachin, ADI 4.451; Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Rosa Weber, ADI 4.451; Voto Fux, ADI 4.451; Voto Lewandowski (destaca a importância para a democracia), ADI 4.451; Voto Celso de Mello, ADI 4.451; Voto Ricardo Lewandowski, ADPF 548; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Luiz Fux ADI 5.122; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; RCL 31.130 (com a referência à ADPF 130); Voto Marco Aurélio, MS 37.178;

⁴⁰⁵ Voto Gilmar Mendes (importância para a democracia e a compatibilização com outros direitos, por não ser absoluta), ADI 4.45; Voto Cármen Lúcia, ADPF 548; Voto Alexandre de Moraes, ADPF 548; Voto Celso de Mello, ADPF 548; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Luiz Fux ADI 5.122; RCL 31.130 (com a referência à ADPF 130); Voto Luiz Fux, AP 1.021.

⁴⁰⁶ Voto Luiz Fux, AP 1.021;

⁴⁰⁷ Voto Edson Fachin, ADI 4.451; Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Fux, ADI 4.451; Voto Ricardo Lewandowski, ADPF 458; Voto Marco Aurélio, ADI 5.122; Voto Luiz Fux ADI 5.122; Voto Alexandre de Moraes, RCL 31.130; Voto Luiz Fux, MS 37.178;

⁴⁰⁸ Voto Barroso, ADI 4.451; Voto Rosa Weber, ADI 4.451; Voto Alexandre de Moraes (ênfase na responsabilização posterior), RCL 31.130; Voto Luiz Fux (destaca os casos dolosos de calúnia, difamação e injúria), AP 1.021;

⁴⁰⁹ Voto Luiz Fux, AP 1.021;

⁴¹⁰ Voto Marco Aurélio, MS 37.178;

⁴¹¹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 2.566; Voto Barroso (precondição para o exercício de outros direitos fundamentais), ADI 2.566; Voto Luiz Fux, ADI 2.566; Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.439; Voto Edson Fachin, ADI 4.439; Voto Celso de Mello, ADI 4.439; Voto Lewandowski (ênfase no pluralismo democrático), ADI 4.439; RE 494.601 (ao destacar os valores democráticos, ainda que de modo mais geral e voltado à liberdade religiosa); RHC 146.303 (ênfase-se sob o viés da liberdade religiosa);

⁴¹² Voto Edson Fachin, ADI 2.566;

⁴¹³ Voto Alexandre de Moraes, ADI 2.566;

⁴¹⁴ Voto Alexandre de Moraes, ADI 2.566; Voto Barroso, ADI 2.566; Voto Alexandre de Moraes e Celso de Mello, ADI 4.439; Voto Fachin (ênfase na religiosa), RHC 146.303;

⁴¹⁵ Voto Barroso, ADI 2.566; ADI 4.439 (com a referência a precedentes); Voto Celso de Mello, RHC 146.303;

	<ul style="list-style-type: none"> - Mas não é absoluta e admite restrição (ex.: direito de resposta ou retificação e indenização posterior), incluindo a ponderação⁴¹⁶; - Liberdade de expressão abrange a tolerância na pluralidade das mais diversas ideias⁴¹⁷; - Liberdade de expressão deve preservar a diversidade, pluralismo, dignidade da pessoa humana e a igualdade⁴¹⁸; - Liberdade religiosa tem relação direta com a garantia da livre manifestação⁴¹⁹; - Liberdade religiosa só pode ser restringida em caso de: segurança; ordem pública; saúde ou moral públicas; liberdade das demais pessoas; grupos vulneráveis; práticas coercitivas ou fraudulentas; e incitação à violência⁴²⁰; - Discurso discriminatório (de ódio) só enseja punição criminal quando há cumulação das três fases⁴²¹; - Liberdade religiosa não permite desmerecer a crença alheia, nem incitar o ódio ou intolerância⁴²²; - Intolerância religiosa que incite o ódio enseja reprimenda penal⁴²³.
Liberdade de Expressão e Direito à Intimidade/Privacidade	<ul style="list-style-type: none"> - Acesso à informação pública é corolário da liberdade de expressão⁴²⁴; - Mas a liberdade de acesso às informações públicas admite restrições com previsão legal, dentro da proporcionalidade e necessidade, para proteção da intimidade e segurança nacional⁴²⁵; Outra restrição é a incitação à violência⁴²⁶; - Publicidade e garantia do acesso à informação são regras numa sociedade democrática⁴²⁷; - Posição preferencial à liberdade de expressão por constituir a base do regime democrático, vedando-se a censura estatal⁴²⁸; - Caráter não absoluto da livre manifestação⁴²⁹; - Ponderação de direitos fundamentais⁴³⁰;

⁴¹⁶ Voto Barroso, ADI 2.566; Voto Gilmar Mendes, ADI 4.439; Votos Alexandre de Moraes (ênfase no caráter não absoluto da liberdade religiosa, assim como as demais liberdades, possibilitando-se a atividade ponderativa) e Barroso (destaca que direitos fundamentais devem ser ponderados com outros), RE 494.601; Votos Fachin (destaca o crime de racismo) e Celso de Mello (destaque para o caráter não absoluto do direito), RHC 146.303;

⁴¹⁷ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.439; Voto Cármen Lúcia, ADI 4.439; Voto Edson Fachin, ADI 4.439; Voto Fux, ADI 4.439; Voto Fachin, RHC 146.303; Voto Dias Toffoli (coloca a tolerância como um elemento intrínseco de limitação à liberdade religiosa), RHC 146.303;

⁴¹⁸ Celso de Mello, RHC 146.303.

⁴¹⁹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 4.439; Voto Dias Toffoli, ADI 4.439; RE 494.601 (liberdade religiosa é um aspecto relevante da liberdade de expressão); Voto Dias Toffoli, RHC 146.303;

⁴²⁰ Voto Rosa Weber, ADI 2.566;

⁴²¹ Voto Fachin, RHC 146.303;

⁴²² Voto Dias Toffoli, RHC 146.303; Celso de Mello, RHC 146.303;

⁴²³ Voto Dias Toffoli, RHC 146.303; Votos Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello, RHC 146.303.

⁴²⁴ Voto Edson Fachin, ADPF 129;

⁴²⁵ Voto Edson Fachin, ADPF 129; Voto Gilmar Mendes (ênfase na segurança do Estado), ADPF 129; Voto Alexandre de Moraes (acrescenta o interesse público), ADPF 129.

⁴²⁶ Voto Rosa Weber, ADPF 722;

⁴²⁷ Voto Gilmar Mendes, ADPF 129;

⁴²⁸ Voto Fachin (referência ao art. 13 da CADH que trata da vedação à censura prévia e menciona a posição de primazia que a liberdade de expressão possui), ADPF 129; Voto Gilmar Mendes (destaque ao princípio democrático), ADPF 129; Voto Marco Aurélio, RE 685.493; Voto Luiz Fux, RE 685.493; Voto Edson Fachin, RE 685.493; Voto Alexandre de Moraes (destaca a posição instrumental), RE 685.493; Voto Cármen Lúcia, ADPF 722; Voto Luiz Fux, ADPF 722; Voto Gilmar Mendes, ADPF 722;

⁴²⁹ Voto Cármen Lúcia, ADPF 722;

⁴³⁰ Voto Fachin, ADPF 129; Voto Gilmar Mendes, ADPF 722; Voto Alexandre de Moraes, RE 685.493.

	<ul style="list-style-type: none"> - Núcleo essencial da livre manifestação é formado pelo direito de informar, ser informado, emitir opiniões e fazer crítica⁴³¹; - Ordem constitucional protege outros direitos fundamentais que podem limitar a livre manifestação, assegurando meios de reparação (direito de resposta ou indenização)⁴³²; - Discursos de ódio não são assegurados pela livre expressão⁴³³; - Manifestações de agentes políticos que sejam conexas ao cargo (de interesse público), estão protegidas pela liberdade de expressão⁴³⁴. - Manifestações de agentes políticos que sejam conexas ao cargo (de interesse público), estão protegidas pela liberdade de expressão⁴³⁵.
Tutela Penal do Discurso	<ul style="list-style-type: none"> - Função democrática da liberdade de expressão⁴³⁶; - Direito à liberdade de expressão não impede o uso do direito penal em casos de excessos⁴³⁷; - Há limites constitucionais à livre expressão, como discursos de ódio, entre outros⁴³⁸; - Caráter não absoluto da liberdade de expressão, admitindo ponderações⁴³⁹; - Livre manifestação deve ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, como os relativos à personalidade⁴⁴⁰; - Prevalência/Preferência da liberdade de expressão na ordem constitucional⁴⁴¹; - Não admite censura prévia⁴⁴²; - Consequências do tipo penal podem causar efeito paralisador do seu exercício⁴⁴³; - Liberdade de expressão integra as leis comuns a toda a humanidade e só pode ser limitada em casos de falsidade da afirmação e dolo⁴⁴⁴; - Liberdade de expressão é superior à honra da Administração Pública⁴⁴⁵;

⁴³¹ Voto Rosa Weber, ADPF 722;

⁴³² Voto Luiz Fux, RE 685.493; Voto Alexandre de Moraes, RE 685.493; Voto Cármen Lúcia, ADPF 722;

⁴³³ Voto Luiz Fux, RE 685.493;

⁴³⁴ Voto Marco Aurélio e Luiz Fux, RE 685.493; em contrapartida, o Min. Alexandre de Moraes refuta esse argumento, entendendo que a constituição não deu margem para interpretação ampliada das imunidades, RE 685.493;

⁴³⁵ Voto Luiz Fux, RE 685.493; Em contrapartida, o Min. Alexandre de Moraes refuta esse argumento, entendendo que a constituição não deu margem para interpretação ampliada das imunidades, RE 685.493;

⁴³⁶ Voto Barroso (presente nas referências à jurisprudência internacional de direitos humanos e precedentes do STF), ADPF 496; Votos Fachin, Gilmar Mendes, Rosa Weber, ADPF 496; Voto Gilmar Mendes, HC 141.949;

⁴³⁷ Voto Barroso, ADPF 496;

⁴³⁸ Voto Barroso, ADPF 496; Voto Gilmar Mendes, ADPF 496; Voto Celso de Mello, ADPF 496; Voto Gilmar Mendes, HC 141.949; e nos casos HC 142.391, HC 152.014, RHC 165.086, destacam a dignidade e respeito à atividade pública como limite.

