

PODER PUNITIVO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM MATÉRIA POLÍTICA

PUNITIVE POWER AND POLITICAL FREE SPEECH IN POLITICAL MATTERS

Ricardo Freitas¹
FADIC

Resumo

Partindo do exame das razões pelas quais a liberdade de expressão em matéria política é essencial às sociedades abertas, este artigo defende a tese de que o Direito Penal liberal deve ser empregado com a finalidade de limitar seu exercício tão-somente quando houver lesão ou, no mínimo, perigo concreto de lesão à ordem política democrática.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Liberdade de expressão política. Autonomia individual. Tolerância. Direito penal Liberal.

Abstract

Based on the reasons why free speech in political matters is essential to open societies, this article defends the thesis that should be used liberal criminal law in order to limit its exercise only when there is damage or concrete danger of damage to the democratic political order.

Keywords:

Fundamental Rights. Dignity of the human being. Freedom of political speech. Individual autonomy. Tolerance. Liberal Criminal Law.

A aspiração do homem à liberdade é indestrutível e pode ser reprimida, mas não exterminada (Grossman, 2014, p. 228).

INTRODUÇÃO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DE DIREITO E SUA REGULAÇÃO PELO DIREITO PENAL

A liberdade de expressão é uma das mais importantes dimensões da dignidade da pessoa humana. Integrante do conjunto de liberdades historicamente reputadas como de titularidade dos indivíduos, a liberdade de expressão é considerada pelos humanistas liberais um valor moral e político da mais elevada relevância.

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor da UFPE.

Em nossos dias quase não há Estados formalmente hostis ao direito à liberdade de expressão. Não obstante, no mundo real há uma expressivo número de governos de natureza autocrática que reprimem com violência autores de discursos políticos que possam ameaçar sua existência. Lamentavelmente, mesmo em países democráticos nota-se uma tendência crescente a restringir o discurso político de forma ilegítima. Pesquisa relativamente recente (2022) apurou que “o número de pessoas vivendo em países sem restrições à liberdade de expressão está no ponto mais baixo em duas décadas” e ainda que “80% da população global tem menos liberdade de expressão do que em 2020”. Em particular, nos últimos anos o Brasil experimentou uma queda no nível de liberdade de expressão, ocupando atualmente um nada invejável 87º lugar numa lista de 161 países (Mediatalks, 2022).

Em que pese a amplíssima tutela jurídica proporcionada pelo Direito Interno e pelo Direito Internacional, a liberdade de expressão política ainda não está suficientemente protegida do arbítrio estatal.² O exercício da liberdade de expressão política sofre amiúde, sem justificativas minimamente razoáveis, restrições ou ameaças de restrições por parte do poder público. Este problema assume uma dimensão particularmente preocupante sempre que o sistema penal é demandado a reprimir o exercício da liberdade de expressão política com a finalidade de atender conveniências das forças políticas e sociais politicamente hegemônicas em um dado momento histórico. Em especial, em países com um passado político caracterizado pelo autoritarismo faz-se necessário recordar reiteradamente que o exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão política é pressuposto da existência do próprio Estado de Direito. É força convir que o exercício arbitrário do poder punitivo no sentido de tolher o exercício do

² No âmbito do direito internacional, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) (Brasil, 1992a) como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (1969) (Brasil, 1992b) (doravante denominadas PIDCP e CADH, respectivamente), incluem a liberdade de expressão no rol dos Direitos do Homem. No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 5º, IV, da Constituição Federal, referindo-se à “liberdade de pensamento”, consagrou a liberdade de expressão no rol dos Direitos Fundamentais.

direito à liberdade de expressão em matéria política impede a sociedade de organizar-se politicamente como um Estado de Direito.

Tomando como ponto de partida a evidência de que a liberdade de expressão política é um Direito Fundamental, pretendemos deixar ainda mais clara a sua importância e as razões pelas quais ele precisa ser protegido contra quaisquer ingerências estatais arbitrárias. Admitimos que essa discussão não se justificaria se não fôssemos um país de cultura autoritária e se a liberdade de expressão em matéria política não fosse considerada por muitos brasileiros como um risco e não como um dos Direitos Fundamentais. Como se não bastasse, há evidências empíricas da existência de níveis extremos de polarização política, antagonismo que provoca uma espécie de “calcificação” do eleitorado, vale dizer, uma “consolidação da identidade” dos integrantes dos grupos à direita e à esquerda do espectro político (Nunes; Traumann, 2023). Como não poderia deixar de ser, o que é assaz preocupante, a sedimentação das preferências políticas dos cidadãos brasileiros gera um sentimento de intolerância que não raramente assume feição punitivista.

Na seção inicial trataremos do conteúdo e da importância da liberdade de expressão, com destaque para a interdependência existente entre o referido Direito Fundamental e os valores da autonomia e da tolerância, ambos integrantes do acervo do liberalismo político.

Em seguida, em ordem de ter uma perspectiva balanceada sobre a problemática em exame, abordaremos os argumentos que justificam a imposição de restrições legítimas na hipótese do cometimento de abusos no exercício da liberdade de expressão política. Em sede de fontes, as lições de conhecidos pensadores liberais serão trazidas à colação para demonstrar a existência de um elevado grau de consenso a respeito da matéria em análise, em que pese o fato deles se encontrarem vinculados às mais heterogêneas tradições filosóficas.

Por derradeiro, considerando a diminuta dimensão deste artigo, abordamos, na medida do possível, a missão a ser desempenhada pelo Direito Penal de garantias na prevenção de condutas que abusam do exercício da liberdade de expressão em matéria política. Estimulados por este desiderato, ressaltaremos a natureza subsidiária e fragmentária do

Direito Penal de garantias, bem como o seu firme compromisso com os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da legalidade.

1 CONTEÚDO E RELEVÂNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM MATÉRIA POLÍTICA.

O conceito de liberdade de expressão é bastante amplo, abrangendo a liberdade de opinião (faculdade reconhecida aos indivíduos de manifestar juízos - positivos ou negativos – acerca de determinado assunto); a liberdade de informação (direito de procurar, receber, difundir ideias e informações de qualquer natureza por todos os meios de comunicação - imprensa, televisão, mídias sociais, dentre outros) e a liberdade de ensino (inclui o direito à livre pesquisa e à livre aprendizagem). Atualmente, “a liberdade de expressão expande-se não apenas no mundo físico, mas também no ciberespaço propiciado pela internet, gerando novas formas de interação entre as pessoas” (Kopstein; Zanella, 2021, p. 77).

Um regime político somente pode ser reconhecido como uma democracia liberal quando se mostra plenamente apto a garantir o exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão, inclusive à liberdade de expressão em matéria política.

No passado, a humanidade conheceu regimes políticos democráticos não liberais e regimes políticos liberais não democráticos. Regimes democráticos instalaram-se em cidades gregas da antiguidade que, não obstante assegurarem, com base na noção de isonomia, Direitos Políticos aos seus cidadãos, não reconheceram (e não poderiam ter reconhecido) a existência de direitos individuais oponíveis ao Estado. Por outro lado, sobretudo no século XIX proliferaram Estados liberais não democráticos na Europa Ocidental, a exemplo do Reino Unido e da França. Hoje, predomina o entendimento de que a democracia e o liberalismo político são indissociáveis. Um regime político só pode ser definido como democrático caso se trate de uma democracia-liberal. Bobbio (1988, p. 43) afirma a este respeito, por todos, que “enquanto no início puderam se formar Estados liberais que não eram democráticos [...], hoje Estados liberais não

democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democrático que não fossem também liberais”.³

Em resumo, na atualidade Estados que não asseguram efetivamente a liberdade de expressão em matéria política, restringindo-a ilegitimamente são Estados semidemocráticos. Só há Estado de Direito em sentido forte ou material onde existe integral respeito ao Direito Fundamental da liberdade de expressão política.

