

**Ao Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes, relator da
ADPF 799**

Com o propósito de contribuir com o urgente e relevante debate travado na ADPF 799, na qual se postulam a não recepção parcial da Lei de Segurança Nacional (L. 7.170/83, doravante LSN) e a concessão de interpretação conforme à Constituição a alguns de seus dispositivos, apresentamos respeitosamente no que segue, por solicitação dos patrocinadores da Ação, breve

MEMORIAL

**I. Delimitação do objeto e assentamento de duas premissas:
imprescindibilidade da proteção das instituições do Estado
de Direito e prevalência da liberdade de expressão**

1. A vigente LSN abriga conspícuas fricções com o direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º IV e IX; art. 220 CF), que se revelam, sobretudo, nos chamados crimes de expressão dispostos no arts. 22 e 26 da Lei. Daí merecerem esses tipos penais, nesta sede, a nossa atenção exclusiva.

2. Enquanto não sobrevém legislação específica a respeito da proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal - tal como se deu na Alemanha, com os chamados "crimes que colocam perigo o Estado Democrático de Direito"¹, e em Portugal, em cujo Código se preveem os

¹ §§ 84-91a do Código Penal alemão. Especial atenção merece o § 90b, o crime de ultraje ou depreciação hostil à Constituição de órgãos constitucionais.

“crimes contra a realização do Estado de Direito”² - o desafio brasileiro, posto qual chance histórica nesta ADPF 799, é o de compatibilizar os crimes de expressão dos arts. 22 e 26 com a Constituição da República e com a robusta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance do direito à liberdade de expressão.

3. Esse *aggiornarmento* interpretativo é próprio das Cortes Supremas. A Corte alemã, para ficar com insular exemplo, tem destacado que a realização plena do princípio constitucional da legalidade - disposto entre nós no art. 5º XXXIX CF - exige do intérprete uma permanente precisão do alcance dos termos eleitos pelo legislador: é a interpretação judicial que garante, passo a passo, a compatibilidade do tipo penal com a Constituição, o que é conhecido como “mandamento de precisão” (“Präzisierungsgesetz”) dos tipos penais³. Na conhecida ADPF 187, o STF cumpriu à risca esse mandamento.

4. A eventual não recepção ou a necessidade de interpretação conforme dos arts. 22 e 26 da LSN deve equacionar, contudo, uma *tensão fundamental* entre imprescindibilidade da proteção limitada das instituições do Estado de Direito e a prevalência do direito à liberdade de expressão. O equilíbrio dessa sutil balança exige atenção a alguns parâmetros:

4.1. O aspecto institucional possui primazia em face do aspecto pessoal ou individual. Ocupantes de funções públicas passam, as instituições ficam. A LSN é o *locus* da proteção institucional.

² Arts. 325-335º do Código Penal português. Especial atenção merece o art. 334º, o crime de perturbação do funcionamento de órgão constitucional.

³ BVerfGE 126, 170, 199. A respeito, na doutrina brasileira, LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial, in RENZIKOWSKI/GODINHO/LEITE/MOURA, *O Direito Penal e o tempo*, Coimbra, 2016, p. 43 e ss., p. 51.

4.2. A prevalência da liberdade de expressão - cantada em estribilho na jurisprudência deste STF - deve ser o principal vetor interpretativo dos tipos penais, reproduzindo o que a dogmática dos direitos fundamentais designa como "efeito retroalimentador da liberdade de expressão", a tal "Wechselwirkungslehre" dos alemães, já recepcionada entre nós⁴.

4.3. A avaliação de compatibilidade dos tipos penais não deve gerar insuportável lacuna no ordenamento jurídico, ainda que se possa reconhecer um "bônus de transição" dirigido ao legislador do futuro.

4.4. A interpretação conforme à Constituição deve poder, idealmente, ser integrada ao arquétipo escolhido pelo legislador, sobretudo em razão de que, por vezes, é o legislador quem convida expressamente o intérprete à atualização dos tipos penais.⁵ A lei é mais sábia que o legislador.