⁴³⁹ Voto Gilmar Mendes, ADPF 496; Voto Alexandre de Moraes (destaca que direitos fundamentais não legitimam práticas ilícitas), ADPF 496; Voto Celso de Mello, ADPF 496; Voto Edson Fachin (afirma o teste da proporcionalidade) e demais votos (admitem as restrições ao direito), HC 141.949; Voto Marco Aurélio (apenas ratificou a ADPF 496), RHC 165.086.

⁴⁴⁰ Voto Gilmar Mendes, HC 141.949.

⁴⁴¹ Voto Edson Fachin, ADPF 496; Voto Rosa Weber, ADPF 496; Votos Edson Fachin e Gilmar Mendes, HC 141.949.

⁴⁴² ADPF 496 (utilização de precedentes internacionais e nacionais); Votos Gilmar Mendes e Fachin, HC 141.949;

⁴⁴³ Voto Edson Fachin, ADPF 496.

⁴⁴⁴ Voto Edson Fachin, ADPF 496.

⁴⁴⁵ Voto Edson Fachin, ADPF 496.

	- Crime de desacato é um importante instrumento de preservação da dignidade e da lisura pública ⁴⁴⁶ .
Liberdade de Reunião, Associação e Expressão	- Liberdade de reunião e associação também são alicerces da democracia ⁴⁴⁷ e se constitui como um instrumento à realização de outros direitos com a participação social ⁴⁴⁸ , assumindo posição de destaque/primazia ⁴⁴⁹ ; - Aplicabilidade do juízo de ponderação ⁴⁵⁰ ; - Direito de reunião é manifestação coletiva da liberdade de expressão ⁴⁵¹ ; - Liberdade de reunião possui valor intrínseco e instrumental ⁴⁵² ; - Impossibilidade de censura ⁴⁵³ .
Liberdade de Expressão e Direito à Educação	- Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, vedando-se a censura em atividades culturais em geral ⁴⁵⁴ ; - Livre manifestação está correlacionada com a liberdade de discussão, participação política, pluralismo e princípio democrático ⁴⁵⁵ ; - Proteção da liberdade de expressão em seu duplo aspecto (positivo e negativo) ⁴⁵⁶ .

Fonte: Elaborado pela autora.

⁴⁴⁶ Voto Gilmar Mendes, ADPF 496.

⁴⁴⁷ Voto Rosa Weber, ADPF 722 (está inserida na categoria de intimidade e privacidade, mas essa ADPF também relacionou o direito de reunião, conforme esta premissa da ministra citada); Voto Edson Fachin (acrescenta o direito de greve), ARE 654.432; Voto Alexandre de Moraes, ARE 654.432; Votos Dias Toffoli, Fux, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Rosa Weber, ADI 5.852;

⁴⁴⁸ Voto Fachin, ARE 654.432;

⁴⁴⁹ Voto Edson Fachin (indiretamente, ao utilizar precedentes nesse sentido), ARE 654.432; Voto Luiz Fux e Edson Fachin, ADI 5.852;

⁴⁵⁰ Voto Fachin, Barroso e Fux, ARE 654.432; Votos Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber e Alexandre de Moraes, ADI 5.852.

⁴⁵¹ Voto Alexandre de Moraes, ADI 5.852;

⁴⁵² Voto Luiz Fux, ADI 5.852.

⁴⁵³ Voto Luiz Fux (breve referência ao tratar das liberdades políticas), ADI 5.852; Voto Rosa Weber (a partir de precedente do STF), ADI 5.852.

⁴⁵⁴ Voto Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Gilmar Mendes, ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

⁴⁵⁵ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 457; Voto Gilmar Mendes, ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

⁴⁵⁶ Voto Alexandre de Moraes, ADPF 457; ADPF 467; ADPF 460.

APÊNDICE B - Disposição da “moldura argumentativa central” da Corte por categorias de discursos e por quantidade de casos julgados.

	Quantidade de casos que utilizam as quatro premissas centrais			
	Função democrática*	Posição Preferencial*	Juízo de Ponderação*	Vedação à Censura*
Liberdade de Imprensa (Total: 11 casos ⁴⁵⁷)	Todos	Seis ⁴⁵⁸	Oito ⁴⁵⁹	Todos
Tutela da Honra (Total: 5 casos ⁴⁶⁰)	Três ⁴⁶¹	Um ⁴⁶²	Dois ⁴⁶³	Um ⁴⁶⁴
Discurso de Ódio (Total: 3 casos ⁴⁶⁵)	Todos	Todos	Dois ⁴⁶⁶	Todos
Discurso Comercial (Total: 2 casos ⁴⁶⁷)	Todos	-	-	Todos
Discurso Político/Eleitoral (Total: 6 casos ⁴⁶⁸)	Todos	Cinco	Todos	Todos
Liberdade Religiosa (Total: 4 casos ⁴⁶⁹)	Todos	Três ⁴⁷⁰	Todos	Três ⁴⁷¹
Direito à Intimidade/ Privacidade (Total: 3 casos ⁴⁷²)	Todos	Todos	Todos	Todos
Tutela Penal do Discurso (Total: 5 casos ⁴⁷³)	Três	Três	Três	Três

⁴⁵⁷ 1- RCL 22328 de 2018 da 1ª Turma; 2- RCL 28747 de 2018 da 1ª Turma; 3- RCL 28262 de 2018 da 2ª Turma; 4- ARE 892127 de 2018 da 2ª Turma; 5- RMS 33028 de 2019 da 1ª Turma; 6- RCL 15243 de 2019 da 2ª Turma; 7- RCL 38201 c/c MS 36901 de 2020 da 1ª Turma; 8- RCL 16074 de 2020 da 2ª Turma; 9- RE 638360 de 2020 da 2ª Turma; 10- RCL 32052 de 2020 da 2ª Turma; 11- RCL 31117 de 2020 da 2ª Turma.

⁴⁵⁸ 1- RCL 22328 de 2018 da 1ª Turma; 2- RCL 28747 de 2018 da 1ª Turma; 3- ARE 892127 de 2018 da 2ª Turma; 4- RCL 15243 de 2019 da 2ª Turma; 5- RE 638360 de 2020 da 2ª Turma; 6- RCL 31117 de 2020 da 2ª Turma.

⁴⁵⁹ 1- RCL 22328 de 2018 da 1ª Turma; 2- RCL 28747 de 2018 da 1ª Turma; 3- RCL 28262 de 2018 da 2ª Turma; 4- ARE 892127 de 2018 da 2ª Turma; 5- RCL 15243 de 2019 da 2ª Turma; 6- RCL 32052 de 2020 da 2ª Turma; 7- RE 638360 de 2020 da 2ª Turma; 8- RCL 31117 de 2020 da 2ª Turma.

⁴⁶⁰ 1- PET 5956 de 2018, 1ª Turma; 2- PET 6268 de 2018 da 1ª Turma; 3- MS 34493 de 2019 da 1ª Turma; 4- PET 7107 de 2019, 1ª Turma; 5- AGR RE 1193343 de 2019 da 2ª Turma.

⁴⁶¹ MS 34493 de 2019, 1ª Turma; PET 6268 de 2018 da 1ª Turma; AGR RE 1193343 de 2019 da 2ª Turma.

⁴⁶² MS 34493 de 2019, 1ª Turma.

⁴⁶³ MS 34493 de 2019, 1ª Turma; AGR RE 1193343 de 2019 da 2ª Turma.

⁴⁶⁴ MS 34493 de 2019, 1ª Turma.

⁴⁶⁵ 1- ADFP 572; 2- ADO 26; 3- INQ 4694 de 2018, 1ª Turma.

⁴⁶⁶ 1- ADFP 572; 2- ADO 26.

⁴⁶⁷ 1- RE 330817; 2- ADI 4613.

⁴⁶⁸ 1- ADI 4451 de 2019; 2- ADFP 548 de 2020; 3- ADI 5122 de 2020; 4- RCL 31130 de 2020 da 1ª Turma; 5- MS 37178 de 2020 da 1ª Turma; 6- AP 1021 de 2020 da 1ª Turma.

⁴⁶⁹ 1- ADI 2566 de 2018; 2- ADI 4439 de 2017; 3- RE 494601 de 2019; 4- RHC 146303 de 2018 da 2ª Turma.