Há uma concordância geral em torno da ideia de que a positivação do Direito à liberdade de expressão, embora altamente relevante, não é suficiente para assegurar a sua efetividade. Fato é que, historicamente, legislações que acolheram formalmente os Direitos Humanos não tinham a mínima intenção de respeitá-los. Na extinta União Soviética (URSS), por exemplo, a liberdade de expressão, assim como outros Direitos do Homem, foi ferozmente combatida não somente por ser associado ao denominado individualismo burguês, mas igualmente por ser considerada uma ameaça aos interesses do proletariado e ao Estado soviético. Na URSS, numa evidente demonstração de desprezo no tocante aos Direitos Individuais, a Constituição soviética de 1936 hierarquizou os Direitos Fundamentais ao proclamar explicitamente “o caráter fundamental dos Direitos Econômicos e Sociais diante dos demais Direitos” (Pérez Luño, 2021, p. 107). Com isso a liberdade de expressão, integrante do rol dos Direitos Individuais, poderia ser sacrificada para que fossem preservados e efetivados os Direitos Econômicos e Sociais, tudo com respaldo constitucional.

Ressalte-se que a hierarquização dos Direitos Humanos concretizada na Carta Constitucional da URSS refletia entendimento hegemônico no seio do marxismo segundo o qual as liberdades clássicas expressariam uma concepção burguesa acerca dos Direitos Humanos, ao passo que os Direitos Econômicos e Sociais, produto das lutas travadas pelo proletariado contra

³ Em sentido contrário, não são poucos os estudiosos que admitem que as democracias podem assumir roupagem liberal ou iliberal. Mounk (2019, p. 26), por todos, sustenta que “é um erro pensar que todas as democracias devam por natureza ser liberais ou se assemelham a nossas atuais instituições políticas [...]. No sistema emergente, a vontade popular reina soberana (ao menos no início)”. E acrescenta: “O que o separa do tipo de democracia liberal à qual estamos acostumados não é a falta de democracia; é a falta de respeito pelas instituições independentes e pelos direitos individuais”.

a burguesia, representariam uma contribuição decisiva ao processo de emancipação política da humanidade. Entende-se então porque os Direitos Individuais, mesmo quando reconhecidos juridicamente, jamais perderam seu caráter puramente formal nos países socialistas. Comparados aos Direitos Econômicos e Sociais eles eram vistos como um empecilho à efetivação da igualdade material prometida pelo socialismo (Bobbio, 1992, p. 99).

O Estado de Direito não admite a hierarquização dos Direitos Humanos. Hoje, prevalece o entendimento de que os Direitos Humanos são indivisíveis, mesmo porque “existe certa unidade e influência recíproca entre o respeito pelos Direitos Políticos e pelos Direitos Econômicos” porque “Os Direitos Cíveis e Políticos são ‘vazios’ sem os Econômicos”, enquanto estes “são ‘cegos’ sem àqueles” (Haba, 1986, p. 909-910).

Lafer (1988, p. 130) afirma, igualmente, que tanto os Direitos Cíveis e Políticos como os Econômicos e Sociais “baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”.

Para concluir este ponto, vale a pena recordar a opinião insuspeita de um historiador marxista bastante conhecido e respeitado. Hobsbawm (1987, p. 415) admite, sem meias palavras, que os chamados Direitos Individuais “tiveram ainda influência que ultrapassou os limites de apoio ao liberalismo burguês”. Em seguida o autor conclui, com evidente acerto, que “muitos dos direitos formulados no contexto do século XVIII ainda correspondem ao que a maioria das pessoas nas sociedades modernas deseja e precisa”.

Em síntese, o pleno respeito aos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito depende da coexistência harmônica das “liberdades clássicas” com os “direitos de crédito”. Na atualidade, é praticamente consensual na doutrina o reconhecimento de que Estados incapazes de assegurar o integral exercício da liberdade de expressão política não conseguem viabilizar a existência de outras liberdades e direitos. Por exemplo: a supressão da liberdade de expressão compromete a liberdade de associação, impedindo o surgimento de associações cíveis, sindicatos e partidos políticos. Por outro lado, a supressão ou mesmo a imposição de

restrições ilegítimas à liberdade de expressão prejudica igualmente a vigência dos Direitos Econômicos e Sociais.

Há consenso doutrinário em torno da ideia de que a liberdade de expressão é essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano. Reconhecendo sua relevância, Rawls (2000, p. 348) assinala que as liberdades fundamentais gozam de status especial em comparação às “razões do bem público” e aos “valores perfeccionistas”. Dando um passo adiante, Rawls (2000, p. 364-365) afirma que as referidas liberdades fundamentais, a exemplo da liberdade de consciência e da liberdade de pensamento e seus corolários (liberdade de expressão política e a liberdade de imprensa), são “prioritárias diante dos demais bens primários”.

A liberdade de expressão também é uma das múltiplas dimensões da autonomia individual, que, consoante uma definição tradicional, “consiste na fruição livre de direitos estabelecidos e está associada a um sentido de dignidade” (Merquior, 2014, p. 47). O sujeito autônomo é aquele que atua livremente, isto é, sem sofrer coação ou ameaça de coação ou, em outras palavras, que atua de acordo com a própria vontade e não em obediência à vontade de outrem que o ameaça com a imposição de um mal para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Com efeito, esta é a concepção de autonomia nos termos do liberalismo clássico. Dworkin (2014, p. 561) nos recorda a este respeito que, de acordo com o liberalismo clássico, o sujeito é autônomo quando pode “agir como bem quiser, livre de restrições ou ameaças impostas por terceiros ou por uma comunidade política”. Tal noção, salienta ou autor citado, corresponde a precisamente ao conceito de liberdade em sentido negativo, isto é, como “aquela porção de sua autonomia que a comunidade política não pode restringir sem lhe infligir um tipo especial de dano, ou seja, sem comprometer sua dignidade, negando-lhe igual consideração ou algum traço essencial de responsabilidade pela própria vida”.⁴

⁴ Dworkin (1995, p. 376-377) esclarece que o conceito de liberdade não foi concebido pelos liberais clássicos como direito ao abuso, uma vez que as leis que proíbem, por exemplo, o homicídio ou a formação de trustes, em nada ameaçam a autonomia política dos cidadãos. Neste sentido, a restrição imposta pela lei ao homicídio não seria uma restrição à liberdade, considerando que enquanto direito ela não foi concebida como um valor absoluto.

A autonomia individual tem a tolerância como pressuposto. Bobbio (1992, p. 209) nos diz que a tolerância é a “única resposta possível à imperiosa afirmação de que a liberdade interior é um bem demasiadamente elevado para que não se reconhecido, ou melhor exigido”. Partindo de uma premissa de cunho deontológico, Bobbio (1992, p. 209) esclarece que a tolerância em relação ao pensamento alheio não é valiosa apenas por ser “socialmente útil ou politicamente eficaz, mas sim por ser um dever ético”. Consoante escólio do jusfilósofo italiano, as opiniões alheias precisam ser toleradas em nome do respeito à dignidade da pessoa humana ou, mais precisamente, porque o ser humano é titular de uma gama de direitos indispensáveis ao integral desenvolvimento de sua personalidade.

