

Consulta

**DEFESA DO ESTADO DE DIREITO POR MEIO
DO DIREITO PENAL**

A EXPERIÊNCIA COMPARADA E O DESAFIO BRASILEIRO

Autores:

Alaor Leite e Adriano Teixeira

Consulente:

Conselho Federal da OAB

Setembro/2020

Munique/São Paulo, 12 de setembro de 2020

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil dirige-nos, por meio de seu Presidente, Dr. Felipe Santa Cruz, do Conselheiro Federal Dr. Juliano Breda e do Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, honrosa

Consulta

a respeito do panorama dos chamados “Crimes contra o Estado de Direito” na experiência comparada, sobretudo no direito alemão, de modo a subsidiar análise mais ampla a respeito da recepção da vigente Lei de Segurança Nacional (L. 7.170/83), bem como da necessidade de alteração legislativa específica que contemple a defesa do Estado de Direito e das instituições democráticas no Brasil.

No que segue, apresentamos o nosso estudo *pro bono* – elaborado como parte dos trabalhos da Comissão de Estudos de Direito Penal da OAB Nacional, presidida pelo Dr. Rodrigo Mudrovitsch –, de modo a contribuir para a realização de uma das finalidades da OAB, qual seja a de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (art. 44, I, L. 8.906/94).



Alaor Leite

Doutor e mestre (LL.M.) pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Docente assistente junto à cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt, de Berlim, Alemanha. Professor visitante do Doutorado da UFPR (2020). Membro Consultor da Comissão de Estudos de Direito Penal da OAB Nacional (2019-2022). Consultor (OAB/PR 50.801).



Adriano Teixeira

Doutor e mestre (LL.M) em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas São Paulo. Consultor (OAB/MG 167.472).

SUMÁRIO

A. Objeto da Consulta	4
B. Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada, sobretudo a alemã	6
I. Observação metodológica: três níveis de proteção (individual, grupal e institucional)	6
II. O direito fundamental à liberdade de expressão: extensão e limites	12
III. O aspecto individual: a proteção da honra de agentes públicos	16
1. Crimes contra honra: a jurisprudência constitucional	17
2. Ofensas coletivas a agentes públicos	18
3. Ofensas individuais a agentes públicos	20
4. Tipos penais específicos: proteção mediata das instituições.....	23
<i>Primeiro Excurso: Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos</i>	24
5. Balanço quanto ao aspecto individual	26
IV. O aspecto institucional	28
1. O contexto: “democracia combativa” e autodefesa institucional.....	28
2. Tipos penais que protegem o Estado de Direito, sobretudo o ultraje a órgãos constitucionais	32
<i>Segundo Excurso. Redes sociais como locus de realização de crimes contra o Estado de Direito? A experiência alemã da Lei de Regulação das Redes Sociais (NetzDG) de 2017</i>	37
V. Conclusão provisória: a necessidade de proteção (limitada) do Estado de Direito por meio do Direito Penal	39
C. O desafio brasileiro	40
I. Premissa	40
II. Balança sutil: liberdade de expressão <i>no</i> e <i>contra</i> o Estado de Direito	42
III. Cinco desafios	45
1. Desafio histórico-contextual	45
2. Desafio legal	46
3. Desafio político-criminal	47
4. Desafio conceitual	48
5. Desafio jurídico-dogmático	50
IV. Um esboço conclusivo	51
D. Resposta	56

A. Objeto da Consulta

I. A superação do modelo de Segurança Nacional é pauta permanente do – ora mais, ora menos aceso – debate brasileiro¹. Em pronunciamento oficial da OAB Nacional, publicado no ano de 1980, Fragoso não vacilaria em decretar: “a doutrina da segurança nacional é profundamente antidemocrática”, sugerindo ser mais ajustado falar em “segurança do Estado”². O termo “segurança”, por uma série de razões, cairia em descrédito, ainda que desacompanhado do qualificativo “nacional” – como já vaticinara M. Seabra Fagundes em comunicação na V Conferência Nacional da OAB, em 1974³. Desde aquela época, já se cogitava, no contexto da vetusta Lei 6.620/78, da introdução de um capítulo dos “crimes contra o *Estado democrático*”⁴. A subsequente L. 7.170/83 (LSN) inauguraria inusitada ambiguidade ao anunciar proteger “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito” (art. 1º, II), não sem antes, contudo, definir o seu objeto em epígrafe: “crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social”⁵. O seu conteúdo revela que a epígrafe prevalece.