⁴⁷⁰ ADI 2.566, ADI 4439, RHC 146.303.

⁴⁷¹ ADI 2.566, ADI 4439, RHC 146.303.

⁴⁷² 1- ADFP 129 de 2019; 2- RE 685493 de 2020; 3- ADFP 722.

⁴⁷³ 1- ADFP 496; 2- HC 141949 de 2018 da 2ª Turma; 3- HC 142.391 de 2020 da 1ª Turma; 4- HC 152014 de 2020 da 1ª Turma; 5- RHC 165.086, 1ª Turma, 2020.

Liberdade de reunião, associação e expressão (Total: 2 casos ⁴⁷⁴)	Todos	Todos	Todos	Um ⁴⁷⁵
Direito à educação e livre expressão (Total: 3 casos ⁴⁷⁶)	Todos	-	-	Todos

***Notas sobre os casos que não mencionam todas as premissas/fundamentos acima e hipóteses explicativas:**

- **Liberdade de Imprensa/Jornalística:**

- *Posição Preferencial:* Cinco acórdãos não mencionaram:

- 1- AGR 28.262, 2018, 2ª Turma: trata-se de acórdão que não proveu agravo interposto em face de decisão monocrática, por essa razão, não foram feitas maiores considerações sobre a liberdade de expressão, embora tenham mencionado a ADPF 130.
- 2- RMS 33.028, 2019, 1ª Turma: houve limitação da liberdade de expressão em decorrência de expressa previsão legal (empresa de radiodifusão que não observou horário legal para transmissão do programa “A Voz do Brasil”).
- 3- AGR RCL 38.201, 2020, 1ª Turma⁴⁷⁷; também se trata de agravo não provido em que se alegou violação à ADPF 130.
- 4- AGR RCL 16.074, 2020, 2ª Turma: agravo não provido.
- 5- RCL 32.052, 2020, 2ª Turma: sobre a vedação de publicação de entrevista de custodiado considerado inimputável, os ministros destacam a importância da liberdade de expressão numa sociedade democrática, ressaltando precedentes nesse sentido e, embora não mencionem essa posição preferencial, colocam-na de modo implícito com a referência a precedentes que ratificam essa posição.

- *Juízo de ponderação:* três acórdãos não mencionaram.

- 1- RMS 33.028, 2019, 1ª Turma.
- 2- AGR RCL 38.201, 2020, 1ª Turma.
- 3- AGR RCL 16.074, 2020, 2ª Turma.

- **Liberdade de expressão e Tutela da Honra:**

- *Função democrática:* 2 acórdãos.

- 1- PET 5956, 2018 da 1ª Turma.
- 2- PET 7107, 2019 da 1ª Turma.

- *Posição preferencial:* 4 acórdãos.

- 1- PET 5956, 2018 da 1ª Turma.
- 2- PET 6268, 2018 da 1ª Turma.

⁴⁷⁴ 1- ARE 654432 de 2018; 2- ADI 5852.

⁴⁷⁵ ADI 5.852.

⁴⁷⁶ 1- ADPF 467 de 2020; 2- ADPF 460 de 2020; 3- ADPF 457 de 2020.

⁴⁷⁷ Ressalta-se que dessa decisão impetrou-se mandado de segurança, nº 36.901/SP, que expressamente foi destacada a posição preferencial no voto do ministro Luiz Fux: “[...] o Supremo Tribunal Federal reconhece a posição preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro e consagra uma hierarquia axiológica em comparação com os demais direitos fundamentais”.

- 3- PET 7107, 2019 da 1ª Turma.
- 4- ARE 1.193.343/SE, 2019, 2ª Turma.
- *Juízo de ponderação*: 3 acórdãos.
 - 1- PET 5956, 2018 da 1ª Turma.
 - 2- PET 6268, 2018 da 1ª Turma.
 - 3- PET 7107, 2019 da 1ª Turma.
- *Vedação à censura*: 4 acórdãos (os mesmos da posição preferencial)

Observação geral:

Nota-se que as petições acima referenciadas acordam a liberdade de expressão, porém analisam o recebimento de queixas-crime. Por esse motivo, amparadas pelo argumento central da imunidade parlamentar, os ministros pouco desenvolvem o conteúdo do direito fundamental em comento, não implicando dizer que não os consideraram. Como exemplo, temos a PET 6268, 2018, 1ª Turma, que utiliza precedentes que confirmam as quatro premissas. No caso do ARE 1.193.343/SE, 2019, 2ª Turma, cujo ponto central é a análise do anonimato, embora não sejam mencionadas todas elas, afirma-se indiretamente.

- **Discurso de Ódio**

- *Juízo de ponderação*: 1 acórdão não menciona.
- 1- INQ 4694 de 2018, 1ª Turma: Trata-se de caso julgado a partir da imunidade parlamentar, semelhante às petições da categoria anterior. Assim, observa-se que nesses casos a ponderação não é mencionada.

- **Discurso Comercial**

- *Juízo de ponderação*: 2 casos.
- *Posição preferencial*: 2 casos.

Nota para ambos: O RE 330.817 e a ADI 4.613, são os dois acórdãos que não mencionam o juízo de ponderação, nem a posição preferencial. O primeiro aborda a imunidade de livros digitais e a liberdade de expressão é mencionada de modo reflexo, destacando-se a sua importância para a democracia e a vedação à censura. O segundo analisa a obrigatoriedade de mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de produtos da indústria automobilística. Consideramos a hipótese de que os dois acórdãos não trazem colisão de direitos fundamentais diretamente, não levando à discussão dessas duas premissas. Novamente, não significa dizer que a Corte não as adote em situações concretas, como os demais casos demonstram.

- **Discurso Político/Eleitoral**

- *Posição preferencial*: 1 acórdão.
- 1- AP 1021 de 2020 da 1ª Turma: Consideramos a hipótese similar das petições anteriores. Queixa-crime rejeitada com fundamento na imunidade parlamentar.

- **Liberdade religiosa**

- *Vedação à censura*: 1 acórdão.
- *Posição Preferencial*: 1 acórdão.

Nota para ambas: O RE 494.601 é o acórdão que não menciona as duas premissas acima. Trata de caso específico sobre liberdade religiosa. Assim, ainda que seja citada a liberdade de expressão em razão da sua relação com aquela, esses aspectos específicos da livre manifestação não foram apontados pela Corte nesse julgamento.

- **Tutela Penal do Discurso**

Nota geral: nessa categoria, apenas três acórdãos fizeram referência ao que denominamos “base argumentativa”, a saber ADPF 496, HC 141.949 e, indiretamente (citando a ADPF 496), o RHC 165.086. Não há indicação nos demais porque se tratam de habeas corpus em que fora indeferida a ordem apenas com o argumento da compatibilidade do delito de desacato com o texto constitucional.

- **Liberdade de Reunião, associação e expressão**

- *Vedação à censura*: 1 caso.

- 1- ARE 654.432. Esse acórdão se refere especificamente sobre o direito de greve. Ainda que a liberdade de expressão tenha sido abordada, pode-se considerar que o contexto fático não requereu a referência à vedação à censura.

- **Direito à educação e liberdade de expressão**

- *Posição preferencial*: os 3 acórdãos.

- *Juízo de ponderação*: os 3 acórdãos.

Nota para ambos: podemos considerar que os casos não envolviam a direta colisão de direitos fundamentais para demandar a adoção do juízo ponderativo ou do critério da posição preferencial. Porém, dão a devida ênfase à função democrática e à proibição da censura estatal, não implicando dizer que a Corte não considere ambos. O contexto fático é um fator relevante para a utilização desses argumentos.

APÊNDICE C- Disposição dos acórdãos por categorias do discurso com a verificação de divergências e se a conclusão foi “favorável” à liberdade de expressão

CATEGORIAS DE DISCURSO	CASOS ANALISADOS	TEVE DIVERGÊNCIA?	“PRÓ” LIBERDADE DE EXPRESSÃO?
Liberdade de imprensa/jornalística	RCL 22.328, 1ª Turma, 2018	Não	Sim
	RCL 28.747, 1ª Turma, 2018	Sim (1) ⁴⁷⁸	Sim
	AGR RCL 28.262, 2ª Turma, 2018	Sim (2)	Não (1) ⁴⁷⁹
	ARE 892.127/SP, 2ª Turma, 2018	Sim (3)	Sim
	RMS 33.028/DF, 1ª Turma, 2019	Sim (4)	Não (2)
	RCL 15.243/RJ, 2ª Turma, 2019	Sim (5)	Sim
	RCL 38.201/SP ⁴⁸⁰ , 1ª Turma 2020	Não	Sim
	RCL 16.074/SP, 2ª Turma 2020	Não	Sim
	RE 638.360/RJ, 2ª Turma 2020	Sim (6)	Não (3)
	RCL 32.052/MS, 2ª Turma 2020	Sim (7)	Não (4)
	RCL 31.117/PR, 2ª Turma 2020	Não	Sim
Liberdade de expressão e Tutela da Honra	PET 5.956/DF 1ª Turma 2018	Não	Sim
	PET 6.268/DF 1ª Turma 2018	Sim (8)	Sim
	MS 34.493/BA 1ª Turma 2019	Sim (9)	Não (5)
	PET 7.107/DF 1ª Turma 2019	Sim (10)	Sim

⁴⁷⁸ Número entre parêntesis que indica a contagem geral de casos divergentes.