5. A equalização dessa tensão fundamental, guiada pelos parâmetros estabelecidos, conduz-nos a algumas conclusões a respeito do art. 22 (abaixo II.) e do art. 26 da LSN (abaixo III.), aqui brevemente expostas.

II. Interpretação conforme à Constituição do art. 22 I da LSN

1. Lê-se no art. 22 *caput* da LSN: "Fazer, em público, propaganda: I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; II - de

⁴ BVerfGE 7, 198 (208); no Brasil, conferir MARTINS, Leonardo, in: Martins, Leonardo. Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas, Vol. II, São Paulo, 2018, p. 94.

⁵ O STF utilizou-se dessa técnica, por exemplo, nas ADPFs 54 (aborto de anencéfalo) e na já citada 187 ("marcha da maconha"). A respeito desse instituto, na seara penal, cf. o livro do penalista alemão KUHLEN, Lothar. La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales, p. 23 e ss., p. 29.

discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; III - de guerra; IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: detenção, de 1 a 4 anos".

2. Não é difícil perceber que, ainda que abandonado o vetusto conceito de "guerra psicológica adversa" presente em diplomas antigos⁶, sobretudo o inciso I do art. 22 instaura fricção com o direito de liberdade de expressão. De outro lado, esse dispositivo parece corporificar a insular tentativa do legislador brasileiro de capturar condutas que possam abalar o real funcionamento de instituições do Estado de Direito.

3. O atendimento aos parâmetros acima desenhados sugere ser necessária, em face desse dilema, uma **interpretação conforme à Constituição**, orientada pelo alcance do direito de liberdade de expressão:

3.1. Em face da primazia da proteção das instituições (perenes) sobre as pessoas ocupantes de funções públicas (transitórias), mas também em razão de que proteção institucional significa garantir o real funcionamento das instituições do Estado de Direito e não a proteção da "honorabilidade" das instituições, o inciso I do art. 22 não deve incidir sobre o exercício da liberdade de expressão quando desacompanhada de uma aptidão para *abalar o real funcionamento das instituições*, entendido esse funcionamento como a realização integral das atribuições e competências assinaladas pela Constituição. À ação típica de "fazer, em público, propaganda" deve ser adicionada, assim, a exigência de um resultado de perigo. Não se trata

⁶ Art. 3º, § 2º da revogada L. 6.620/78. Cf. FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *RDP* 30 (1980), p. 5 e ss.: "A idéia de guerra psicológica adversa é simplesmente ridícula, fazendo com que os crimes de manifestação do pensamento adquiram uma gravidade que evidentemente não têm"; cf. também BATISTA, Nilo. Justiça Criminal e Justiça Criminosa, *RDP* 32 (1981), p. 70 e ss., p. 77.; IDEM, Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte, in: BATISTA, *Temas de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1985, p. 11 e ss. p. 11 e ss., p. 25 e ss.

de tornar indisputáveis a existência e a conformação das instituições do Estado de Direito no plano discursivo, mas de garantir que, enquanto elas existam, possam elas exercer o seu mister. No contexto de ataques discursivos praticados por meio digital - que se somam aos métodos de agressão clássicos da "violência", "coação" ou "grave ameaça", fato imprevisível ao legislador de antanho -, será o caso de verificar a virulência e a capilaridade da ação típica, isto é, a sua aptidão para produzir o resultado de perigo, qual seja o de abalo ao real funcionamento das instituições. Ficam excluídas da incidência do art. 22 I da LSN, de saída, manifestações isoladas, sejam individuais, sejam de grupos sem grande penetração.

3.2. Essa limitação consagra o desenvolvimento da prevalência da *liberdade de expressão* na jurisprudência do STF⁷, pois garante, de um lado, a mordaz dissidência, a cortante invectiva discursiva, o desejo de um porvir diverso - seja em jornal, livro, *tweet* ou postagens -, mas exige que tudo se dê no palco da democracia e da conformação constitucional vigente. Liberdade de expressão não exige têmpera, mas o seu exercício pressupõe a existência ou o funcionamento das instituições que, no limite, garantem-lhe o seu pleno exercício. Proteger o funcionamento das instituições do Estado de Direito significa proteger, mediatamente, a própria liberdade de expressão.