II. A Constituição de 1988, em sua nítida preferência pela expressão “Estado Democrático” (art. 91), “Instituições Democráticas” (Título V) ou “Estado Democrático de Direito” (Preâmbulo; art. 1º, art. 5 XLIV), certificaria o anacronismo da expressão “segurança nacional”, que surge apenas em contexto diverso (art. 173)⁶. Em 2002, por iniciativa do então Ministro da Justiça Prof. Miguel Reale Jr., envidou-se notável esforço legiferante no sentido de uma verdadeira “Lei de Defesa do Estado de Direito” (PL 6764/02)⁷, enrobustecido por Parecer

¹ Em detalhes, o recentíssimo e providencial estudo monográfico de WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, São Paulo, 2020, em que se explicita a oposição entre o modelo de segurança nacional e o de proteção do Estado de Direito.

² Publicado em FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *RDP* 30 (1980), p. 5 e ss. Em 1978, Fragoso já havia exposto com maior detalhe a sua posição: FRAGOSO. Lei de Segurança Nacional, *Revista de Informação Legislativa* 59 (1978), p. 71 e ss., como resultado da VII Conferência Nacional dos Advogados, realizada em Curitiba no ano de 1978.

³ Publicada em: SEABRA FAGUNDES, Miguel. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional, *Revista de Direito Público* 30 (1974), p. 97 e ss.

⁴ A esse respeito, BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte, in: BATISTA, *Temas de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1985, p. 11 e ss.

⁵ A L. 38/35 falava em “crimes contra a ordem política e social” e é vista como antecessora das legislações a respeito da segurança nacional que se seguiriam virulentamente, até que se chegasse à vigente LSN (L. 136/35, L. 244/36, L. 1.108/53, os Decretos-Lei 314/67, 519/69, 898/69, L. 6.620/78). A Exposição de Motivos da vigente LSN fala, de saída, em “segurança nacional” (p. 1), para logo depois referir os “crimes contra a segurança do estado” (p. 1) e, mais adiante, mencionar a “segurança das instituições e do regime democrático” (p. 3).

⁶ Exceção que confirma a regra: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional* ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (grifamos)”. A Constituição de 1967 utilizava a expressão “infrações contra a segurança nacional” (art. 8º, VII c] e art. 122 §1º), além de reservar seção específica à segurança nacional (art. 89 e ss.).

⁷ Mais informações sobre esse e outros esforços reformadores em WUNDERLICH, *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, 2020.

do Prof. Luís Roberto Barroso⁸. Atualmente, há notícia de nova proposta de reforma formulada por juristas e já encampada por parlamentar⁹. *Eppur si muove*: a LSN (L. 7.170/83), a despeito disso, ainda vige – em sua versão matizada, mas nem por isso menos problemática. Depois de período de hibernação, recentes e notórios acontecimentos sugerem a urgência da retomada da pauta.

III. Em 21 de julho de 2020, a Comissão de Estudos Constitucionais da OAB Nacional concluiu pela possibilidade de ajuizamento de ADPF em face do Supremo Tribunal Federal (STF), “tendo por objeto a Lei 7.170/1983, para fins de supressão de sua validade do ordenamento jurídico nacional ou de interpretação conforme à Constituição, sem prejuízo da atuação do CFOAB perante o Congresso Nacional no âmbito de projeto de lei”¹⁰. A recepção da vigente L. 7.170/83 pela Constituição de 1988 foi objeto de outro estudo, rico em detalhes¹¹.

IV. A *presente Consulta* perseguirá finalidade diversa, qual seja a de apresentar panoramicamente¹² o cenário legislativo e jurisprudencial, as formulações teóricas e os eventuais problemas relacionados aos chamados “*Crimes contra o Estado de Direito*” na experiência estrangeira, com especial foco nos *crimes discursivos ou de expressão* e no candente debate alemão, com vistas a oferecer – sem recomendações de meros transportes de modelos – algumas bases para eventual debate legislativo nacional no porvir. Afinal, caso o STF venha a declarar a não recepção em parte ou em bloco da L. 7.170/83¹³, urgirá oferecer um *modelo alternativo* de proteção jurídico-penal dos fundamentos do Estado de Direito. A ordem jurídica não suportaria lacuna nesse setor. Se é verdade que “os anunciados como mortos vivem mais” – como entoa o ditado tedesco¹⁴ –, é também verdade que eles não vivem para sempre, e convém cuidar com os estertores. Conhecer alguns dos modelos existentes no debate

⁸ Apresentado no bojo da Comissão Especial nomeada pela Portaria 413/2000 e publicado, posteriormente em: BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, *Revista de Estudos Criminais* (REC) 09/2003, p. 71 e ss.