⁴⁷⁹ Número entre parêntesis que indica a contagem de julgados cuja conclusão foi restritiva do direito à liberdade de expressão.

⁴⁸⁰ Desse julgado, impetrou-se o MS 36.901/SP, sendo também importante a análise das argumentações utilizadas em favor da proteção da liberdade de expressão que fundamentaram a denegação da segurança.

	AGR RE 1.193.343 2ª Turma 2019	Não	Não⁴⁸¹ (6)
Discurso de ódio	INQ 4694 1ª Turma 2018	Sim (11)	Sim
	ADO 26 2019	Sim ⁴⁸²	Sim ⁴⁸³
	ADPF 572 2020	Não ⁴⁸⁴	Não⁴⁸⁵ (7)
Discurso Comercial	RE 330.817 2017	Não	Sim
	ADI 4.613 2018	Não	Sim
Discurso político e eleitoral	ADI 4.451 2019	Não	Sim
	ADPF 548 2020	Não	Sim
	ADI 5.122 2020	Sim (12)	Não (8)
	AGR RCL 31.130 1ª Turma 2020	Não ⁴⁸⁶	Sim
	MS 37178 1ª Turma 2020	Sim (13)	Não (9)
	AP 1021 1ª Turma 2020	Não	Não (10)
Liberdade Religiosa	ADI 2.566 2018	Sim (14)	Sim
	ADI 4.439 2017	Sim (15)	Sim
	RE 494.601 ⁴⁸⁷	-	-

⁴⁸¹ Nesse caso, julgou-se que a liberdade de expressão não é compatível com o anonimato. Não obstante essa conclusão decorra de expressa previsão constitucional, limita a liberdade de expressão. Desse modo, reitera-se a ausência de juízo de valor sobre essas conclusões. Vide nota 258.

⁴⁸² Teve divergência em relação à conclusão final da ADO, mas por se tratar de caso que aborda a liberdade de expressão reflexamente, apenas o mencionei para analisar as colocações específicas sobre esse direito fundamental. Os três ministros que o mencionam em seus votos, Celso de Mello (relator), Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, são convergentes sobre as considerações que limitam a livre manifestação (incluindo o discurso religioso), a saber, o discurso de ódio que incite a violência e discriminação a grupos vulneráveis.

⁴⁸³ Mas com as ressalvas, por considerar que ele não é absoluto. Porém nesse caso é importante lembrar que não se trata de um caso concreto específico para adotar um posicionamento final “pró” ou “contra”, pois se estava analisando a tipificação penal da homotransfobia.

⁴⁸⁴ Sobre a matéria constitucional de fundo, não houve divergência entre os ministros. Na decisão final consta que o tribunal decidiu por maioria porque houve apenas a divergência do Ministro Marco Aurélio que dissentiu quanto à constitucionalidade da portaria analisada, por entender que houve violação dos princípios do sistema acusatório com a instauração do inquérito sem a participação do Ministério Público.

⁴⁸⁵ Consta afirmação contra à liberdade de expressão no caso apreciado porque houve limitações a ele. Mas, conforme as alegações de que as informações foram propagadas por robôs (não sujeitos de direito), é algo que pode ser questionado.

⁴⁸⁶ A divergência existente no acórdão refere-se apenas ao cabimento da ação. Porém a conclusão de improcedência e sobre a liberdade de expressão foi a mesma entre os ministros da turma.

⁴⁸⁷ Esse Recurso tem como objeto a discussão sobre o sacrifício de animais em rituais e cultos das religiões de matriz africana. Como consequência, a liberdade de expressão só foi citada uma vez para indicar que ela é um aspecto relevante da liberdade religiosa. Mas sem que fossem desenvolvidas justificativas quanto ao conteúdo do

	2019		
	RHC 146.303 2ª Turma 2018	Sim (16)	Não (11)
Liberdade de expressão e direito à intimidade/privacidade	ADI 129 2019	Sim (17)	Sim
	RE 685.493 2020	Sim (18)	Sim
	ADPF 722 2020	Não ⁴⁸⁸	Sim
Tutela Penal do Discurso	ADPF 496 2020	Sim (19)	Não (12)
	HC 141.949 2ª Turma 2018	Sim (20)	Não (13)
	HC 142.391 1ª Turma 2020	Não	Não (14)
	HC 152.014 1ª Turma 2020	Não	Não (15)
	RHC 165.086 1ª Turma 2020	Não	Não (16)
Liberdade de reunião, greve, sindicalização e expressão	ARE 654.432 2017	Sim (21)	Não (17)
	ADI 5.852 2020	Sim (22)	Sim
Liberdade de expressão e direito à educação	ADPF 460 2020	Não	Sim
	ADPF 467 2020	Não	Sim
	ADPF 457 2020	Não	Sim

Fonte: Elaborado pela autora.

direito à expressão. Assim, não será possível enquadrar o caso nos parâmetros utilizados para essa pesquisa, ainda que a liberdade religiosa tenha relação direta com a liberdade de expressão.

⁴⁸⁸ Embora haja divergência no voto do Ministro Marco Aurélio que julgou inadequada a via eleita e indeferiu a liminar, por não ter havido divergência quanto à matéria constitucional, considere-se que não houve nesse caso.

APÊNCIDE D – Detalhamento dos casos divergentes com os principais argumentos individuais dos ministros.

1- RCL 28.747, 1ª T, 2018. Categoria: liberdade de imprensa.

RCL 28.747, 1ª Turma, 2018		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
A. Moraes (Relator)	Não	- Sem limitação à liberdade de imprensa; - Sem censura prévia.
Luiz Fux (Vencedor e Redator)	Sim	- Retirada de matéria jornalística é censura; - Há interesse público sobre manifestações que envolvam autoridades públicas.
L. R. Barroso e Rosa Weber	Sim	- Acompanharam o Min. Fux.
Marco Aurélio	Não	- Acompanhou Moraes indicando que não houve violação da ADPF 130; - Necessidade de defesa da magistratura nacional que, em regra, não adentra na seara da censura.

Fonte: elaborado pela autora.

2- RCL 28.262, 2ª Turma, 2018. Categoria: liberdade de imprensa.

RCL 28.262, 2ª Turma, 2018.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (Relator e voto vencedor)	Não	- Embora se tenha alegado violação à ADPF 130, decisão de origem está fundamentada na CF/88 e no Código Civil. - Decisão guerreada não menciona a lei de imprensa, objeto da ADPF 130.
Gilmar Mendes	Não	- Voto conforme o relator.
Cármen Lúcia	Não	- Voto conforme o relator.
Ricardo Lewandowski	Não	- Voto conforme o relator.

Celso de Mello (Divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de informação jornalística como direito fundamental e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; - Impossibilidade de censura estatal, incluindo ação inibitória do judiciário; - Discordância com o fixado na ADPF 130; - Profissional da imprensa tem o direito de expender crítica em quaisquer meios, incluindo o digital; - Liberdade de imprensa é um instrumento em favor da coletividade.
--------------------------------	-----	---

Fonte: elaborado pela autora.

3- ARE 892.127, 2018, 2ª Turma. Categoria: liberdade de imprensa.

ARE 892.127/SP, 2018, 2ª Turma		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Cármen Lúcia (Relatora e voto vencedor)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Julgador de origem tentou substituir o jornalista ao impor o que considera desnecessário, caracterizando indevida restrição censória; - Não houve abuso da liberdade de imprensa, que está assegurada pelo texto constitucional e consolidada pela jurisprudência do STF, vedando-se a censura estatal.
Gilmar Mendes (divergente)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Destaca a importância da liberdade de expressão no Estado democrático de direito, mas que não é absoluto; - Caso trata de colisão de direitos fundamentais, havendo excessos na liberdade de imprensa e violação do direito à imagem do falecido e intimidade dos familiares; - Não há divergência com o fixado na ADPF 130, pois prevê a responsabilização posterior de excessos na liberdade de imprensa (não absoluta).
Edson Fachin	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Há colisão de direitos fundamentais ou incidência simultânea; - À liberdade de imprensa foi reconhecida importância maior para a democracia brasileira, com lugar privilegiado; - Maior ônus argumentativo para restringir a divulgação de peças jornalísticas; - Nesse caso, o impedimento à veiculação da imagem se assemelha à condenação a posteriori por danos morais, pois a imagem da vítima encontra-se no âmbito de proteção da liberdade de imprensa e informação.
Celso de Mello	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Afirma a relevante função político-social da liberdade de informação jornalística para a coletividade; - Jurisdição cautelar não pode se converter em prática judicial inibitória; - Indenização por danos morais ao jornal viola o fixado pela ADPF 130; - Reitera que a censura é vedada e incompatível com o sistema democrático; - Exposição de fatos e conceitos, utilizados como elementos materializadores da prática concreta do

		direito de informar descaracteriza a vontade de ofender a honra de terceiros; - Prevalência do interesse geral de ser informado.
Ricardo Lewandowski (divergente)	Não	- Acompanhou a divergência em razão da exposição da imagem da vítima que gerou abalo à família; - O fato de o cadáver estar em via pública não autoriza a divulgação da imagem sem os cuidados com a intimidade e privacidade.