De fato, a vigência efetiva do Direito Fundamental à liberdade de expressão política propicia o pleno desenvolvimento da personalidade individual, tutelando assim a dignidade inerente a todo ser humano. Cercear o direito de opinar sobre matéria política implica em negar ao cidadão a possibilidade de expressar juízos políticos e, conseqüentemente, de ser responsabilizado pelo seu conteúdo. Porém, esta não é a única razão pela qual as opiniões alheias devem ser toleradas. Muitas outras podem ser agregadas a todas que foram expostas anteriormente.

Governos liberais, ou seja, aqueles que, ao menos em princípio, são mais tolerantes no que concerne ao exercício da liberdade de expressão política, podem aproveitar as críticas que lhes são direcionadas por seus opositores em benefício próprio. Por exemplo: opiniões contrárias à política econômica governamental podem indicar a necessidade de implementar mudanças que agradem a sociedade. Persuadido de que a repressão contra a liberdade de expressão restringe “o uso público livre e bem-informado de nossa razão para julgar a justiça da estrutura básica e das políticas sociais”, Rawls (2000, p. 404) assinala a respeito desta questão: “Quando a livre expressão política é garantida, problemas graves não passam despercebidos nem se tornam extremamente perigosos de repente”, na medida em que eles são “publicamente apontados” e, conseqüentemente, levados em consideração pelos governantes.

Com outra opinião igualmente impressiva, Dworkin (1995, p. 389) argumenta nos termos de sua chamada “concepção liberal da igualdade” que a liberdade de expressão deve ser assegurada em nome da igualdade e de um

hipotético interesse geral. Em seu entendimento, “o governo não somente deve tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito”, isto é, que o governo “não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, baseando-se na ideia de que alguns cidadãos têm direito a mais porque são dignos de maior consideração” porque suas concepções são melhores que a dos outros. Se a cidadania pressupõe a igualdade entre os cidadãos, conclui o autor, não se pode tratá-los desigualmente ao permitir que alguns possam exprimir suas opiniões políticas e outros não.

Rawls (2000, p. 401) acrescenta outro argumento utilitarista em favor do direito à liberdade de expressão política. Em seu sentir, a liberdade de opinião “combinada ao procedimento político justo especificado pela Constituição, oferece uma alternativa à revolução e ao uso da força, que podem ser tão destrutivos para as liberdades básicas”.

Com efeito, a história revela que a supressão ou a restrição ilegítima excessiva ao exercício da liberdade de expressão por parte dos grupos politicamente hegemônicos provoca desilusão e desespero no interior dos setores sociais politicamente excluídos, impedidos de articular seus discursos críticos contra os governantes. Sem esperança diante do arbítrio, não é incomum que estes setores politicamente excluídos optem pelo emprego da violência para derrotar aqueles que monopolizam o poder político. Pense-se, por exemplo, em um Estado governado durante décadas pelo mesmo partido político ou pela mesma coalização de partidos políticos. Quando isto acontece, a possibilidade dos partidos se alternarem no governo não passa de uma miragem. A democracia pressupõe a realização periódica de eleições livres e justas que propiciem chances efetivas de mudança dos governantes. Se, apenas para exemplificar, aqueles que detêm o poder valem-se sistematicamente da corrupção ou de outras estratégias igualmente ilegais para vencerem eleições e conservarem o poder, a supressão do exercício da liberdade de crítica pode conduzir ao terrorismo, ao golpe de Estado ou à revolução. Para que este cenário não venha a se concretizar, as liberdades democráticas, inclusive a liberdade de expressão, não podem ser restringidas ilegítimamente, porque, quando isto acontece, as esperanças dos dissidentes se esvanecem. Em contrapartida, quando as liberdades democráticas não sofrem ataques por parte das forças políticas

vitoriosas em eleições livres e justas, “embora os perdedores sofram para aceitar o resultado da rodada atual, se tiverem chance de vencer no futuro vão concordar com o veredito em vez de recorrer à violência” (Przeworski, 2020, p. 188).

Por outro lado, não se pode esquecer que a eliminação ou o cerceamento ilegítimos do direito à crítica política exercida pelos setores politicamente minoritários resulta na chamada “ditadura da maioria”, que subverte por completo a democracia-liberal, regida não apenas pelo princípio majoritário mas também pelo compromisso com a preservação dos Direitos Fundamentais. Na realidade, a “ditadura da maioria” atesta o óbito da democracia, regime político que nas últimas décadas tem sido extinto não mediante golpes de Estado clássicos nos quais as Forças Armadas desempenham um papel preponderante, mas por iniciativa de governantes democraticamente eleitos que submetem paulatinamente aos seus desígnios, de maneira quase imperceptível, tanto os parlamentos como os tribunais, transformando-os em seus aliados incondicionais. Governos autoritários eleitos democraticamente podem atacar a democracia-liberal sem utilizar as armas, sem abolir a Constituição, sem extinguir as instituições democráticas e sem deixar de realizar eleições. Desse modo, ao final e ao cabo “autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência” (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 15-17). Em situações extremas, acrescenta Przeworski (2020, p. 171), “quando o retrocesso segue um caminho constitucional e o governo tem o cuidado de preservar todas as aparências de legalidade, os cidadãos não dispõem de meios para coordenar sua resistência”.

Existem, portanto, razões mais que suficientes para que o exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão política seja assegurado amplamente a todos os cidadãos. Resta-nos, então, refletir acerca das situações que autorizariam o cerceamento legítimo do exercício da opinião política.

2 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA NO ESTADO DE DIREITO

Em geral, as pessoas tendem a dizer que devemos tolerar as opiniões alheias tolerantes, mas não as intolerantes. Para elas, o exercício de opiniões políticas que expressam tolerância deve ser permitido, mas o exercício de

opiniões políticas intolerantes deve ser proibido. Por exemplo: considerando o fato das ditaduras serem intolerantes em relação aos dissidentes, o exercício da liberdade de expressão deve ser proibido aos cidadãos que expressam preferência por regimes ditatoriais, permitindo-se apenas os discursos que enalteçam os regimes democráticos.

Uma versão mais radical da visão exposta anteriormente é a seguinte: não se pode conceder liberdade aos inimigos da liberdade. Este entendimento, como é dado a perceber, sufraga, em última análise, a interdição de todos os Direitos Fundamentais aos indivíduos etiquetados como inimigos da liberdade. Trata-se, ademais, de uma perspectiva compartilhada não somente pela extrema direita e pela extrema esquerda. Por vezes até os liberais pensam nestes termos, como é o caso de Popper (1987, p. 289-290), um conhecido adversário do totalitarismo. De acordo com o seu entendimento:

A tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até aqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância [...]. Deveremos então reclamar em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Devemos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação à intolerância e à perseguição do mesmo modo que no caso da incitação ao homicídio, ao sequestro de crianças ou à revivescência do tráfico de escravos.

A lógica subjacente ao posicionamento retroassinalado é a seguinte: é mister combater a intolerância dos intolerantes - ou negar a liberdade àqueles que a negam - para que a liberdade de expressão em matéria política não venha a ser eliminada por aqueles que pretendem destruí-la. Entretanto, essa maneira de pensar é consideravelmente problemática por diversas razões.

Em primeiro lugar, porque frequentemente as pessoas tendem a definir com muita facilidade seus oponentes como intolerantes simplesmente porque eles têm opiniões diferentes das suas. Em outras palavras, intolerantes são sempre os outros. Reconhecendo o problema, Rawls (2000, p. 407) chama nossa atenção para o fato de que “o discurso político que expressa doutrinas das quais discordamos, ou que consideramos contrárias aos nossos interesses, muito facilmente nos parecerá perigosa”. No Brasil contemporâneo, por exemplo, governantes e lideranças políticas importantes não se cansam de fazer apologia a regimes políticos autocráticos do passado e do presente. Porventura as liberdades e a democracia restariam fortalecidas se fossem reprimidas referências elogiosas à ditadura militar brasileira ou o enaltecimento da ditadura chinesa? Reafirmamos as posições antecipadas para responder negativamente.