⁹ Trata-se do PL 3864/20. A Comissão Nacional de Estudos Constitucionais informa que há atualmente 42 Projetos de Lei a respeito da LSN em trâmite na Câmara dos Deputados (cf. Parecer citado à nota 10).

¹⁰ Em Parecer assinado pela Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça.

¹¹ Confeccionado pelos Professores Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich: “Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil”, 77 páginas, 2020.

¹² Esforçamo-nos por proceder a uma ampla revisão bibliográfica, disposta nas notas de pé de página, de modo a documentar adequadamente o vasto debate. O espectro de trabalhos a esse respeito é, naturalmente, inabarcável, mas o caráter da Consulta e a natureza do tema exigem uma vigorosa documentação das afirmações aqui expendidas, de modo a oferecer subsídio para o debate futuro.

¹³ Em recente obiter dictum, o Min. Luís Roberto Barroso reafirmou a incompatibilidade da LSN com a ordem democrática, seguido pelo Min. Ricardo Lewandowski, que afirmou ter “caído por terra” parte do fundamento constitucional da LSN (cf. STF, RC 1.472, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgamento em 25.05.2016). Mais informações à p. 8 do Parecer da Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, mencionado à nota 10. No estudo já citado, de 2002, Barroso anotava que a LSN não teria “feito a travessia” de um regime autoritário a um regime democrático (cf. BARROSO, *Revista de Estudos Criminais* (REC) 09/2003, p. 71 e ss., p. 74). Há ulteriores informações em KIRSZTAJN, Laura. *A Lei de Segurança Nacional no STF*, São Paulo, 2018.

¹⁴ “Totgesagte leben länger”.

internacional (abaixo, B.), com os pés fincados no cenário brasileiro (abaixo, C.), é condição para o entabulamento de uma vindoura discussão parlamentar racional.

B. Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada, sobretudo a alemã

I. Observação metodológica: três níveis de proteção (individual, grupal e institucional)

1. O Estado de Direito ou as instituições democráticas podem se defender de diversas formas, antes que se lance mão dos instrumentos repressivos do Direito Penal. Quando o recurso à proteção especificamente jurídico-penal se faz necessário – e esse momento sempre chega¹⁵ –, emerge dificuldade de difícil superação: os eventuais tipos penais devem atender às exigências do *princípio constitucional da legalidade* (art. 5º XXXIX CF). É especialmente delicado realizar integralmente as altas expectativas – com toda razão de sê-lo¹⁶ – lançadas pela exigência de determinação conceitual em um âmbito em que pululam expressões pendentes de definição precisa: “segurança nacional”, “Estado de Direito”¹⁷, “instituições democráticas”, “democracia”. O baralhamento conceitual se acentua na atual quadra histórica, dominada por conceitos igualmente carentes de definição, como os de “fake news”¹⁸ e de “discursos de ódio”¹⁹. A rigor, tampouco sobre o âmbito de proteção e os limites da liberdade de expressão

¹⁵ Cf. a monografia de Backes, exclusivamente dedicada aos crimes contra o Estado de Direito e escrita a partir de uma Consulta da Comissão do Projeto Alternativo de Código Penal alemão: BACKES, Otto, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, Köln et al., 1970, p. 11.

¹⁶ Sobre os fundamentos da legalidade, SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, Berlim/Nova York, 1978; LEITE, Alaor. Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: réquiem a Néelson Hungria), in: BUSATO/SÁ/SCANDELARI (org.), *Perspectivas das ciências criminais*, Rio de Janeiro, 2016, p. 250 e ss.; LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial, in RENZIOWSKI/GODINHO/LEITE/MOURA, *O Direito Penal e o tempo*, Coimbra, 2016, p. 43 e ss.

¹⁷ A respeito dos problemas de definição da expressão “Estado de Direito”, cf. BÖCKENFÖRDE, E.-W. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in BÖCKENFÖRDE. *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed., Berlim, 2016, p. 65 ss., e a tese de livre-docência de SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, 1997, p. 21 e ss.

¹⁸ Ver HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit von Fake News: de lege lata und de lege ferenda, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 129 (2017), p. 718 e ss.; STEINBACH, Armin. Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld, *JuristenZeitung (JZ)* 2017, p. 653 e ss.; sobre a história do conceito, BARTH, Volker/HOMBERG, Michael. Fake News: Geschichte und Theorie falscher Nachrichten, *Geschichte und Gesellschaft* 44 (2018), p. 619 e ss. No Brasil, cf. o providencial volume coordenado por ABOUD, George/NERY JR., Nelson/CAMPOS, Ricardo. *Fake News e Regulação*, 2ª ed., São Paulo, 2020.