3.3. A interpretação conforme à Constituição - diferentemente do que ocorreria em face de não recepção do dispositivo - evita que surja insuportável *lacuna* no ordenamento jurídico brasileiro vigente, eis que o art. 22 I da LSN, ainda que notoriamente problemático, deveria

⁷ Sobre a jurisprudência brasileira em matéria de liberdade de expressão, de modo geral, cf. VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, 2^a ed., São Paulo, 2017, p. 151 ss.

constituir o dispositivo central de proteção das instituições do Estado de Direito, em face de ausência de um capítulo de crimes contra o Estado de Direito em nosso Código Penal.⁸ É o dispositivo jurídico-penal de entrada da chamada “democracia combativa” – a “streitbare Demokratie” que ganhou corpo após a debacle da República de Weimar⁹ – ou seja, uma democracia com maior instinto de sobrevivência, sem ingenuidades a respeito de sua inevitável e permanente fragilidade e que não adota acaciana passividade em face de seus detratores internos, mas que recolherá a sua legitimidade do recorte feito acima, de modo a se garantir o exercício da liberdade de expressão.

3.4. A resolução do dilema entre imprescindibilidade da proteção institucional e prevalência da liberdade de expressão aqui proposta encontra guarida, ainda, na própria arquitetura da LSN:

3.4.1. A versão de 1983 da LSN elegeu vetores interpretativos internos que iluminam os tipos penais que nela desfilam. Entre esses vetores está a declaração de que a lei quer proteger “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito” (art. 1º II da LSN), além de exigir no art. 2º II a “lesão real ou potencial aos

⁸ A esse respeito cf. o Parecer de Alaor LEITE e Adriano TEIXEIRA, “Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal – A experiência comparada e o desafio brasileiro”, 2020, apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e acessível in: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>

⁹ Pioneiro foi estudo de LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, *The American Political Science Review* Vol. XXXI, 1937, p. 417 e ss., p. 430 e ss. Para o debate subsequente, foi fundamental o livro de MANNHEIM, Karl. *Diagnose unserer Zeit*, 1941 (citamos a versão publicada em 1951, em Zurique). Oscar Vilhena menciona ser esse um exemplo de “erosão democrática”: VILHENA VIEIRA, *A batalha dos Poderes*, 2019, p. 41 e ss., p. 87, p. 216: “Weimar nos dá o exemplo mais dramático do processo de erosão de uma constituição a partir de seus próprios procedimentos” (p. 87). Esse ideário se alastraria: em 1949, o Justice Jackson, da Supreme Court americana, afirmaria que a Constituição não poderia representar um “pacto suicida” in: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson em voto dissidente).

bens jurídicos mencionados no artigo anterior”, quando o fato “estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais” (art. 2º caput). O art. 22 I da LSN deve, portanto, confinar-se à realização de propaganda acompanhada do resultado de perigo “abalo real às instituições do Estado de Direito”, cuja verificação deve estar entregue aos magistrados e tribunais.

3.4.2. O próprio STF enxerga as coisas nesses termos, ao considerar os arts 1º e 2º da LSN como requisitos cumulativos que iluminam (e limitam) os tipos penais específicos: além da eventual “motivação política”, há a exigência de que da realização dos elementos do tipo resulte uma “lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito”¹⁰, consagrando a LSN como *locus* da proteção institucional.

3.4.3. A exigência de aptidão para o abalo ao real funcionamento foi, de alguma forma, intuída pelo legislador de 1983, ainda que a este faltassem dotes clarividentes quanto aos ataques digitais. No § 1º do art. 22, o legislador qualifica (“a pena é aumentada de um terço”) a ação típica do *caput* “quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão”, precisamente por possuírem esses meios maior capilaridade e aptidão lesiva para realizar o resultado de perigo às instituições. Logo à frente, no § 2º - agora com algum pendor clarividente -, o legislador endereçou as suas setas àqueles que financiam a difusão da propaganda, aumentando o alcance da ação típica: “Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a

¹⁰ Cf. por exemplo STF, RC 1.472, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgamento em 25.05.2016; cf. também STF RC 1473, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 14.11.2017, em que se discutiu a tipicidade de “ato preparatórios de sabotagem”, nos termos do art. 15 § 2º da LSN.

propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda”.