Sabe-se que, no passado e no presente, os Estados comunistas foram intolerantes em relação às opiniões que expressavam contrariedade em relação ao comunismo. Na outra extremidade do universo político, Estados fascistas perseguiram ferozmente aqueles que defendiam o ideário comunista. Infelizmente, por vezes algumas democracias-liberais tampouco escapam à tentação de considerar tanto as opiniões favoráveis ao comunismo quanto ao fascismo como dignas de serem censuradas e mesmo criminalizadas. Na realidade, como é dado a perceber, não é nada difícil rotular dissidentes como inimigos do regime e eliminar seus direitos. É por isso que, do nosso ponto de vista, Levitsky e Ziblatt (2018, p. 69) têm toda razão quando afirmam que “uma coisa que distingue autocratas de líderes democráticos contemporâneos é sua intolerância à crítica e a disposição de usar seu poder para punir aqueles que – na oposição, na mídia ou na sociedade civil – venham a criticá-los”. O líder democrático tolera o exercício da liberdade de expressão política por parte de extremistas, restringindo-o apenas excepcionalmente, em casos de extrema gravidade e quase nunca mediante o emprego do Direito Penal.

Admitir o exercício da liberdade de expressão política somente para quem concorda com as opiniões politicamente hegemônicas é um posicionamento antidemocrático porque transforma um Direito Fundamental em algo puramente formal, simbólico, destituído de

substância, vale dizer, não respeitado na prática, em que pese sua natureza constitucional.

Bobbio (1992:214) acrescenta outro argumento ao anterior: o tratamento intolerante contra os intolerantes é uma atitude politicamente equivocada porque estes últimos, se perseguidos, se tornarão mais radicais e não mais liberais. Os intolerantes se refugiarão no interior do estreito círculo de sua “bolha” ideológica, radicalizando-se progressivamente até apartarem-se da vida democrática.

Contudo, diga-se de passagem, Bobbio não defende o ponto de vista de que a liberdade de expressão não possa ser restringida em hipótese alguma. Ele insurge-se tão-somente contra o entendimento de que ideias devem ser proibidas simplesmente porque são perigosas. Segundo o jurista, uma visão deste tipo faz com que, de proibição em proibição, a atitude de intolerância contra os intolerantes torne-se norma e não exceção, vindo a atingir não somente estes últimos, mas igualmente todos aqueles que expressam opiniões destoantes das defendidas pelos grupos políticos hegemônicos.

Em síntese, observados determinados limites, a liberdade de expressão de ideias intolerantes deve ser tolerada mesmo que represente algum perigo ao Estado de Direito. Discursos de cariz antidemocrático, por exemplo, não devem ser censurados, punidos e muito menos incriminados quando as instituições políticas são suficientemente estáveis e capazes de resistir a revoluções, golpes de Estado e quarteladas. Em nosso país, por exemplo, a experiência histórica deixa claro que o sucesso de movimentos antidemocráticos apoiados apenas por segmentos minoritários da sociedade não têm qualquer chance de êxito em atentar contra o Estado de Direito. Compare-se, neste sentido, o golpe militar de 1964 e o episódio do 8 de janeiro. O primeiro contou com a liderança decisiva das Forças Armadas, mas também com o apoio da maior parte da classe política, incluindo a maioria dos governadores; da mídia; do empresariado; da classe média e de significativa parcela da sociedade civil, sem contar a solidariedade dos Estados Unidos. Em claro contraste, o episódio ocorrido no 8 de janeiro, canhestro e semianárquico, foi amplamente rechaçado pelas instituições estatais, por governadores de todos os matizes políticos, assim como pela mídia e parcela majoritária da sociedade, sendo certo que o governo

americano havia se posicionado anteriormente em termos contrários a qualquer tentativa de golpe de Estado.

Conceder ampla liberdade de expressão política aos intolerantes permite que eles venham a ser identificados com mais facilidade pela sociedade. Restringir opiniões politicamente iliberais e antidemocráticas serve tão-somente para ocultar desígnios autoritários. Convicções políticas autoritárias expressas livremente em sociedades democráticas são identificadas e prontamente rechaçadas pela maioria da população que, assim agindo, reafirma seu compromisso com os valores de caráter liberal consubstanciados nos Direitos Fundamentais elencados na Lei Maior.

A ampla liberdade de expressão de ideias políticas intolerantes também deve ser assegurada por outro motivo: recusar o exercício da liberdade de opinião a alguém abre caminho para que outros também deixem de reconhecer nosso direito de emitir opinião sobre assuntos políticos. No Estado de Direito a “distribuição” das liberdades deve ser justa, ou seja, igualitária. Por este motivo, quaisquer restrições impostas ao exercício das liberdades e, em particular, à liberdade de expressão em matéria política, precisam ser satisfatoriamente fundamentadas e reguladas pelo direito e, em casos extremos, quando imprescindível, pelo Direito Penal.

O Estado Direito reconhece aos indivíduos o Direito Fundamental de expressar-se com total autonomia sobre política, religião, moral e quaisquer outros assuntos, mesmo que suas opiniões aparentem ser errôneas, nocivas ou entrem em conflito com valores socialmente hegemônicos. Somente na hipótese das opiniões se revelarem direta ou indiretamente perigosas aos demais Direitos fundamentais é que o Estado de Direito tem legitimidade para empregar sanções penais ou extrapenais com o objetivo de restringi-las ou proibi-las.

Da mesma maneira que os demais Direitos Fundamentais, a liberdade de expressão também não é ilimitada. Este entendimento é amplamente compartilhado por vários estudiosos. Bobbio (1992, p. 42), dentre eles, afirma categoricamente que “os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos”. Em termos semelhantes, Dworkin (2014, p. 572) reconhece ser “mais que batida a ideia de que nenhum direito político é absoluto e de que até a liberdade de expressão tem seus limites”. Rawls (2000, p. 349), sem discrepar das afirmações anteriores, ressalta que “como as liberdades

fundamentais podem ser limitadas quando entram em choque entre si, nenhuma delas é absoluta, assim como não é absoluta a exigência de que, no sistema ajustado de forma definitiva, todas as liberdades sejam igualmente oferecidas”. Kolakowski (2009, p. 82-83) esclarece, por fim, que a liberdade só pode ser concebida em termos restritos porque “não se pode dizer que em tal mundo ‘tudo é permitido’ porque algo só pode ser permitido ou não por alguma lei”. Sem leis que permitam ou proíbam o exercício da liberdade, esta última não pode subsistir, na medida em que pode ser cerceada arbitrariamente por quem disponha de força suficiente para tanto.⁵

Por outro lado, a liberdade de expressão não somente é relativa, mas também é gradativa, aliás, como também o são as demais liberdades e a própria democracia. Fato é que assim como os regimes políticos podem ser mais ou menos democráticos, a liberdade de expressão também pode ser mais ou menos ampla, como recorda Kolakowski (2009, p. 81). A diferença reside na circunstância de que enquanto os regimes políticos verdadeiramente liberais esforçam-se para ampliar ao máximo a efetividade das liberdades públicas, os de liberalismo fraco ou formal tendem a impor maiores restrições ao seu exercício.