¹⁹ Em geral, sobre as dificuldades conceituais, WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, London, 2012, p. 34 e ss., anotando que a controvérsia conceitual se estende tanto ao termo “discurso” quanto ao termo “ódio”. Cf., no debate brasileiro, os trabalhos monográficos de OMMATI, José Emílio. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 2019; FADEL, Anna Laura. *O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão? Uma análise das Teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill*, Rio de Janeiro, 2018; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*, São Paulo, 2018. O STF, na ADO 26, ensaiou uma definição, ainda ampla, no

há clareza na discussão. Esse quadro se agudiza, por fim, pelo fato de que os marcos penais – espaço entre os limites mínimo e máximo da pena cominada –, nesse âmbito, costumam ser amplos²⁰. De saída, portanto, é preciso definir qual deve ser o real objeto dos chamados crimes contra o Estado de Direito.

2. Convém distinguir analiticamente *três níveis* distintos de proteção, atualmente misturados no debate: os níveis individual, grupal e institucional. Esse ganho analítico resultará em consequências práticas relevantes, de modo a substituir a sobreposição conceitual que, por ora, impera:

a) O nível *individual* diz com a honra de pessoas naturais. É controvertida a questão sobre a extensão da tutela jurídico-penal da honra de agentes públicos, sobretudo aqueles do alto escalão estatal: mereceriam eles maior proteção jurídico-penal por conta do exercício da função pública?

b) O nível *grupal* se relaciona aos agrupamentos humanos mais vulneráveis e frágeis da sociedade, em regra carentes de uma proteção especial do Estado. É o caso, para ficar apenas com dois exemplos, da população negra no Brasil e dos judeus na Alemanha. Aqui também se inserem as famílias das vítimas de regimes ditatoriais do passado nem sempre recente, nem sempre irrepitível.

c) O nível *institucional* cuida do funcionamento de instituições fundamentais ao Estado de Direito (um Poder Judiciário independente, um Poder Executivo sub lege etc.), de modo que elas desempenhem integralmente o seu mister constitucional. Essa dimensão transcende os (transitórios) personagens que ocupam posições nas (perenes) estruturas institucionais – distinguindo-se do nível individual – e diz com instituições fortes, sólidas e capazes de autodefesa – distinguindo-se do nível grupal.

3. O nível *grupal* refoge ao setor dos crimes contra o Estado de Direito. A imperiosa necessidade de proteção jurídico-penal de grupos vulneráveis decorre de outras razões, igualmente relevantes²¹, porém ligadas à dignidade das pessoas²² que integram o grupo ou em

contexto de discursos homofóbicos: “... desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”. Veja-se também o “Guia para a análise de discurso de ódio” publicado pela FGV-SP e pela CONIB.

²⁰ Basta uma rápida análise da vigente LSN: o art. 13, I, que trata da conduta (grave) de espionagem, prevê marco penal de 3 a 15 anos.

²¹ Cf. POST, Robert. Racist Speech, Democracy and the First Amendment, *William & Mary Law Review* 32 (1991), p. 267 e ss., p. 273 e ss.; sobre a “group defamation” ou “group reputation”, WALDRON, The Harm in Hate Speech, 2012, p. 39 e ss., p. 56 e ss.

²² Também nesse plano se dá o debate entre Waldron e Dworkin: WALDRON, Ronald. Hate Speech and Political Legitimacy, p. 329 ss; DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron, p. 341 ss., ambos em HERZ/MOLNAR (org.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012; WALDRON, The Harm in Hate Speech, 2012, p. 5; sobre o debate, GOULD, Rebecca. Is the ‘hate’ in the hate speech the ‘hate’ in the hate crime? Waldron and Dworkin on political legitimacy, *Jurisprudence* 10 (2019), p. 171 e ss.

considerações de “paz pública”, pela perturbação da convivência em sociedades plurais gerada por ataques a esses grupos²³, e não ao funcionamento do Estado de Direito. Não por outro motivo, o polêmico delito alemão de “negação do Holocausto” – a chamada “mentira de Auschwitz”²⁴ –, previsto no § 130 III do Código Penal alemão (StGB), não integra o título dos “crimes que colocam em perigo o Estado Democrático de Direito” (Capítulo I, Título III StGB), mas o de “crimes contra a ordem pública”²⁵. Foi nesse âmbito que se moveu a discussão no conhecido Caso Ellwanger e também na ADO 26, decididos pelo STF²⁶. O tema do discurso de ódio, sobretudo na internet, contra grupos vulneráveis, deve ter lugar na discussão a respeito da L. 7.716/89²⁷ ou de uma reforma do Código Penal ou, ainda, da respectiva legislação especial²⁸.