Fonte: Elaborado pela autora.

4- RMS 33.028/DF, 2019, 2ª Turma. Categoria: liberdade de imprensa.

RMS 33.028, 2019, 2ª Turma		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Rosa Weber (Relatora e voto vencedor)	Não	- Recepção da Lei 4.117/1962 pela constituição de 1988, que prevê o horário obrigatório de retransmissão do programa; - Suspensão das transmissões da rádio não estabeleceu nenhum juízo de valor sobre a sua programação, que continua sendo livre; - Argumento anterior diferencia dos precedentes invocados (ADPF 130 e ADI 869), que tinham objetos diferentes (Lei de imprensa e ECA, respectivamente).
Marco Aurélio (Divergente)	Sim	- Necessidade de rediscussão constitucional sobre o programa “A Voz do Brasil”; - Destaque da liberdade de expressão.
Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Luiz Fux (Presidente)	Não	- Conforme a relatora.

Fonte: Elaborado pela autora.

5- RCL 15.243/RJ, 2ª Turma, 2019. Categoria: liberdade de imprensa.

RCL 15.243/RJ, 2ª Turma, 2019		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Celso de Mello (Relator e voto vencedor)	Sim	- Corroborar sua argumentação em votos anteriores sobre a importância da liberdade de imprensa e informação para a democracia; - Reafirma o direito de crítica dos profissionais da imprensa; - Ratifica que as críticas a pessoas públicas deixam de sofrer limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade, em razão do interesse público.

Teori Zavascki (divergente)	Não	- Decisão por reparação civil não foi fundamentada na lei de imprensa e não contraria ADPF 130; - ADPF 130 não afastou direitos da personalidade e não fixou absoluta irresponsabilidade civil ou penal a quem causar danos morais ou materiais no exercício abusivo da liberdade de expressão e imprensa; - CF/88 garante direito de resposta e reparação civil.
Cármen Lúcia	Sim	- Embora a decisão impugnada não utilize a lei de imprensa, as sanções são semelhantes; - Imprensa é livre, sendo vedada a censura.
Edson Fachin ⁴⁸⁹	-	-
Gilmar Mendes e R. Lewandowski ⁴⁹⁰	-	-

Fonte: Elaborado pela autora.

6- RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020. Categoria: liberdade de imprensa.

RE 638.360/RJ, 2ª Turma, 2020		
Assunto:		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Dias Toffoli ⁴⁹¹ (Relator e voto vencedor)	Não	- Não se trata de conflito entre direitos fundamentais, mas análise de interceptação telefônica sem autorização dos interlocutores; - Cerne é a garantia do sigilo das comunicações telefônicas, e não a ocorrência de limitação da liberdade de imprensa ou censura judicial; - Liberdade jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos (o contrário caracteriza incentivo a práticas delituosas);
Edson Fachin (divergente)	Sim	- Posição preferencial da liberdade de expressão; - Necessidade de haver justificativas para restrição excepcional da liberdade de expressão, com a observância de parâmetros; - Suposta ilicitude da gravação telefônica não afeta a obtenção dessas informações pela imprensa (boa-fé presumida); - Prevalência do interesse público sobre a forma de obtenção, vendando-se a censura prévia.
Celso de Mello (divergente)	Sim	- Reitera a relevância da liberdade de expressão e imprensa para a democracia, evidenciando o interesse coletivo; - Vedação da censura estatal e judicial; - Garantia do sigilo da fonte no exercício da atividade jornalística;

⁴⁸⁹ Não votou.

⁴⁹⁰ Estavam ausentes justificadamente.

⁴⁹¹ Não participou do julgamento a Ministra Cármen Lúcia, por suceder o Min. Dias Toffoli na Segunda Turma.

		- Método da ponderação para avaliar o direito preponderante no caso concreto.
Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski	Não	- Acompanharam a relatoria.

Fonte: Elaborado pela autora.

7- RCL 32.052/MS, 2ª Turma, 2020. Categoria: liberdade de imprensa.

RCL 32.052/MS, 2ª Turma, 2020		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Gilmar Mendes (Relator e voto vencedor)	Não	- Decisão judicial que determina a retirada da matéria jornalística não se fundamenta na revogada Lei de Imprensa, não violando o fixado pela ADPF 130; - Sem restrição da liberdade de imprensa, nem há a ocorrência de censura prévia; - Necessidade de proteção das investigações, do direito ao silêncio e do próprio custodiado (sanidade mental discutível);
Edson Fachin (divergente)	Sim	- Utilização do princípio da proporcionalidade para decidir pelo afastamento excepcional da liberdade de expressão; - Profissionais e comunicação social têm o direito de buscar, receber e transmitir informações, sendo possível apenas a intervenção a posteriori em caso de excessos; - Deve-se observar oito parâmetros, conforme a jurisprudência, para limitar esse direito fundamental e que não são cumpridos nesse caso;
Ricardo Lewandowski	Não	- Embora seja defensor da liberdade de expressão, entende que esse caso cabe <i>distinguishing</i> em razão da sanidade mental do entrevistado; - Constituição não garante a livre manifestação de custodiados, especialmente aqueles que não estão de posse de suas faculdades mentais.
Cármen Lúcia	Não	- Necessidade de considerar a saúde do custodiado como excepcional; - Mas diverge que uma pessoa que tem sua liberdade de locomoção cerceada não a impede de livremente expressar suas opiniões.
Celso de Mello (ausente)	-	-

Fonte: Elaborado pela autora.

8- PET 6.268/DF, 1ª Turma, 2018. Categoria: tutela da honra.

PET 6.268/DF, 1ª Turma, 2018

Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Rosa Weber (Relatora e voto vencedor)	Sim	- Palavras foram abarcadas pela imunidade parlamentar, considerando o contexto político; - Jurisprudência do STF reconhece a imunidade parlamentar fora do ambiente congressual, havendo o liame com o exercício do mandato; - Adversidade entre as partes decorre do antagonismo político.
Marco Aurélio (divergente)	Não	- Constituição não permite que a imunidade parlamentar seja utilizada para ofender terceiros de modo deliberado; - Havendo indícios de fraude ou crime, deve-se atuar como parlamentar para apurar o caso e não utilizar as redes sociais para “lavar roupa suja”.
Alexandre de Moraes	Sim	- Ressalta a importância da imunidade parlamentar para a separação dos poderes e garantia da liberdade de expressão, como um direito instrumental; - Manifestações dos parlamentares envolvidos se encontra no âmbito do debate e do antagonismo político; - Garantia do debate democrático.
Luiz Fux	Sim	- Conforme relatora.
Luís Roberto Barroso	Sim	- Conforme relatora.

Fonte: Elaborado pela autora.

9- MS 34.493/BA, 1ª Turma, 2019. Categoria: tutela da honra.

MS 34.493/BA, 1ª Turma, 2019		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Luiz Fux (relator e voto vencedor)	Não	- Negou provimento destacando que o promotor concedeu entrevista enquanto tal e não como cidadão ou professor universitário; - CNMP atuou conforme diretrizes constitucionais e legais; - Relevância da liberdade de expressão para livre circulação de informações e garantia do regime democrático; - Democracia fundada na presunção de liberdade; - Posição preferencial da liberdade de expressão, mas não é absoluta, sofrendo limitações a partir de juízo de ponderação; - Abuso na liberdade de expressão pelo promotor.
Marco Aurélio (divergente)	-	- Apenas deu provimento ao Agravo Interno para que o STF analisasse a questão mais profundamente.

Rosa Weber	Não	- Acompanhou o relator.
Luís R. Barroso	Não	- Acompanhou o relator.
Alexandre de Moraes	Não	- Acompanhou o relator.

Fonte: Elaborado pela autora.

10- PET 7.107/DF, 1ª Turma, 2019. Categoria: tutela da honra.

PET 7.107/DF, 1ª Turma, 2019		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Rosa Weber (Relatora e voto vencedor)	Sim	- Ao analisar o tipo penal do delito de calúnia, considerou que a ofensa foi dirigida à família do demandante e não a ele especificamente, não atendendo o tipo “alguém”, nem do tipo de organização criminosa. - Demais expressões foram proferidas no contexto de disputa política, estando abrangidas pela imunidade parlamentar.
Marco Aurélio (divergente)	Não	- Reconhece que a honra do demandante e de sua família foram atingidas com as expressões utilizadas, devendo-se haver o prosseguimento da queixa crime.
Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes	Sim	- Seguiram a relatora.

Fonte: Elaborado pela autora.

11- INQ 4.694, 1ª Turma, 2018. Categoria: discurso de ódio.