Contudo, o consenso absoluto ou quase absoluto sobre a necessidade da imposição de limites ao exercício da liberdade de expressão não se reproduz quando se discute os critérios concretos de limitação. Decerto a legislação brasileira indica alguns parâmetros normativos legitimadores das restrições ao exercício da liberdade de expressão em geral. O Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, por exemplo, estatui que o exercício da liberdade de expressão “implicará deveres e responsabilidades especiais, podendo seu titular ser sujeitado a “certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”. Dispõe igualmente

⁵ No Brasil, o Ministro Marco Aurélio registrou em voto que proferiu na condição de relator do RE 685493 que, a despeito da “prevalência da liberdade de expressão quando em confronto com outros valores constitucionais [...] conforme tem proclamado o Supremo, nenhum direito é absoluto, nem mesmo a garantia à liberdade de expressão” (STF, 2020, p. 1828).

que a liberdade de expressão também pode ser restringida para “proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas” (Brasil, 1992a). Por sua vez, o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, muito embora proíba a censura prévia, admite a responsabilização daquele que abusar do direito à liberdade de expressão tanto para assegurar “o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”, bem como para a “proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. O citado Decreto proíbe ainda manifestação de opinião favorável à guerra e à apologia ao ódio nacional, racial ou religioso ou que “constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (Brasil, 1992b).⁶ Acrescente-se que todas estas restrições dependem de previsão legal, não podendo ser impostas arbitrariamente pela autoridade pública.

O problema, como reconhece Dworkin (2014, p. 572), é que as limitações ao exercício das liberdades políticas podem afetar a democracia. Nela, afirma Dworkin, restrições ao exercício da liberdade de expressão devem ser cuidadosamente estabelecidas com esteio em argumentos plenamente convincentes.

De outro turno, não se pode deixar de considerar que expressões como “segurança pública”, “ordem pública”, “moral pública”, dentre outras encontradas tanto no PIDCP como no CADH, são excessivamente vagas, permitindo que os Estados imponham sem maiores dificuldades as restrições que desejarem ao exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão política. É tentador para os governantes restringir severamente a liberdade de seus cidadãos opinarem sobre matéria política mediante o argumento bastante vago de que suas opiniões causam lesão à segurança ou à ordem públicas, por exemplo.

Em Estados Democráticos de Direito o recurso ao Judiciário pode ser uma das estratégias mais eficientes de proteção da liberdade de expressão política. Considerando a imprecisão das expressões usadas nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos para autorizar a imposição de restrições à liberdade de expressão, um Judiciário suficientemente comprometido com a tutela desse Direito Fundamental precisa interpretar

⁶ Os Decretos nº 592/1992 e nº 678/92 recepcionaram, respectivamente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (1969).

restritivamente, por exemplo, os termos “segurança pública”, “ordem pública” e “moral pública”. A este respeito, é justo reconhecer que o Supremo Tribunal Federal tem, em regra, adotado uma postura liberal diante de situações em que a liberdade de expressão colide com o direito à proteção da honra pessoal.⁷ Porém, seria importante que a Corte também adotasse uma postura garantista no que concerne ao exercício da liberdade de expressão política evitando, sobretudo, a censura.

Magistrados comprometidos com os valores que consubstanciam o Estado Democrático de Direito também precisam compreender a diferença entre o exercício da liberdade de expressão como apanágio da cidadania e a prática de condutas que caracterizam crimes como o desacato ou delitos contra a honra, a exemplo da difamação e da injúria. Por exemplo: quando o cidadão afirma que determinado Ministro do Supremo é injusto, que uma dada decisão judicial prolatada por ele é errônea ou quando lhe faz uma crítica por considerar que seu posicionamento jurídico é politicamente perigoso, está exercendo seu Direito Fundamental à liberdade de expressão, pois no Estado de Direito o cidadão pode criticar os agentes públicos por sua atuação sem temer punições. Enfim, magistrados estão sujeitos à críticas assim como qualquer agente público. O que é inadmissível é a ofensa a honra pessoal, que causa lesão à sua dignidade, caracterizando crime contra a honra.

A esta altura talvez seja necessário reafirmarmos as posições antecipadas: o exercício da liberdade de expressão eventualmente precisa ser restringido para evitar abusos em decorrência da necessidade de proteção de outros

⁷ Em recurso extraordinário referido na nota explicativa anterior, o relator, Ministro Marco Aurélio, reafirmou a convicção de que a liberdade de expressão é “um direito de primeira grandeza na ordem constitucional de 1988”, tendo assinalado, na sequência, que “em uma democracia pluralista, o fechamento dos canais de discussão pode implicar o alijamento de grupos minoritários”. No mencionado julgado, o STF interpretou restritivamente o direito da parte de ser ressarcida por ofensa à honra para dar provimento ao recurso em que a parte recorrente alega que a sua opinião sobre a conduta do recorrido “somente explicitou opinião de cunho crítico, alcançada pela garantia constitucional da livre manifestação do pensamento, não se verificando dano moral em tais circunstâncias”. No “sentir da Supremo Tribunal Federal, diante do conflito “entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo, da sociedade, não cabendo potencializar o individual” (STF, 2000).

Direitos Fundamentais igualmente relevantes. Frise-se, contudo, que em nenhum caso isto pode ser levado a cabo por meio da censura, como ocorria durante a ditadura militar.

A imposição de censura para conter prováveis abusos no exercício da liberdade de expressão política é medida evidentemente incompatível com a preservação deste Direito Fundamental. A censura obstaculiza o exercício da liberdade de expressão política antes mesmo do cidadão manifestar sua opinião, vale dizer, ela recai sobre uma opinião cujo conteúdo, desconhecido da autoridade pública que a impõe, pode ou não vir a ser expressa. Em outras palavras, a censura recai sobre alguém que sequer cometeu abuso no exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão política e que ninguém sabe se realmente virá a cometê-lo.

Em certas situações, aliás, não é difícil entender o porquê da proibição de certas condutas por parte do Direito. Dworkin (1995, p. 376), por exemplo, afirma que seria um absurdo dizer que alguém tem a sua liberdade cerceada porque o Direito Penal o proíbe de matar ou ferir outra pessoa. Daí a necessidade de diferenciar proibições legítimas, como a que proíbe o homicídio, das ilegítimas, como a que proíbe injustificadamente o discurso político. Em seu entendimento, uma liberdade só pode ser legitimamente restringida em nome da proteção de direitos alheios ou, em suas palavras, quando as restrições refletem “compromissos necessários para proteger a liberdade ou a segurança de outros” (Dworkin, 1995, p. 382).

Por seu turno, Rawls (2000, p. 349) atenta para a necessidade de enquadrar as liberdades em um “sistema coerente” por causa da inevitabilidade da eclosão de conflitos entre elas. Significa que uma liberdade “só pode ser limitada ou negada em nome de outra ou de outras liberdades fundamentais” mesmo que sua restrição revele-se conveniente por razões de bem estar geral ou mesmo em benefício daqueles que experimentaram limitações no exercício de suas liberdades ou que tiveram suas liberdades suprimidas.⁸

⁸ Rawls (2000:350) nomeia os critérios limitadores de “regras de ordem” no intuito de impedir que venham a ser confundidos com as restrições ao conteúdo dos discursos. Enquanto as regras de ordem se destinam exclusivamente a regulamentar a livre discussão das ideias, as restrições à liberdade de expressão proíbem a discussão em torno de

Ao tratar especificamente do exercício da liberdade de expressão política, Rawls (2000, p. 399-403) concorda que por vezes ela precisa ser restringida quando associada ao uso da força. Porém, ele nos alerta que as leis destinadas a punir revolucionários podem ser ou, no mínimo, podem parecer injustas e opressivas na visão de determinados setores sociais. Nestes casos, as opiniões subversivas expressariam um sentimento de injustiça social, seriam sintomas de uma crise social iminente. Os sediciosos estariam comunicando ao detentores do poder político sua disposição de radicalizar em consequência da falta de empenho do governo e da inexistência de meios alternativos de resolver seus problemas. Em tais situações, Rawls (2000, p. 403) entende, acertadamente, que a repressão desencadeada contra os autores das ideias sediciosas atenta contra “a liberdade fundamental de pensamento”, haja vista que “reprimir a defesa da subversão é suprimir a discussão”.