4. Os níveis *individual* e *institucional* devem ser objeto de nossa atenção, de modo a verificar se e em que medida devem eles estar contemplados em uma legislação que vise defender o Estado de Direito por meio do Direito Penal. O aspecto individual é expressamente mencionado no vigente art. 1º, III da LSN – que menciona a proteção das pessoas “dos chefes dos Poderes da União”²⁹ –, e o aspecto institucional aparece imediatamente antes, no já citado inciso II do art. 1º. Nosso foco estará menos nas questões ligadas à integridade territorial ou à soberania nacional (art. 1º, I LSN) e outros delitos, por exemplo, de traição, revelação de segredos ou de sabotagem, e mais nos atentados – sobretudo nos atentados *discursivos* – contra os Poderes da União e, eventualmente, contra seus integrantes. Também o aspecto eleitoral deve ficar, nesta sede, de fora, por ser objeto de legislação específica³⁰.

²³ Cf. o Parecer que Hörnle confeccionou para o 70º Encontro dos Juristas alemães: HÖRNLE, Tatjana. *Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, München, 2014, p. 27 e ss., p. 44 e ss.

²⁴ Com valiosas informações, SCHROEDER, F. C. Die Strafvorschriften der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nationalsozialismus, *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 2010, p. 1 e ss.

²⁵ Nesse contexto também se inserem os dispositivos do art. 261 bis do Código Penal suíço e do art. 510 do Código Penal espanhol (introduzido em 2015), que são ainda mais amplos do que o modelo alemão. Anteriormente, o Tribunal Constitucional espanhol (235/2007) havia declarado inconstitucional o delito de negação do genocídio (antigo art. 607.2), por representar intervenção desproporcional no direito à liberdade de expressão; a esse respeito, SUÁREZ ESPINO, María Lidia. Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio, *InDret* 2 (2008), p. 1 e ss. (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/524_es.pdf).

²⁶ Sobre o Caso Ellwanger (STF HC 84.824), ver REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão, *RBCCrim* Vol. 81 (2009), p. 61 e ss.; CAMPOS, Ricardo. Liberdade de expressão após Ellwanger e Lüth. Novas regras de colisão para o novo contexto da liberdade de expressão, texto apresentado no “Dossiê Ellwanger”, FGV-SP, 27.5.2019 (no prelo); ZILIO, Jacson. Discurso de ódio e Direito Penal, *Revista Justiça e Sistema Criminal* 9 (2017), p. 181 e ss.; sobre o debate em geral, POST, *William & Mary Law Review* 32 (1991), p. 267 e ss.

²⁷ Ver REALE JR., *RBCCrim* Vol. 81 (2009), p. 61 e ss.

²⁸ Há debate atual no contexto do PL 2630/20.

²⁹ O Código Penal prevê pena maior às ofensas à honra do Presidente da República (art. 141, I CP) e dos funcionários públicos no exercício de suas funções (art. 141, III CP), além de proscrever a exceção da verdade na calúnia praticada contra o chefe do Poder Executivo (art. 138, 3º, II CP).

³⁰ BATISTA, Nilo. “Pra que serve essa boca tão grande?”, in: BATISTA, *Temas de Direito Penal*, 1985, p. 34 e ss., p. 38, sugeriu que também essa matéria talvez devesse estar confiada a uma Lei de defesa do Estado de Direito. O debate internacional, como ocorreu entre nós, costuma dividir as questões ligadas ao Estado de Direito daquelas ligadas especificamente ao pleito eleitoral.

5. Com *ataques discursivos* quer-se designar aquelas manifestações de ideias desacompanhadas das modalidades clássicas de agressão a bens jurídicos como a violência e sua incitação, a ameaça, a coação – para ficar com alguns exemplos³¹. Essas manifestações de ideias podem se dirigir contra instituições – os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – ou contra seus integrantes e adquirem novo formato em face da digitalização, impondo uma revisão das ideias que subjazem, ainda, os chamados “delitos de expressão” – os crimes contra a honra – e os controvertidos delitos de propaganda (exemplo: art. 22 LSN), que lidavam apenas com ataques “por escrito” em jornais, ou “por meio de rádio ou televisão” (art. 22, § 1º LSN). Os ataques discursivos assumiram inegavelmente outra feição.