INQ nº 4.694, 1ª Turma, 2018		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Marco Aurélio (Relator e voto vencedor)	Sim	- Há três requisitos para caracterizar um discurso discriminatório: 1- discriminação por juízo de fato, isto é, constatação da diversidade e não necessariamente com caráter reprovável; 2- discriminação por juízo de valor, ou seja, há existência de dois grupos, mas sendo um considerado bom/superior e outro mau/inferior; 3- juízo de valor que o superior deve escravizar, explorar ou eliminar o outro; - Alcance da liberdade de expressão; - Palavras proferidas num contexto político e econômico;

		- Imunidade parlamentar.
Luís R. Barroso (divergente)	Não ⁴⁹²	- Destacou que houve discurso de ódio contra grupos minoritários e historicamente vulneráveis; - Discurso de ódio não é protegido pela liberdade de expressão; - Não pode ser passada mensagem de desprezo à sociedade brasileira em relação a esses grupos;
Rosa Weber (parcialmente divergente)	Não ⁴⁹³	- Manifestações constituíram exposição pessoal, não sendo capazes de incitar ou induzir pessoas; - Palavra proferidas em relação aos quilombolas, há indícios que possibilitam a instrução penal; - Imunidade parlamentar;
Luiz Fux	Sim	- Manifestações sobre mulheres e grupo LGBT não incorre em sanções por não haver normal penal incriminadora; - Sobre quilombolas, indígenas e imigrantes, se fossem enquadradas no crime de racismo, haveria abertura excessiva do tipo penal; - Liberdade de expressão é direito preferencial que só pode ser limitada em casos de discurso de ódio; - Discurso de ódio e discriminatório é caracterizado pelas três fases fixadas pela jurisprudência, incluindo a supressão ou redução da dignidade; - Trata-se de opiniões políticas.
Alexandre de Moraes	Sim	- Imunidade parlamentar importante para garantia da separação dos poderes e evitar abusos e pressões aos parlamentares; - Fala estava relacionada ao exercício do mandato, ainda que fora do Congresso; - Não identificou discurso de ódio.

Fonte: Elaborado pela autora.

12- ADI 5.122, de 2020. Categoria: discurso político/eleitoral.

ADI 5.122, 2020		
Assunto: Norma que veda realização de propaganda eleitoral via telemarketing		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (Relator e voto vencedor)	Não	- Poder normativo da Justiça Eleitoral; - Posição preferencial da liberdade de expressão, mas sujeita a limites; - Limite com critério de proporcionalidade e preservação do núcleo essencial.
Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e Cármen Lúcia	Não	- Acompanham o relator.

⁴⁹² Parcialmente, pois as manifestações sobre mulheres, estrangeiros, índios e pobres o Ministro entendeu que foram abarcadas pela liberdade de expressão. Porém quanto aos quilombolas, afrodescendentes e LGBTs, caberia a reprimenda penal e seria um discurso de ódio.

⁴⁹³ Por ser parcial, adotou posicionamento “contra” a liberdade de expressão em relação aos quilombolas.

Luiz Fux	Não	- Intervenção mínima do Judiciário - Posição preferencial da liberdade de expressão, mas não absoluta; - Restrição com base na ponderação e proporcionalidade; - Direito à intimidade se constitui como um verdadeiro direito democrático e possui a mesma posição preferencial.
Marco Aurélio (divergente)	Sim	- Não há norma constitucional que vede a propaganda eleitoral via telemarketing; - Invasão pelo TSE da seara normativa conferida pela União para legislar sobre direito eleitoral.

Fonte: Elaborado pela autora.

13- MS 37.178, 1ª Turma, 2020. Categoria: discurso político/eleitoral.

MS 37.178		
Assunto: Manifestação política de Promotor de Justiça em rede social, que ensejou penalidade administrativa pelo CNMP.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Luiz Fux (Relator e Voto vencedor)	Não	- Caráter não absoluto da liberdade de expressão; - Juízo de ponderação; - Validação das considerações do CNMP.
Barroso, Rosa Weber e Alexandre de Moraes	Não	- Conforme relator.
Marco Aurélio (divergente)	Sim	- Importância da livre manifestação para a democracia; - Vedação à censura; - Repressão estatal possível apenas em casos de: incitação à violência ou preconceito odioso; risco de se transformar num pensamento disseminado na sociedade; abusos de direito. - Manifestação não instigou o ódio e não seria capaz de se converter num manifesto de incitação à violência disseminado que afete o corpo social.

Fonte: Elaborado pela autora.

14- ADI 2566, 2018. Categoria: liberdade religiosa.

ADI 2.566 2018		
Assunto: Proselitismo religioso em rádios comunitárias.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Alexandre de Moraes (Relator e voto vencido)	Não	- Rádio comunitária não é compatível com proselitismo; - Vedação ao proselitismo busca preservar o respeito entre os membros da comunidade e o efetivo exercício da livre manifestação; - Não há censura com a norma que busca ampliar as informações, sem sectarismos; - Proselitismo seria antítese da liberdade; - Distinção entre as rádios comunitárias e os demais meios de comunicação.

Edson Fachin (Redator)	Sim	- Liberdade de expressão só pode ser limitada para assegurar respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas; - Proselitismo está na essência das religiões; - Limite ao proselitismo somente em casos de violência, ódio ou discriminação.
Barroso (divergente)	Sim	- Liberdade de desligar a rádio; - Riscos à liberdade de expressão são mais combatidos pela sua ampliação e não o inverso; - Posição preferencial da liberdade de expressão (não absoluta); - Vedação à censura prévia. - Possibilidade de responsabilidade posterior, em casos de abusos.
Rosa Weber (divergente)	Sim	- Proselitismo está abarcado na liberdade religiosa; - Dupla dimensão da liberdade de crença: interior, consciência religiosa; exterior, manifestação, ensino e prática; - Discurso só pode ser restringido para preservar: segurança, ordem, saúde ou moral públicas, direitos e liberdades de outrem, grupos vulneráveis; ou vedar fraudes ou incitação à violência; - Não há monopólio das rádios comunitárias, pois existem os demais meios de comunicação.
Luiz Fux (conforme relator)	Não	- Liberdades comunicativas, que garantem a livre manifestação e pensamento; - Democracia e soberania popular, com direito à informação e pluralismo político; - Proselitismo afirmaria a desigualdade, afetando segmentos de menor expressão econômica ou social;
Marco Aurélio e Cármen Lúcia	Sim	- Dispositivo revela censura.
Lewandowski	Sim	- Proselitismo é uma expressão de caráter indeterminado; - A CF/88 assegura a mais ampla liberdade de expressão e também de comunicação por parte da mídia em geral.
Celso de Mello	Sim	- Ratifica os posicionamentos sobre a liberdade de expressão e democracia, a possibilidade e posterior apreciação do judiciário em caso de abuso de direito, mas sem interferência estatal indevida.

Fonte: Elaborado pela autora.

15- ADI 4.439, 2017. Categoria: liberdade religiosa.

ADI 4.439 2017		
Assunto: Sobre ensino religioso confessional em escolas públicas.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos

Luís R. Barroso (Relator e voto vencido)	Não ⁴⁹⁴	- Liberdade religiosa; - Laicidade e neutralidade estatal para garantia daquela.
Alexandre de Moraes (Redator)	Sim	- Relação entre estado laico e liberdade de crença e culto, porém envolvendo a liberdade de expressão à luz da tolerância e diversidade de opiniões; - Liberdade religiosa sem intervenções estatais; - Laicidade do Estado com total liberdade de atuação em relação a dogmas e princípios religiosos.
Edson Fachin (Divergente)	Sim	- Respeito ao Pluralismo religioso; - Laicidade estatal que não significa isolamento das pessoas que possuem religião à esfera privada.
Luiz Fux (conforme relator)	Não	- Ensino religioso nas escolas só pode ser não confessional; - Preservação da igualdade e da tolerância; - Risco de haver incentivo estatal somente de uma religião específica.
Rosa Weber (conforme relator)	Não	- Neutralidade estatal e preservação da liberdade religiosa.
Celso de Mello (conforme relator)	Não	- Liberdade humana, tolerância religiosa e liberdade de expressão do pensamento; - Risco à garantia desses direitos com a repressão estatal. - Estado laico e não confessional para preservar a liberdade.
Gilmar Mendes (divergente)	Sim	- Liberdade religiosa e direito à educação; - Dever do Estado garantir liberdade religiosa no ambiente escolar; - Caráter facultativo já supriria os interesses envolvidos.
Dias Toffoli (divergente)	Sim	- Liberdade religiosa de um não pode ser tolhida para preservar a de outrem; - Vontade do constituinte assegurar a facultatividade e o caráter confessional das matérias religiosas;
Lewandowski (divergente)	Sim	- Facultatividade se constitui como solução à garantia do pluralismo democrático e a liberdade de crença; - Não há um número taxativo de religiões no Brasil para ser possível incluir todas no ensino escolar.
Cármen Lúcia (divergente)	Sim	- Reafirmação dos valores constitucionais; - Facultatividade das matérias religiosas soluciona a controvérsia constitucional.

Fonte: Elaborado pela autora.

⁴⁹⁴ Dizer se há posição a favor ou contra a liberdade de expressão nesse caso seria controverso porque em ambas as justificativas há menção à proteção sua proteção como fundamento. Mas consideraremos apenas a possibilidade de limitação ao direito: a proibição ao ensino confessional poderia ser uma limitação e, portanto, um posicionamento “contra” a liberdade religiosa. Entretanto, reconhecemos que há argumentação que também pode limitar esse direito no sentido oposto.

16- RHC 146.303, 2ª turma, 2018. Categoria: liberdade religiosa.