Rawls (2000, p. 405) afirma, mais uma vez corretamente, que as instituições básicas de uma sociedade razoavelmente bem governada “não são tão frágeis ou instáveis a ponto de serem destruídas apenas pela defesa da subversão”. Um governo sensato compreende que o discurso sedicioso é uma advertência para a necessidade de mudanças. Mas então, seria o caso de indagar a esta altura, qual seria a hipótese em que a supressão da liberdade de expressão política estaria justificada?

Tomando como ponto de partida uma das vertentes da jurisprudência americana em matéria constitucional, Rawls (2000, p. 408) sustenta o ponto de vista de que a defesa contra a subversão necessita de algo mais do que a mera expressão de uma opinião favorável à sedição. Em outras palavras, não seria suficiente a mera incitação ou a apologia da rebelião. Em seu entendimento, o perigo representado pelo discurso sedicioso “tem de ser **iminente**, e não apenas provável em algum momento futuro” e acrescenta: “Se houver tempo de expor as falsidades e falácias por meio da discussão, a fim de impedir o dano mediante processos educativos, o remédio a ser aplicado consiste em haver mais expressão, não a imposição do silêncio”. Além do mais, nos diz Rawls, o perigo precisa ser suficientemente grave.

determinadas doutrinas políticas, filosóficas ou religiosas ou de questões gerais e particulares relevantes para a sociedade.

Ainda que a opinião sediciosa possa ter como consequência “alguma destruição da propriedade”, isto “não é suficiente para justificar sua supressão”, que pressupõe “a probabilidade de que cause grave dano ao Estado”.

Confiante na estabilidade das instituições democráticas, Rawls (2000, p. 411) recorda que os exemplos históricos demonstram que elas “funcionam efetivamente para tomar as medidas necessárias em emergências sérias, sem restringir a liberdade de expressão política; e, em alguns casos nos quais essas restrições foram impostas, eram desnecessárias e não contribuíram em nada para resolver a emergência”.

Embora referindo-se especificamente à liberdade de imprensa, que é uma das dimensões da liberdade de expressão, Todorov (2012, p. 145-146) nos oferece mais um critério precioso de avaliação acerca da necessidade de impor limites ao exercício da liberdade de expressão em matéria política.

De acordo com o autor franco-búlgaro, a liberdade de expressão política deve ser assegurada sempre no interesse dos mais fracos. Por exemplo: a mídia, raciocina o autor, é muito mais fraca que o Estado, mas muito bem forte que o indivíduo. Sendo assim, não há razão para limitar o exercício da liberdade de expressão por parte da mídia quando ela critica o Estado, porém, em sentido contrário, deve-se restringi-la quando abusa de seu poder em desfavor do cidadão, como ocorre nos chamados “linchamentos midiáticos”. Portanto, continua Todorov (2012, p. 148), “a liberdade de expressão deve sofrer tanto menos exceções quanto mais fraco for o poder de que se dispõe, pois constitui então um contrapoder; deve ser examinada tanto mais atentamente quando maior for a posição de força já ocupada pelos que a invocam, pois nesse caso ela ameaça acarretar um abuso de poder”.

Em síntese, deve-se resistir à imposição de restrições à liberdade de expressão quando a pessoa ou a instituição a quem o sujeito que emitiu uma opinião pretendia atingir pode defender-se eficazmente sem sofrer grandes danos. Em sentido diametralmente oposto, a limitação do exercício da liberdade de expressão justifica-se plenamente quando a pessoa atingida é mais fraca que o sujeito que emite a opinião em seu desfavor.

3 DIREITO PENAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM MATÉRIA POLÍTICA

Proteção do Direito Fundamental à liberdade de expressão e matéria política e defesa dos Direitos Humanos contra o seu exercício abusivo são duas faces da mesma moeda. É por isso que tanto o PIDCP como a CADH proclamam a liberdade de expressão como um dos Direitos do Homem e, ao mesmo tempo, elencam restrições ao seu exercício abusivo. O problema reside no fato de que algumas dessas limitações podem ser interpretadas tão amplamente que findam por eliminar o conteúdo material do aludido Direito Fundamental. Basta que pensemos, à guisa de exemplo, nas restrições impostas ao exercício da liberdade de expressão em nome da tutela aos “direitos alheios”, à “ordem pública” ou a “moral pública”. Em particular, sociedades de tradição autoritária, como é o caso da nossa, mesmo quando politicamente organizadas sob o modelo jurídico-político de Estado de direito tendem a sucumbir à tentação de restringir ilegitimamente o exercício da liberdade de expressão em matéria política mediante o emprego indiscriminado e excessivo do Direito Penal.

De maneira geral, tanto as pessoas comuns como as autoridades públicas tendem quase instintivamente a preferir a criminalização de condutas quando se faz necessário tutelar direitos (doravante designados por “bens jurídicos”, expressão equivalente ou quase equivalente). No entanto, no Estado Democrático de Direito o Direito Penal não pode ter o protagonismo que lhe é exigido, sobretudo quando se trata de restringir o exercício de Direitos Fundamentais.

O ordenamento jurídico nacional é integrado por setores tradicionalmente denominados de ramos do direito, que nada mais são que conjuntos sistematizados de normas. Cada um destes ramos atua por intermédio de normas que estabelecem proibições de fazer (normas de cunho proibitivo) ou de não fazer (normas de natureza mandamental ou ordenativa), cujos principais destinatários são os cidadãos.

O descumprimento dos preceitos contidos nas normas jurídicas proibitivas ou mandamentais acarretam a imposição de sanções ao infrator. Significa dizer que o direito impõe suas regras coercitivamente, isto é, mediante ameaça de imposição de sanções aos cidadãos que porventura as infringir. Há, entretanto, diferenças substanciais entre os diversos ramos do direito no que concerne às funções que eles exercem e aos fins que eles perseguem, bem como em relação às sanções que empregadas e ao modo

como são empregadas. Tais diferenças são muito relevantes quando se trata de impor restrições a um Direito Fundamental, como é o caso da liberdade de expressão em matéria política, porque a pena, sanção exclusiva do Direito Penal, caracteriza-se pela violência, na medida em que sua aplicação resulta da supressão ou restrição de alguns dos bens jurídicos mais importantes, a exemplo da liberdade de ir e vir (liberdade de locomoção), Direito Fundamental consagrado no artigo 5º, XV, da Constituição da República.

Nas sociedades contemporâneas a função exercida pelo Direito Penal liberal ou de garantias consiste no controle social com a finalidade de tutelar bens jurídicos de significativa relevância para o indivíduo e para a sociedade. Portanto, o Direito Penal é um instrumento empregado pelo sistema penal em defesa das liberdades de modo a assegurar a vida em sociedade.⁹ Em termos semelhantes, Steinberg-Lieben (2007, p. 107) afirma: “O Direito Penal tem como única função evitar condutas socialmente lesivas que dificultam de maneira relevante a vida em comum”. Por conseguinte, acrescenta o autor, “na medida em que a atividade estatal legitima-se por sua função de proteção do indivíduo e de sua liberdade, não existe espaço algum para a perseguição de interesses públicos completamente alheios aos cidadãos”.