6. Nesse setor, em que o *objeto da proteção* assume fluidez (“abalo institucional”, “reputação do Estado”), é preciso, por fim, definir com precisão o *método de agressão* com potencialidade ou aptidão para lesionar ou expor a perigo o bem jurídico – é preciso distinguir o âmbito da estrutura do delito (como proteger) do debate sobre o bem jurídico (o que proteger)³². No Direito Penal, não se trata de cultivar obediência – à moda do célebre chapéu de Geßler³³ –, nem de exigir genuflexão incondicional a valores constitucionais abstratos, mas de proteger bens jurídicos³⁴. A definição do método de agressão conduz a que novas potenciais colisões entre proibição penal e direitos fundamentais possam surgir. Afinal, os métodos clássicos “violência”, “coação” ou “ameaça de violência” apresentam menos problemas – parece mesmo ser incontestado que esses métodos devem ser coibidos³⁵ – do que métodos como “difusão de desinformação ou ódio ao establishment” a respeito de uma instituição, que instaura fricção com a *liberdade de expressão ou de manifestação de ideias* (art. 5º IV, art. 220 CF³⁶), ou como “manifestações e passeatas públicas que pregam o fechamento de instituições”, que

³¹ Tem-se aqui, como se vê, uma espécie de conceito negativo e parcimonioso de “ataques discursivos”, que deve ser posteriormente precisado a partir de considerações materiais.

³² O que, no Brasil, já se sabe desde o estudo seminal de GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, *RBCrim* Vol. 49 (2004), p. 90 ss.

³³ Retirada da conhecida tragédia de Schiller, *Wilhelm Tell*.

³⁴ Cf. ROXIN, Claus/GRECO, Luís. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5ª ed., München, 2020, p. p e ss., p. 26 e ss.; cf. também SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, in: SCHÜNEMANN/GRECO (coord.), *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, 2013, p. 69 ss. A atual LSN, em seu art. 2º II, indica ser critério para sua aplicação “a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior”.

³⁵ Cf. WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962, p. 5.

³⁶ O art. 5º, IX, CF expressa outras dimensões específicas da liberdade de expressão, que convidam a outras reflexões. Cf. MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*, São Paulo, 2012, p. 211 e ss.; ver também DE FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação*, Tese de Doutorado UFSC, Florianópolis, 2001, p. 137 e ss.; cf. também, sobre as fake news, DIAS TOFFOLI, José Antonio. Fake News, desinformação e liberdade de expressão, in: ABOUD/NERY JR./CAMPOS. *Fake News e Regulação*, 2020, p. 17 e ss.; no mesmo volume, PORTO MACEDO, Ronaldo. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão, p. 231 e ss.

instauram fricções com a *liberdade de reunião* (art. 5º XVI CF)³⁷. O dilema atual repousa precisamente na eventual proibição penal de *ataques não violentos*.

7. Em geral, sobretudo quando as instituições são atacadas discursivamente, costuma-se contrapor dois modelos compreensivos da *liberdade de expressão*, um mais liberal, o americano e sua deificação aparente da First Amendment, consolidado jurisprudencialmente com a decisão *New York Times vs. Sullivan*³⁸, outro mais restritivo, o alemão e suas restrições sinceras ao exercício desse fundamental direito³⁹ – o “laissez-faire americano” e a “vigilância germânica”, na imagem de Rosenfeld⁴⁰. Não convém aqui revelar as razões que fazem essa oposição ser exagerada⁴¹ e até mesmo caricata⁴². O *foco no direito alemão* se deve, a rigor, ao recorte desta Consulta, que se dedica aos crimes contra o Estado de Direito, e não a toda e qualquer limitação à liberdade de expressão. Aqui, a tradição alemã do pós-Segunda Guerra é, como se verá, especialmente rica e vistosa – também se cotejada com a tradição europeia em geral⁴³ – e mais próxima tanto de nosso modelo constitucional de restrição de direitos fundamentais⁴⁴ quanto de um Direito Penal cujo alicerce é o princípio da legalidade – princípio

³⁷ O âmbito da liberdade de reunião estaria em primeiro, por exemplo, no debate sobre a Marcha da Maconha, decidido pelo STF (ADPF 187); cf. o estudo de MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação, *EJLL* 18 (2017), p. 433 e ss., p. 458 e ss.