RHC 146.303		
2ª Turma		
2018		
Assunto: Manifestação de líder religioso sobre outras religiões.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (Relator e voto vencido)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Importância da liberdade de expressão e liberdade religiosa; - Estado não pode censurá-las; - Caráter universalista das religiões; - Impedir o proselitismo afetaria o núcleo essencial da liberdade religiosa; - Punição criminal só é possível se completadas três etapas: juízo cognitivo de reconhecimento das diferenças; juízo valorativo de efetivar hierarquizações; juízo de necessária exploração, escravização ou eliminação do outro grupo tido como inferior; - Discurso de ódio seria punido mediante as três fases cumulativas;
Dias Toffoli (Redator)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Concorda com a relação da liberdade de expressão e liberdade religiosa; - Mas há necessidade de garantir a tolerância e harmonia entre as religiões, ante à multiplicidade de crenças/descrenças; - Discurso religioso (próprio da crença) Vs. Discurso sobre crença alheia (finalidade de desmerecimento); - Combate à intolerância religiosa; - Discurso não tinha a finalidade do proselitismo.
Lewandowski	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Discurso se caracteriza como odioso, pois não respeita a harmonia social, fraternidade e solidariedade.
Gilmar Mendes	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Liberdade de expressão não é absoluta; - Respeito às convicções alheias; - Proibição de discurso que incite o ódio.
Celso de Mello	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Regimes democráticos não podem conviver com a intolerância e comportamentos de ódio; - Liberdade religiosa é incompatível com intolerância; - Incitação ao ódio contra qualquer pessoa ou grupo não está garantida pela livre manifestação; - Há direito ao dissenso, desde que não seja abusivo; - Liberdade de expressão não legitima propósitos criminosos como expressões de ódio público; - Proteção de grupos minoritários.

Fonte: Elaborado pela autora.

17- ADI 129, 2019. Categoria: direito à intimidade/privacidade.

ADI 129, 2019		
Assunto: Norma sobre o caráter sigiloso de movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais de agentes públicos.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos

Edson Fachin (relator e voto vencedor)	Sim	- Direito à publicidade torna viável o acesso à informação pública, que é corolário da liberdade de expressão; - Publicidade é a regra, sigilo é excepcional; - Liberdade ampla de acesso às informações públicas, restrições são excepcionais.
Gilmar Mendes (divergente)	Não	- Direito à publicidade não pode ser garantido indiscriminadamente para não afetar direitos individuais constitucionais ou que comprometem a segurança do Estado;
Alexandre de Moraes (divergente)	Não	- Segurança nacional e do Estado como hipóteses constitucionais possíveis de mitigar o acesso à informação, seja ele de interesse público, individual ou geral.
Dias Toffoli, Roberto Barroso e Rosa Weber (divergentes)	Não	- Acompanharam a divergência.
Lewandowski, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux	Sim	- Acompanharam o relator.

Fonte: Elaborado pela autora.

18- RE 685.493, 2020. Categoria: direito à intimidade/privacidade.

RE 685.493, 2020		
Assunto: Conflito entre liberdade de expressão e de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro. Divulgação de conversas telefônicas interceptadas supostamente de modo ilegal e que detinham interesse público.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Marco Aurélio (relator)	Sim	- Liberdade de expressão quase absoluta aos cidadãos, que assume posição preferencial e é considerado direito de primeira grandeza na ordem constitucional; - Agentes políticos do Executivo também possuem imunidade, mas não absoluta; - Interceptação telefônica ilegal é grave, mas houve interesse público na divulgação das informações sobre lisura de um processo licitatório.
Luiz Fux	Sim	- Liberdade de expressão assume posição de destaque na ordem constitucional; - Há limites a ela em casos específicos, como o discurso de ódio e em situações de abuso, assegurando-se meios de reparação, como o direito de resposta e indenização; - Livre manifestação assume contornos especiais quando se trata de agentes políticos, havendo maior relativização dos direitos da personalidade; - Contexto de disputa política e relação com o exercício da função pública.
Edson Fachin	Sim	- Liberdade de expressão como foco numa sociedade democrática; - Contexto de disputa política; - Alegações proferidas no exercício do cargo público; - Dever de informação à sociedade.

Alexandre de Moraes (divergente em relação à tese fixada)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Não há previsão expressa de imunidade material para ministros de Estado em face de suas opiniões e palavras no exercício de suas funções; - O regime de imunidades constitucionais não comporta interpretação ampliativa; - a jurisprudência do STF é no sentido de que a liberdade de expressão é limitada por outros valores como os direitos da personalidade; - Havendo colisão de direitos fundamentais, o intérprete deve utilizar o “princípio da concordância prática ou da harmonização”, tentando equilibrar/harmonizar os direitos sem sacrifício total de algum deles (em outras palavras, a ponderação); - Normas que estão também inseridas em tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao ser humano.
Rosa Weber (acompanhou a divergência de tese)	Não	- Acompanhou a divergência.

Fonte: Elaborado pela autora.

19- ADFP 496, 2020. Categoria: tutela penal do discurso.

ADPF 496 2020		
Assunto: Sobre a conformidade do crime de desacato com a Constituição de 1988 e a CADH.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Barroso (Relator e voto vencedor)	Não	<ul style="list-style-type: none"> - Instrumentos internacionais não impedem o uso do direito penal em casos sobre liberdade de expressão; - Corte IDH não se manifestou especificamente sobre o CPB; - Jurisprudência do STF já assentou a possibilidade de limitações à liberdade; - Proteção da honra da Administração Pública.
Edson Fachin (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Prevalência da Liberdade de expressão; - Valor da livre manifestação deve ser superior à honra da Administração que está sujeita a críticas da opinião pública; - Consequências do tipo penal pode afetar/paralisar o gozo da liberdade de expressão; - Liberdade de expressão integra as leis comuns a toda a humanidade; - Só pode ser afastada quando comprovada falsidade da afirmação, dolo ou negligência extrema do agente; - Desacato é um tipo aberto que não admite distinguir críticas de ofensas.
Rosa Weber (divergente)	Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Posição preferencial da liberdade de expressão; - Garantia do seu núcleo essencial (informar, ser informado, emitir opiniões e críticas); - Critério da Proporcionalidade; - Livre expressão assegura a emissão de ideias que odiamos; - Consequência do tipo penal: paralisar o gozo do direito.

Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Celso de Mello	Não	- Caráter não absoluto da Liberdade de expressão; - Direitos fundamentais não podem ser usados como escudos protetores para fins ilícitos; - Responsabilidade a posteriori em casos de abusos.
Dias Toffoli, Marco Aurélio, R. Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux	Não	- Acompanharam o relator.

Fonte: Elaborado pela autora.

20- **HC 141.949, 2ª Turma, 2018. Categoria: tutela penal do discurso.**

HC 141.949		
2ª Turma 2018		
Assunto: Compatibilidade do crime de desacato com a ordem constitucional vigente.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Gilmar Mendes (Relator e voto vencedor)	Não	- Os dispositivos que asseguram a liberdade de expressão, seja na ordem interna, quanto internacional, não dispõem de qualquer empecilho à tipificação do crime de desacato; - Liberdade de expressão deve ser compatibilizada com outros direitos fundamentais; - Crime de desacato é um importante instrumento à preservação da dignidade humana e da lisura pública; - Liberdade de expressão não protege discursos de ódio.
Edson Fachin (divergente)	Sim	- Delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento (havendo manifestação de órgãos internacionais de direito humanos sobre o tema); - Desacato dispõe de sanções desproporcionais; - Liberdade de expressão é um dos pilares democráticos e possui posição preferencial; - Funcionário público não tem privilégio em relação a outras pessoas.
Dias Toffoli	Não	- Conforme o relator.
Lewandowski	Não	- Conforme o relator, sendo necessário fazer um <i>distinguishing</i> , por se tratar de um militar ofendido por um civil nesse caso.
Celso de Mello (ausente)	-	-

Fonte: Elaborado pela autora.

21- **ARE 654.432, 2017. Categoria: liberdade de reunião, greve e expressão.**

ARE 654.432
2017
Assunto: Direito de greve de policial civil

Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Edson Fachin (Relator e voto vencido)	Sim	- Direito de greve decorre do exercício do direito à liberdade de expressão e de reunião, pilares da democracia; - Participação social e garantia do pluralismo
Marco Aurélio e Rosa Weber	Sim	- Acompanharam o relator.
Alexandre de Moraes (Redator)	Não	- Carreira policial é essencial à segurança pública e manutenção da ordem social; - Direito de greve decorre da livre manifestação, liberdade de reunião e associação, mas admitem restrições; - Prevalência do interesse público e social em detrimento do interesse individual (greve);
Barroso (divergente)	Não	- Ponderação de valores constitucionais; - Prevalência da preservação da ordem e bens públicos; - Direito de greve é autônomo e não decorre de outros direitos fundamentais.
Fux (divergente)	Não	- Caráter não absoluto do direito de greve; - Ponderação.
Gilmar Mendes (divergentes)	Não	- Silêncio constitucional não implica interpretação favorável ao direito de greve a policiais civis; - Categoria que cuida do interesse social (segurança pública).
Lewandowski, Dias Toffoli e Cármen Lúcia	Não	- Conforme o voto divergente.

Fonte: Elaborado pela autora.

22- ADI 5.852, 2020. Categoria: liberdade de reunião, greve e expressão.