Com efeito, o Direito Penal consiste em um dos instrumentos que o sistema penal emprega no controle dos conflitos sociais. Porém, este ramo do direito não é um meio de controle social que possa ser empregado sem maiores cuidados porque a sua principal sanção jurídica (a pena) é incomparavelmente mais rigorosa que as demais sanções jurídicas. Particularmente, a pena privativa de liberdade tem potencial para causar múltiplos danos aos Direitos Fundamentais de titularidade do cidadão infrator que vão muito além da privação de sua liberdade de ir e vir, a

⁹ A presença incontornável de conflitos coletivos nas formações sociais modernas, conflitos que se expressam em condutas individuais, os submetem a alguma modalidade de controle social exercido por instâncias informais (não-oficiais) e instâncias formais (oficiais). Dentre estas últimas encontra-se o sistema penal, que é integrado, por sua vez, por diversas instâncias ou subsistemas particulares de controle social, dos quais são exemplos os aparelhos judicial, ministerial e policial, dentre outros. A principal característica do sistema penal consiste no fato de ser a instância oficial que exercita com exclusividade o controle social mediante o poder punitivo (*jus puniendi*), que é monopolizado pelo Estado.

exemplo daqueles causados à sua saúde física e psíquica em decorrência do encarceramento. É por esta razão que a utilização do Direito Penal com o fito de restringir o exercício da liberdade de expressão em matéria política é medida caracterizada pela excepcionalidade. Por tudo isso, o desafio a ser enfrentado por legisladores e magistrados consiste em respeitar no seu âmbito de atuação os denominados princípios constitucionais explícitos e implícitos do Direito Penal com a finalidade de limitar o poder punitivo nas situações em que o seu exercício ilegítimo tem o condão de causar dano ao exercício da liberdade de expressão política, bem jurídico elevado ao status de Direito Fundamental pela Constituição da República.

No que concerne à possibilidade de restrição ao exercício abusivo da liberdade de expressão política, a legitimidade da criminalização (primária e secundária) se encontra na dependência da existência de um bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal. A este respeito, deve-se atentar para o fato de que “a teoria do bem jurídico não diz quais as lesões de bens jurídicos devem ser prevenidas por meio do direito penal, mas apenas quais os comportamentos que, por inexistir lesão a bem jurídico, não devem ser punidos” (Roxin, 2014a, p. 54). É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito nega fatos históricos amplamente conhecidos cuja existência, natureza e dimensão é comumente admitida, como é o caso do holocausto ou do holodomor. Em tais situações, pode-se discutir se há ou não abuso no exercício da liberdade de expressão política, embora pessoalmente acreditemos que não. Contudo, diante do princípio penal da exclusiva proteção de bens jurídicos, não se pode deixar de concluir que a conduta do sujeito negacionista não se presta a ser combatida legitimamente pelo Direito Penal considerando a inexistência de bem jurídico a ser tutelado no âmbito deste setor do ordenamento jurídico.

Em suma, segundo Roxin (2014b, p. 74) a mais importante consequência garantista da teoria do bem jurídico consiste no fato de que “dispositivos penais são ilegítimos quando não há lesão nem ao livre desenvolvimento dos cidadãos e nem aos seus pressupostos sociais (como uma justiça e uma administração pública intactas)”. Por conseguinte, o conceito de bem jurídico-penal desempenha uma função crítica acerca do exercício do poder punitivo, tratando-se de um critério de legitimação do Direito Penal presente nos regimes políticos de liberais-democráticos (Bacigalupo, 1996,

p. 6; Cerezo Mir, 1996, p. 13). No mesmo sentido, assinala Moccia (1995, p. 344) que o conceito de bem jurídico-penal desempenha “um papel fundamental de garantia na delimitação da intervenção penal” (função crítica), sendo assim um “critério decisivo de uma política-criminal que é expressão do Estado Social de Direito” ou, em outros termos, o conceito de bem jurídico exerce uma “função negativa de legitimação”, na medida em que “fornece a indicação do que pode ser legitimamente tutelado pelo Direito Penal”.

Legisladores e magistrados comprometidos com a defesa do Estado democrático de direito e, em particular, aqueles empenhados em assegurar o exercício pleno da liberdade de expressão em matéria política, precisam reconhecer a pertinência do consenso doutrinário em torno da ideia de que o Direito Penal é *ultima ratio*, ou, em outras palavras, de que este ramo do direito tem natureza subsidiária (Hungria, 1977, p. 34; Jesus, 2020, p. 53; Carvalho, 2006, p. 25).

Em decorrência das disfuncionalidades mencionadas anteriormente, a intervenção do Direito Penal destinada a tutelar bens jurídicos deve ser mínima. Sua intromissão na esfera dos Direitos Fundamentais desfruta de legitimidade somente na medida em que outros meios extrapenais ou extrajurídicos de controle social se mostrarem insuficientes para tutelar eficientemente os bens jurídicos. Portanto, caso um bem jurídico venha a experimentar lesão ou perigo de lesão em consequência do exercício abusivo da liberdade de expressão política, o legislador penal deve preferir protegê-lo por intermédio de outro ramo do Direito que não o Direito Penal.

Sobre a natureza subsidiária do Direito Penal, Roxin (2014b, p. 84) recorda que a doutrina penal alemã dominante defende o ponto de vista de que este ramo do direito “apenas entra em cena quando regulações menos gravosas não se mostrem suficientes” para a tutela efetiva do bem jurídico (princípio da subsidiariedade), razão pela qual, segundo o autor, é correto afirmar que a missão do direito penal consiste na “proteção subsidiária de bens jurídicos”.

Além de sua natureza subsidiária, o Direito Penal liberal é fragmentário. Significa dizer que ele não tem a ambição de proteger todo e qualquer bem jurídico, mas apenas os mais relevantes (Noronha, 1993, p. 5; Jesus, 2020,

p. 47; Polaino Navarrete, 2004, p. 209; Roxin, 1999, p. 65). Portanto, tanto a doutrina penal brasileira quanto a estrangeira alertam para o fato de que o fim perseguido pelo Direito Penal liberal consistiria não na tutela subsidiária de todo e qualquer bem jurídico, mas exclusivamente na proteção daqueles mais importantes para a coexistência pacífica dos homens em sociedade.

Em suma, de acordo com o princípio da fragmentariedade, nem todo abuso no exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão em matéria política pode ser objeto legítimo de incriminação, mas apenas aqueles com potencial suficiente para causar lesão ou perigo de lesão a outros Direitos Fundamentais, mas, em todo caso, somente na condição de inexistirem meios menos lesivos de tutela que o Direito Penal (princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima).

O princípio da fragmentariedade, assim como o da subsidiariedade, tem como destinatário o legislador penal. Criminalizada determinada conduta mediante sua tipificação, não é dado ao magistrado, diante de um caso concreto, descriminalizá-la a seu exclusivo nuto por considerar que determinado bem jurídico não se mostra suficientemente relevante para ser tutelado pelo Direito Penal. Tal conduta reveladora de ativismo judicial violaria o princípio constitucional da separação de poderes.

Contudo, mesmo que os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade autorizem o emprego do Direito Penal para coibir abusos no exercício da liberdade de expressão em matéria política faz-se necessário que a conduta do agente se revista de ofensividade, vale dizer, que ela tenha causado um dano ou perigo de dano ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Neste sentido, assinala Roxin (2014a, p. 48) que apenas “onde for comprovável um dano real podem estar lesionadas as condições de existência e desenvolvimento dos seres humanos”.