³⁸ 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. 411, que afirma: “A central point in *New York Times Co. v. Sullivan*, and a continuing concern for the modern era, involves two risks: political bias and official power”, não sem, após, destacar: “Because of technological changes, it would be a miracle if the ruling captured the best approach to accommodate today’s relevant values”.

³⁹ Cf. adiante II.

⁴⁰ ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence – A Comparative Analysis, em HERZ/MOLNAR (org.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012, p. 242 ss., p. 259; cf. também JACOBSON, Arthur/SCHLINK, Bernhard. Hate Speech and Self-Reinforcement, em HERZ/MOLNAR (org.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012, p. 217; a respeito do modelo americano do “mercado de ideias” SAMPAIO, José Adércio Leite. Do mercado de ideia a ideias no mercado – A liberdade de expressão no século XXI, em SAMPAIO (org.), *Liberdade de expressão no século XXI*, Belo Horizonte, 2016, p. 2.

⁴¹ BAKER, C, Edwin. Autonomy and Hate Speech, in: HARE/WEINSTEIN (org.) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford/New York, 2009, p. 140 ss.; no Brasil, ver a elucidativa tese de doutorado de COSTA NETO, João. *Entre Cila e Caribdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional*, Brasília, 2014; sobre o confronto entre os modelos já se debruçava RIDDER, Helmut. *Kommunikation in der Demokratie*, Tübingen, 2019, p. 9 e ss.

⁴² O elemento efetivamente destoante é a problemática restrição de conteúdo em si de discursos nazistas no modelo alemão (§ 130 III e IV StGB); sobre as aproximações entre os modelos ver FROWEIN, Jochen. Reform durch Meinungsfreiheit, *AöR* 1980, p. 169 e ss.; cf. também LEWIS, Freedom for the Thought that we Hate, 2007, p. 157 e ss.

⁴³ Sobre o caráter “específico” e “único” da experiência alemã nesse setor, GUSY, Christoph, Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 1980, p. 279 e ss., p. 282 e ss.

⁴⁴ A respeito da dogmática de restrição a direitos fundamentais na doutrina e jurisprudência brasileiras, MARTINS, Liberdade e Estado Constitucional, 2012, p. 126 e ss.

que, como é cediço, goza de pouca reputação no modelo jurídico-penal americano⁴⁵. O conceito americano de *freedom of speech* compreende muito mais do que a liberdade de expressão dos modelos alemão e brasileiro⁴⁶ – também a liberdade de reunião⁴⁷ ou mesmo o financiamento de partidos⁴⁸ são discutidos sob essa rubrica⁴⁹ –, com o que a justificativa para intervenção nesse direito se altera substancialmente. Nesse setor específico dos crimes contra o Estado de Direito, não se deve igualmente esquecer que, no modelo americano, a alegação de perigos à *national security* autoriza restrições bastante agressivas a direitos fundamentais⁵⁰, sem que haja as cautelas do princípio da legalidade e uma desenvolvida dogmática dos direitos fundamentais. Também por lá se desenvolveu com especial intensidade o debate em torno dos casos de *contempt of court*⁵¹. O foco no direito alemão e europeu não deve, contudo, cegar-nos quanto

⁴⁵ DUBBER, Markus. The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History, in MARTYN ET AL (org.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, 2013, p. 365 ss.

⁴⁶ Embora, na Constituição brasileira, não haja compartimentalização tão específica, tal como se dá na Constituição alemã; cf. SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, t. 4. 12 2 2 A.

⁴⁷ Sobre o caso “Skokie”, que cuidava de uma passeata nazista que teria lugar em uma vila perto de Chicago, habitada por descendentes de judeus, ver LEWIS, *Freedom for the Thought that we Hate*, 2007, p. 159 e ss.

⁴⁸ Cf. as decisões da Suprema Corte: *Buckley v. Valeo*, de 1976, e *Citizens United v. Federal Election Commission*, de 2009, que tematizam restrições legais a financiamento de campanha como intervenções no direito à liberdade de expressão. A esse respeito, DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*, Cambridge, 2002, p. 351 e ss.; MARSHALL, William. False Campaign Speech and The First Amendment, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2004), p. 284 e ss.; LEWIS, *Freedom for the Thought that we Hate*, 2007, p. 177; POST, Robert. *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, Cambridge/London, 2014, p. 33 ss.; p. 44 ss.; OPPITZ, Florian. *Theorien der Meinungsfreiheit*, Baden-Baden, 2018, p. 185 e ss.