3.4.4. Por fim, o legislador convidou expressamente o intérprete a reduzir teleologicamente o alcance o tipo penal, ciente da fricção com o direito à liberdade de expressão que “lenta, gradual e seguramente” se queria ver florescer àquela altura, ao editar o § 3º do art. 22, inexistente nos diplomas anteriores e de seguinte redação: “Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas”. Essa técnica legislativa - uma cláusula que, na doutrina mais moderna, pode ser entendida como um “elemento da valoração global do fato”¹¹ - visa a retirar do tipo condutas que eventualmente consubstanciem o exercício de um direito, no caso, de liberdade de expressão. É o próprio legislador quem reconhece que a ilicitude desse crime de expressão deve estar condicionada à produção de um resultado de perigo externo à manifestação de opinião, que deve ser garantida independentemente de seu conteúdo. Nada mais natural: um Estado de Direito cuida do “externo”, não do “interno”¹².

4. Em síntese: o art. 22 I da LSN deve sofrer *interpretação conforme à Constituição*, que garanta a proteção das instituições do Estado do Direito - constitucionalmente conformado - sem vergastar a liberdade de expressão - constitucionalmente garantida. O “efeito retroalimentador da liberdade de expressão”, conjugado com a observação da arquitetura da vigente LSN, conduz à

¹¹ Pioneiro: ROXIN, Claus. Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2ª ed., Berlim, 1970, p. 132 e ss., 154 e ss. (republicação inalterada da 1ª ed. de 1958); atualmente, ROXIN/GRECO, Strafrecht I, 5ª ed., Munique, 2020, § 12 nm. 105 e ss. Na doutrina brasileira, HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo, São Paulo, 2016, p. 51 e ss.

¹² Cf. MASING, Joahannes. *JuristenZeitung* 2012, p. 585 e ss.. Karl Loewenstein já havia advertido, em 1938: LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II, *Columbia Law Review* 1938, p. 725 e ss., p. 774.

conclusão de que na interpretação do art. 22 I da LSN devem ser excluídos os casos em que a realização de propaganda venha desacompanhada de um resultado de perigo consubstanciado no *abalo real do funcionamento das instituições do Estado de Direito, de modo a que se dificulte ou inviabilize o exercício das atribuições ou competências que lhes são constitucionalmente assinaladas*. Enfim: proteção do Estado de Direito dentro do Estado de Direito.

III. Não recepção do art. 26 (e do art. 1º, III) da LSN

1. Desenhados os limites da imprescindível proteção institucional, cumpre escrutinar outro dispositivo da LSN que entra em rota de colisão com o exercício da liberdade de expressão: o art. 26, em que se proíbe, com ameaça de pena de reclusão de 01 a 04 anos, a conduta de "caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação". Esse tipo penal, que confere especial proteção à honra de determinados agentes públicos encontra-se em descompasso com a Constituição (art. 5º IV e IX) e com a moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais internacionais.

2. Nesse caso, a aplicação dos parâmetros lançados acima conduz à conclusão de que a solução mais escorreita é, de fato, a **não recepção do art. 26 e, por conseguinte, do art. 1º III da LSN** - que consagra a proteção da "pessoa dos chefes dos Poderes da União":

2.1. O art. 26 da LSN simplesmente *inverte a relação de primazia* do institucional sobre o pessoal em um duplo sentido: ao confundir, em primeiro lugar, o ocupante da Presidência de um dos Poderes com a Presidência, e, em

segundo lugar, ao confundir a Presidência com a instituição em si. Em primeiro plano passa a estar não o real funcionamento das instituições - preocupação máxima da LSN -, mas a "honorabilidade" ou da Presidência, ou de seus membros enquanto tais. Essa dimensão individual, contudo, já vem atendida pela lei penal. A proteção dos indivíduos que, transitoriamente, representam o Estado deve, assim, restringir-se às proibições penais comuns já existentes, sobretudo aos crimes contra a honra previstos no Código Penal (arts. 138 e ss.), que já prevê tutela especial da honra do Presidente da República e de funcionários públicos, em razão de suas funções (Art. 141, I e II). O Código Penal é o *locus* dos bens individuais; a LSN, o da proteção institucional.