ADI 5.852 2020		
Assunto: decreto regulamentar do Mato Grosso do Sul que limitava o exercício da liberdade de reunião no espaço territorial onde se localiza o centro político-administrativo do referido Estado.		
Ministros	“Pró” Liberdade de Expressão?	Principais Argumentos
Dias Toffoli (Relator e voto vencido)	Não ⁴⁹⁵	- Liberdade de expressão engloba críticas, protestos, sendo possível a coletivização do senso crítico às instituições como expressões da cidadania; - Mas admite restrições.
Alexandre de Moraes	Não	- Direito de reunião é uma manifestação coletiva da liberdade de expressão; - Direito de greve e reunião consiste em exigência nuclear da livre manifestação;

⁴⁹⁵ Em parte, assim como os demais que acompanharam seu voto, pois sua conclusão foi pela inconstitucionalidade parcial dos dispositivos impugnados.

		- Mas cabe relatividade, proporcionalidade e razoabilidade para o exercício do direito.
Marco Aurélio e Lewandowski	Não	- Conforme o relator.
Luiz Fux (Redator)	Sim	- Centralidade da liberdade de reunião na ordem constitucional vigente; - Violação à reserva legal; - Ausência de proporcionalidade na criação de sanções; - Liberdade de reunião tem valor intrínseco (a partir da relação com a livre expressão) e instrumental, para garantia da democracia.
Gilmar Mendes (divergente)	Sim	- O decreto vulnera o postulado da reserva legal ao estipular restrições às liberdades constitucionais mais caras à democracia.
Rosa Weber (divergente)	Sim	- Liberdade de reunião como um dos alicerces da democracia; - Não pode sofrer restrições indevidas, sob pena de haver efeito inibitório/paralisador ao exercício desse direito.
Edson Fachin (divergente)	Sim	- Integração da liberdade de expressão e reunião no núcleo essencial da vida democrática; - Mínima restrição estatal, que só pode ser feita por meio de lei.
Barroso e Cármen Lúcia	Sim	- Acompanharam a divergência.

Fonte: Elaborado pela autora.

APÊNDICE E – Contagem de dos acórdãos por votos individuais dos ministros

Ministro	Acórdãos do Plenário que votou e desenvolveu argumentos	Média total do número de páginas dos votos proferidos
Alexandre de Moraes	15 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- ADPF 129; 6- RE 685493; 7- ADPF 548; 8- ADPF 460; 9- ADPF 457; 10- ADI 5122; 11- ADPF 572; 12- ADPF 722; 13- ADPF 496; 14- ADI 5852; 15- ADPF 467	214
Edson Fachin,	15 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- ADPF 129; 6- RE 685493; 7- ADPF 548; 8- ADPF 460; 9- ADPF 457; 10- ADI 5122; 11- ADPF 572; 12- ADPF 722; 13- ADPF 496; 14- ADI 5852; 15- RE 330817	156
Luís R. Barroso,	8 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- ADPF 572; 6- ADPF 722; 7- ADPF 496; 8- RE 330817	73
Rosa Weber;	11 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- RE 685493; 6- ADI 5122; 7- ADPF 572; 8- ADPF 722; 9- ADPF 496; 10- ADI 5852; 11- RE 330817	90
Luiz Fux,	11 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- RE 685493; 6- ADPF 460; 7- ADI 5122; 8- ADPF 572; 9- ADPF 722; 10- ADI 5852; 11- RE 330817	152
R. Lewandowski	9 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- ADPF 548; 6- ADI 5122; 7- ADPF 572; 8- ADPF 722; 9- RE 330817	41
Marco Aurélio,	8 acórdãos: 1- ADI 2.566; 2- ARE 654432; 3- ADI 4451; 4- RE 685493; 5- ADI 5122; 6- ADPF 572; 7- ADPF 722; 8- RE 330817	58
Celso de Mello	8 acórdãos: 1- ADI 2566; 2- ADI 4439; 3- ADI 4451; 4- ADPF 548. 5- ADI 5122. 6- ADPF 572. 7- ADPF 496. 8- ADI 5852.	151
	9 acórdãos:	

Cármem Lúcia	1- ADI 2566; 2- ADI 4439; 3- ARE 654432; 4- ADI 4451; 5- ADPF 548; 6- ADI 5122; 7- ADPF 572; 8- ADPF 722; 9- RE 330817.	81
Gilmar Mendes	12 acórdãos: 1- ADI 4439; 2- ARE 654432; 3- ADI 4451; 4- ADPF 129; 5- ADPF 460; 6- ADPF 457; 7- ADPF 572; 8- ADPF 722; 9- ADPF 496; 10- ADI 5852; 11- RE 330817; 12- ADPF 467	252
Dias Toffoli	7 acórdãos: 1- ADI 4439; 2- ARE 654432; 3- ADI 4451; 4- ADPF 572; 5- ADI 5852; 6- ADI 4613; 7- RE 330817	60

Fonte: Elaborado pela autora.

APÊNDICE F – Acórdãos em que foram analisados os votos dos ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin. Disposição por categorias de discurso.

Acórdãos Ministro Alexandre de Moraes	
Liberdade de imprensa	RCL 28.747/PR RCL 38.201/SP
Liberdade de expressão e tutela da honra	PET 6.268/DF
Discurso de ódio	ADPF 572 INQ 4.694/DF
Discurso Comercial	-
Discurso político/eleitoral	ADI 4451/DF ADPF 548/DF ADI 5.122/DF RCL 31.130/MS AP 1.021/DF
Liberdade religiosa	ADI 2.566/DF ADI 4.439/DF
Direito à intimidade/privacidade	ADPF 129/DF RE 685.493/SP ADPF 722/DF
Tutela penal do discurso	ADPF 496/DF
Liberdade de reunião, associação, greve, sindicalização e expressão	ARE 654432/GO ADI 5.852/MS
Liberdade de expressão e direito à educação	ADPF 460/PR ADPF 457/GO ADPF 467/MG

Fonte: Elaborado pela autora.

Acórdãos Ministro Edson Fachin	
Liberdade de imprensa	RCL 22.328/RJ RCL 28.262/PI RHC 146.303/RJ RE 638.360/RJ RCL 32.052/MS ARE 892.127/SP
Liberdade de expressão e tutela da honra	-
Discurso de ódio	ADPF 572
Discurso Comercial	RE 330.817/DF
Discurso político/eleitoral	ADI 4451/DF ADPF 548/DF ADI 5.122/DF
Liberdade religiosa	ADI 2.566/DF ADI 4.439/DF
Direito à intimidade/privacidade	ADPF 129/DF RE 685.493/SP ADPF 722/DF
Tutela penal do discurso	ADPF 496/DF HC 141.949/DF
Liberdade de reunião, associação, greve, sindicalização e expressão	ARE 654432/GO ADI 5.852/MS
Liberdade de expressão e direito à educação	ADPF 460/PR ADPF 457/GO

Fonte: Elaborado pela autora.

APÊNDICE G – Disposição por categorias de discurso dos acórdãos em que os ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin participaram e a partir da identificação de precedentes e de argumentos comparados adotados por eles.

Categorias de discurso	Min. ALEXANDRE DE MORAES			Min. EDSON FACHIN		
	Acórdãos	Precedentes	Argumento comparado	Acórdãos	Precedentes	Argumento comparado
Liberdade de imprensa	RCL 28.747/PR RCL 38.201/SP	Sim Sim	Não Sim	RCL 22.328/RJ RCL 28.262/PI RHC 146.303/RJ RE 638.360/RJ RCL 32.052/MS ARE 892.127/SP	Não Não Sim Sim Sim Sim	Não Não Sim Sim Sim Não
Liberdade de expressão e tutela da honra	PET 6.268/DF	Sim	Sim	-	-	-
Discurso de ódio	ADPF 572 INQ 4.694/DF	Sim Sim	Não Sim	ADPF 572	Sim	Sim
Discurso Comercial	-			RE 330.817/DF	Não	Não
Discurso político/eleitoral	ADI 4451/DF ADPF 548/DF ADI 5.122/DF RCL 31.130/MS AP 1.021/DF	Sim Sim Não Sim Sim	Sim Sim Não Não Não	ADI 4451/DF ADPF 548/DF ADI 5.122/DF	Sim Não Sim	Sim Não Sim
Liberdade religiosa	ADI 2.566/DF ADI 4.439/DF	Não Sim	Não Sim	ADI 2.566/DF ADI 4.439/DF	Sim Sim	Sim Sim
Direito à intimidade/privacidade	ADPF 129/DF RE 685.493/SP ADPF 722/DF	Não Sim Não	Não Não Não	ADPF 129/DF RE 685.493/SP ADPF 722/DF	Sim Sim Não	Sim Sim Sim
Tutela penal do discurso	ADPF 496/DF	Sim	Sim	ADPF 496/DF HC 141.949/DF	Sim Sim	Sim Sim
Liberdade de reunião, associação, greve e expressão	ARE 654432/GO ADI 5.852/MS	Sim Sim	Sim Sim	ARE 654432/GO ADI 5.852/MS	Sim Sim	Sim Sim
Liberdade de expressão e direito à educação	ADPF 460/PR ADPF 457/GO ADPF 467/MG	Sim Sim Sim	Sim Sim Sim	ADPF 460/PR ADPF 457/GO	Sim Sim	Sim Sim
TOTAL DE ACÓRDÃOS	100% (21 casos)	80,95% (17 Sim)	61,9% (13 Sim)	100% (22 casos)	77,27% (17 casos)	77,27% (17 casos)

Fonte: Elaborado pela autora.