Por último, não podemos deixar de fazer referência ao princípio da legalidade, considerado unanimemente como um dos principais pilares do Direito Penal liberal. O mencionado princípio proíbe a imposição de sanção penal ao indivíduo cuja conduta não tenha sido definida como ilícito penal com anterioridade pela legislação (*nullum crimen nulla poena sine lege*).¹⁰

¹⁰ Artigo 5º, XXXIX, CF: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Artigo 1º, CP: Não há crime sem lei anterior que o define. Não há pena sem prévia cominação legal.

Dentre as múltiplas dimensões do princípio da legalidade, o princípio da taxatividade (da determinação taxativa, da determinação), proíbe a formulação de normas penais incriminadoras em termos excessivamente vagos (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), merece especial registro para os fins deste artigo. Conceitos como os de “ordem pública”, “saúde pública” ou “moral pública”, apesar de não ferirem de morte o princípio da taxatividade, geram insegurança jurídica em decorrência de sua natureza normativa, exigindo do intérprete uma interpretação de cunho restritivo, de modo a preservar a segurança pessoal do agente.

Em nível técnico-jurídico, o princípio da legalidade concretiza-se no conceito jurídico-penal de tipicidade.¹¹ Por conseguinte, uma conduta só pode ser definida como delito caso o agente realize integralmente os elementos do tipo legal de delito. Em consequência, o magistrado viola reflexamente o princípio da legalidade sempre que condena o réu cuja ação não se reveste de tipicidade por não ter realizado integralmente todas as elementares do tipo de injusto.

Como se pode perceber facilmente, o princípio da legalidade também é um importante fator de limitação da interferência do Estado no exercício da liberdade de expressão política.

Constata-se, assim, que o direito penal liberal característico do Estado de direito submete-se a um conjunto de limitações constitucionalmente estabelecidas com objetivo de impedi-lo de causar danos desnecessários aos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade de expressão política.

4 CONCLUSÃO: O PAPEL DO DIREITO PENAL DIANTE DA POSSIBILIDADE DE ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA

O Direito Fundamental à liberdade de expressão política é inerente ao Estado Democrático de Direito. Sua importância decorre, primeiramente, do fato de contribuir decisivamente para o reconhecimento e exercício dos demais Direitos Fundamentais. Em segundo lugar, porque o exercício do Direito Fundamental ao exercício da liberdade de expressão política exprime o compromisso do Estado Democrático de Direito com a

¹¹ Consoante a doutrina penal majoritária, crime é toda conduta típica, isto é, revestida de tipicidade, antijurídica e culpável.

autonomia individual. Estados que não se encontram comprometidos com a liberdade de expressão política arriscam-se a discriminar os integrantes da comunidade cívica, como explicado no texto. Ademais, onde não há liberdade de expressão em matéria política também não há democracia. Por fim, independentemente de toda e qualquer utilidade social, a liberdade de expressão em matéria política é pressuposto do integral desenvolvimento da personalidade humana.

A tutela do Direito Fundamental à liberdade de expressão é indispensável tanto por assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana como por motivos por sua evidente utilidade social. Quanto ao seu aspecto mais propriamente jurídico-político, é acertada a afirmação de que naqueles países nos quais o exercício do Direito Fundamental à liberdade de expressão em matéria política é restringido ilegitimamente não há Estado de direito.

Por outro lado, também não resta dúvida de que a liberdade de expressão em matéria política é um Direito Fundamental sujeito à restrições quando seu exercício causar um dano ou, no mínimo, um perigo concreto de dano à estabilidade da comunidade política, o que ocorre, por exemplo, quando a opinião política estimula a quebra da ordem constitucional, como ocorre nas revoluções ou golpes de Estado. Em casos tais, o desafio jurídico-político consiste em restringir o exercício da liberdade de expressão política mediante a adoção de medidas de natureza estritamente jurídicas que não causem lesões irreparáveis aos valores constitucionais. Em outras palavras, o remédio deve destinar-se à cura do doente e não a matá-lo. O Estado que emprega instrumentos de natureza penal e processual penal ao arrepio dos preceitos garantistas arrisca-se a “matar” o próprio Estado de direito mediante sua transformação espúria em um Estado de exceção permanente. Para que isto não ocorra, faz-se necessário examinar no que consiste o Direito Penal liberal, vale dizer, o Direito Penal integralmente comprometido com a tutela dos Direitos Fundamentais, ou seja, em última análise, do próprio Estado de direito. Em particular, ulteriores investigações acerca dos delitos em espécie poderão resultar no aprofundamento das reflexões levadas a efeito neste artigo.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique Z. **Manual de Derecho Penal**: parte general. Bogotá: Temis, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASILa. Presidência da República. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. **Legislação de Direito Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 399-412.
- BRASILb. Presidência da República. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Legislação de Direito Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 419-436.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal**: parte geral. Questões fundamentais. Reimpr. Porto: Publicações Universidade Católica, 2006.
- CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**: parte general. 5 ed. 3 reimpr. Madrid: Tecnos, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 1 ed. 2 reimpr. Barcelona: Ariel, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WWW Martins Fontes, 2014.
- GROSSMAN, Vassili. **Vida e destino**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.
- HABA, Enrique P. **Tratado básico de Derechos Humanos**: indicadores constitucionales. 1 ed. San José: Juricentro, 1986, t. II.
- HOBSBAWM, Eric. O operariado e os Direitos Humanos. In HOBSBAWM, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 409-431.
- HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 37 ed. ESTEFAN, André (atualizador). São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.
- KOLAKOWSKI, Leszek. Sobre a liberdade. In KOLAKOWSKI, Leszek. **Pequenas palestras sobre grandes temas**: ensaios sobre a vida cotidiana. São Paulo: Unesp, 2009, p. 79-85.

- KOPSTEIN, Marcos Antunes; ZANELLA, Diego Carlos. A liberdade de expressão na internet: da análise legal e jurisprudencial da temática. **Duc In Altum. Cadernos de Direito**, v. 13, n. 29, jan-mar. 2021, p. 77-100.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATI, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MEDIATALKS. Liberdade de expressão cai no Brasil e no mundo: país é o 87º em ranking global. 2023. Disponível em: https://https_mediataalks.uol.com.br/url=https%3A%2F%2Fmediataalks.uol.com.br%2F2023%2F07%2F18%2Fliberdade-de-expressao-caiu-no-brasil-e-no-mundo-mostra-nova-pesquisa%2F. Acesso em 15 abr. 2024.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. 3 ed. São Paulo: Realizações, 2014.
- MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni ala tutela di funzioni: tra illusioni postmoderna e riflussi iliberali. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. 38, fasc. 2, apr./giugno, 1995, p. 344-374, p. 344.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.
- NUNES, Felipe; TRAUMANN, Thomas. **Biografia do abismo**: como a polarização divide famílias, desafia empresas e compromete o futuro do Brasil. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2023.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição**. 1 ed. São Paulo: WWW Martins Fontes, 2021.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos científicos del Derecho Penal. 5 ed. Barcelona: Bosch, 2004.
- POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**: o fascínio de Platão. 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, t. 1.
- PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. La estructura de la teoría del delito. 1 ed. Reimpr. Madrid: Civitas, 1999, t. 1.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do conceito de bem jurídico. In ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. LEITE, Alaor (org.). 1 ed. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 41-69.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. LEITE, Alaor (org.). 1 ed. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 70-97.

STEINBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 105-127.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 685.493, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 22 de maio de 2020.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.