2.3. De saída, vê-se que o necessário afastamento do art. 26 da LSN não provoca qualquer *lacuna de punibilidade*. A rigor, ter-se-ia o esgotamento de uma tendência de redução do rol de autoridades protegidas que se verifica a partir da observação das versões antigas da lei, em que se protegiam inclusive "Ministros de Estado"¹³ - enfim, o ato final de uma peça republicana. Não haveria qualquer desproteção quanto à dimensão individual. A honra individual estabelecerá, sempre, o limite da necessária proteção jurídico-penal dos ocupantes de funções públicas. Como nos recorda *Claus Roxin*: "Também no pugilato político de ideias é possível expressar as suas opiniões sem ofender

¹³ O art. 26 atual possui escopo mais restrito, por exemplo, do que o extinto art. 33, da Lei 6.620/1978 ("Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado e de Governadores de Estado, do Distrito Federal ou de Territórios"), não incluindo injúrias. A respeito, cf. decisão do STF, no RC 1452, Segunda Turma, Rel. Djaci Falcão, 06/04/1984: [...] Cabe considerar que a injúria ao Presidente da República já não constitui crime contra a Segurança Nacional. É o que deflui do seu Art. 26. [...] O delito de injuriar tornou-se atípico à luz da Lei de Segurança Nacional". No mesmo sentido STF HC 63.358-7, Rel. Sydney Sanchez, 11/04/1986, em que se exige "imputação de fato concreto, determinado, ofensivo à reputação da autoridade".

a honra de ninguém. Uma tal exigência não colocaria em risco a democracia, e seria antes uma louvável contribuição a um processo de objetivação (Versachlichung) do debate público”¹⁴.

2.3. Não parece haver como escapar dessa conclusão. Afinal, o direito à liberdade de expressão apresenta-se, a rigor, com ainda mais robustez no contexto de críticas, mesmo ofensivas, contra agentes detentores do poder político, sobretudo se realizadas na arena pública, na discussão objetiva de assuntos de interesse comum. É assim que o STF aborda, há algum tempo, essa questão, em consonância com Cortes estrangeiras:

2.3.1. O STF, como é cediço, confere especial relevo ao direito à liberdade de expressão, especialmente em contexto de críticas a representantes do poder estatal. Cumpre mencionar, nesse sentido, a recente decisão prolatada na ADPF 496, que julgou a constitucionalidade do crime de desacato (art. 331 CP). Embora, corretamente, rememore que “também no campo penal é razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos agentes públicos”, o Min. Roberto Barroso, relator do acórdão, optou por conferir interpretação conforme ao tipo penal do desacato, para excluir “eventuais ofensas perpetradas por meio da imprensa ou de redes sociais, *resguardando-se a liberdade de expressão*”, reforçando, assim, a ideia de tolerância à crítica ao poder¹⁵. No mesmo sentido acena o voto do Min. Edson Fachin na ADPF 572: “Quando a vítima é agente público, essa exigência, como visto, deve ser ainda

¹⁴ ROXIN, Claus. 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts, in: JÖR 2011, p. 1 e ss., p. 22.

¹⁵ E prossegue: “Como já referido anteriormente, os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular. *Devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público*”.

mais rigorosa, porque a submissão à crítica é inerente a sua atividade. [...] É que a liberdade de expressão, nesse contexto, atua como exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública”, que menciona outros precedentes do STF, tal como o Inq. 3546, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, de 15/09/2015¹⁶.

2.3.2. A observação da experiência estrangeira revela o mesmo cenário - e não apenas na tradição norte-americana, fincada na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, consolidada jurisprudencialmente com a conhecida decisão *New York Times vs. Sullivan*¹⁷ e que adota postura liberal, em favor da prevalência da liberdade de expressão. Também países dotados de legislações robustas de proteção ao Estado de Direito, como a Alemanha, conferem especial à liberdade de expressão na hipótese de ataques discursivos contra agentes políticos. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão - o “Bundesverfassungsgericht” -, por exemplo, ressalta-se recorrentemente a importância da “crítica ao poder” (“Machtkritik”)¹⁸. Quer-se, com isso, atenuar o permanente risco de que sejam punidas “críticas sociopolíticas” resguardadas pelo direito à liberdade de

¹⁶ Ainda, de teor semelhante a Petição 5.735, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 22/08/2017: “Os crimes contra a honra pressupõem que as palavras atribuídas ao agente, além de se revelarem aptas a ofender, tenham sido proferidas exclusiva ou principalmente com esta finalidade, sob pena de criminalizar-se o exercício da crítica, manifestação do direito fundamental à liberdade de expressão”. Cf. também STF, ADI 4551, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 06/03/2019 (voto do Min. Celso de Mello); STF, HC 83.996, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/08/2004; STF, Rcl 16434, Rel. Min. Rosa Weber, decisão de 30/06/2014.

¹⁷ Cf. LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate - A Biography of the First Amendment*, New York, 2007; DWORKIN, Ronald. *Why Must Speech Be Free?*, in: DWORKIN, *Freedom's Law*, New York, 1996, p. 195 e ss. (texto de 1992); ver sobre o “political speech” a partir desse caso, BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*, Oxford, 2005, p. 154 e ss.; cf. também SUNSTEIN, Cass. *Falsehoods and the First Amendment*, *Harvard Journal of Law & Technology* 33 (2020), p. 388 e ss., p. 407 e ss., p. 41.

¹⁸ BVerfGE 93, 266, nm. 119; BVerfG NJW 2015, 2022; BVerfGE, NJW 2019, p. 2600 (2601).

expressão.¹⁹ As instituições e agentes públicos devem se submeter à vigilante sindicância dos cidadãos em nome de quem o poder é exercido.

2.3.3. Igualmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) possui precedentes importantes em matéria de liberdade de expressão, especialmente relacionados a declarações contra agentes públicos. O agente político, segundo a CEDH, expõe-se conscientemente ao escrutínio, do público em geral e de jornalistas, de cada palavra que profere e de cada ação que executa e, conseqüentemente, deve demonstrar um maior grau de tolerância. Isso não quer dizer, segundo a decisão, que a reputação do agente político não deva ser protegida, até mesmo em casos em que atua no âmbito de sua função pública. Contudo, em tais casos essa proteção deve ser sopesada em face dos interesses públicos de discussão aberta de assuntos políticos.²⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também apresenta uma série de precedentes reprovando condenações criminais relacionadas às declarações críticas ou ofensivas contra agentes públicos. A maioria dos casos envolve o trabalho de jornalistas que produziram e publicaram críticas e denúncias contra atores políticos, em que também se pontua, de maneira mais abstrata, o valor da liberdade de expressão em uma "sociedade democrática".²¹

3. Em síntese: A proteção jurídico-penal das instituições do Estado de Direito contra ataques discursivos deve partir de resoluta compreensão da *preferência da liberdade de expressão em manifestações na esfera pública* - elemento que une a tradição americana,

¹⁹ BVerfGE 93, 266, nm. 132, 136-137.

²⁰ O precedente fundamental para o contexto de ofensas a agentes públicos é o caso *Lingens v. Austria* (Application no. 9815/82).

²¹ Destaca-se, por exemplo, o caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, 2004 Inter-Am. Ct. H.R., que envolvia a condenação do jornalista costarricense Mauricio Herrera Ulloa.

européia e a jurisprudência do STF²². Nesse contexto, o art. 26 da LSN é um corpo estranho, um morto insepulto. A solução é a *não recepção* do dispositivo - com a consequente não recepção do art. 1º III da LSN, símbolo de um insistente culto à personalidade -, gerando a transposição do debate a respeito do ataque à honra de ocupantes de funções públicas para a interpretação dos tipos penais previstos no Código Penal. A Exposição de Motivos da LSN, de 7 de novembro de 1983, que considerava essa proteção especial de agentes políticos "essencial ao regime" (p. 3)²³ - àquele regime -, confessa o anacronismo do art. 26, que não passa da reedição moderna dos crimes de lesa-majestade presentes Livro V, Capítulo VI das Ordenações Filipinas, e que até hoje vivem sob nova rubrica - resiliente injusto, o de "maldizer o rei"²⁴.

IV. Conclusão

1. Este breve Memorial chegou às seguintes conclusões, válidas enquanto não sobrevier legislação específica a respeito dos crimes contra o Estado de Direito:

1.1. O art. 22 I da LSN deve sofrer **interpretação conforme à Constituição** que exclua da incidência do tipo penal a realização de propaganda desacompanhada de aptidão para o real abalo do funcionamento das instituições do Estado de Direito, nos termos acima definidos.

1.2. O art. 26 e o art. 1º III da LSN devem ser considerados **não recepcionados** pela Constituição da

²² Sobre o conceito de "posição preferencial", cf. STF, Rcl 22328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 06/03/2018.

²³ Sobre a vigente LSN como "lei de transição", que se refere, ainda, ao regime militar, cf. o Parecer de Miguel REALE JR. e Alexandre WUNDERLICH, "Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil", 2020, p. 65 e ss., apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e acessível in: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>

²⁴ Como já havia percebido, BATISTA, Lei de Segurança Nacional..., p. 11 e ss., p. 24.

República de 1988, por corporificarem intervenção ilegítima no direito à liberdade de expressão (art. 5 IV CF).

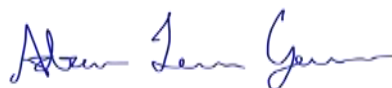
2. “Liberdade de expressão é risco”, constatava o ex-juiz do Tribunal Constitucional alemão *Johannes Masing*²⁵ - e o Estado de Direito deve aprender a conviver com esse risco. A presunção em favor da liberdade de expressão no contexto do debate público - jornalístico, artístico, por escrito ou por meio digital - deve ser levada a sério, desde que, naturalmente, estejam ausentes outros métodos de agressão acompanhantes, como violência, ameaça de violência ou coação. O art. 22 I da vigente LSN não se destina a garantir a “imagem” ou “honorabilidade” das instituições, nem a estabelecer pacifismo institucional ou subserviência a todo custo, mas a garantir o *funcionamento real* das instituições que servem à realização efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos - inclusive do direito à liberdade de expressão - e à consecução dos objetivos da República. Essa proteção institucional recolhe sua legitimidade, entre outras coisas, da compreensão de que o foco protetivo é a instituição, e não as pessoas que nelas transitoriamente exercem função pública. Confinada a esses limites, a proteção institucional será legítima e imprescindível. A proteção adicional aos ocupantes da Presidência dos Poderes conferida pelo art. 26 da LSN, contudo, deve ser expungida.

3. Nesta ADPF 799 - antes que a primeira Lei de Segurança Nacional se converta em nonagenária²⁶ - temos a *chance histórica* de assistir ao espetáculo republicano do *triunfo do institucional sobre o pessoal*, iluminado pela consagração do direito fundamental à *liberdade de expressão*.

²⁵ MASING, JZ 2012, p. 585 e ss.

²⁶ Lei n. 38/1935.

De Canela/São Paulo/Belo Horizonte/Munique/Berlim para
Brasília,
no dia 19 de março de 2021,



Adriano Teixeira



Alaor Leite



Alexandre Wunderlich



Maurício de Oliveira Campos Júnior



Miguel Reale Júnior



Oscar Vilhena Vieira



Theodomiro Dias Neto