⁴⁹ Cf. TUSHNET, Mark/CHEN, Alan/BLOCHER, Joseph. *Free Speech Beyond Words: The Surprising Reach of the First Amendment*, New York, 2017; ver também ZICK, Timothy. *The Dynamic Free Speech Clause*, Oxford, 2018. Dworkin anotava que a First Amendment era, de fato “very abstract” (cf. DWORKIN, Ronald. Why Must Speech Be Free?, in: DWORKIN, *Freedom's Law*, 1996, p. 195 e ss., p. 199).

⁵⁰ STONE, Geoffrey. Free Speech and National Security, *Indiana Law Journal* 89 (2009), p. 939 e ss., que ressalta que a limitação, nos Estados Unidos, ocorre sobretudo em períodos de guerra – o que, bem vistas as coisas, implica em dizer (quase) permanentemente. O autor afirma: “It is therefore rather striking that throughout American history there has been a broad consensus in support of the proposition that the government cannot constitutionally punish individuals for criticizing government officials or policies – except when their speech is thought to threaten national security. In the national security setting, however, the United States has a long and checkered history of allowing fear to trump constitutional values”; cf. também sobre esse aspecto da “segurança nacional”, FLÜMANN, Gereon. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Wiesbaden, 2015, p. 316 e ss.; sobre os casos de “propaganda terrorista”, ver HELDT, Amélie. Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA, *NJOZ* 2017, p. 1458 e ss. A respeito da história do “Sedition Act” de 1798 e de outros estatutos, já no século XIX, que proibiam o “discurso anti-establishment”, cf. o estudo de BLUMBERG, Phillip. *Repressive Jurisprudence in the Early American Republic*, Cambridge, 2010, p. 318 e ss., p. 374 e ss.

⁵¹ A primeira legislação federal americana a esse respeito data de 1789 (GOLDFARB, Ronald. The History of the Contempt Power, *Washington University Law Quarterly* 1961, p. 1 e ss., p. 14). Goldfard afirmava, nesse estudo, que: “(n)either Latin American nor European civil law legal systems use any device of the nature or proportions of our contempt power” (p. 1). A esse respeito, FRANKFURTER, Felix/LANDIS, James. Power of Congress over Procedure in Criminal Contempts in “Inferior” Federal Courts. A Study in Separation of Powers, *Harvard Law Review* 37 (1924), p. 1010 e ss. Há, naturalmente, antiga controvérsia em torno da compatibilização entre manutenção da “autoridade da Corte” e “liberdade de expressão”, sobretudo nos casos em que há “críticas externas”: DEUTSCH, Eberhard. Liberty of Expression and Contempt of Court, *Minnesota Law Review* 1943, p. 296 e ss. Há caso antigos: BONGES, Robert. Reiterated Contempt of Court, *Michigan Law Review* 62 (1964), p. 1061 e ss.; cf. já o caso publicado em *Harvard Law Review* 25 (1912), p. 561, sobre a diferença entre “dignidade da Corte” e “administração da justiça”. Em 1903, discutiu-se se um abandono arquivado em massa dos presentes,

às contribuições da profícua discussão americana⁵², como o instigante desenvolvimento da doutrina do “*present and clear danger*”⁵³ e a resoluta recusa de criminalizar discursos apenas em razão de seu *conteúdo* imoral ou insuportável, desconsiderando o contexto em que a manifestação ocorre⁵⁴.

8. Estabelecidas as premissas, é o caso de elucidar os aspectos individual (abaixo, III.) e institucional (abaixo, IV.) que envolvem os crimes contra o Estado de Direito, sobretudo no debate alemão, de modo a enunciar um diagnóstico (abaixo, V.) que antecede a exposição do desafio brasileiro (abaixo, C.). Antes, é preciso compreender a sistemática de proteção da liberdade de expressão no sistema alemão (abaixo, II.), base para a compreensão das proibições penais.

II. O direito fundamental à liberdade de expressão: extensão e limites

1. Ataques discursivos a pessoas ou a instituições podem estar protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão. O direito fundamental à *liberdade de expressão* é previsto no art. 5 I, da Lei Fundamental alemã (Grundgesetz, doravante: GG)⁵⁵. O mantra, contudo, de que a liberdade de expressão não é “absoluta” é tão fastidioso quanto correto – se bem compreendido⁵⁶. Conforme o art. 5 II, o exercício do direito à liberdade de expressão encontra limites (Schranke) em preceitos de leis gerais⁵⁷, em disposições legais de proteção de

durante o julgamento, poderia influenciar o Jury, caso publicado em: Michigan Law Review 1 (1903), p. 408. Para uma visão a respeito dos casos de “contempt of court” em face das Cortes Internacionais, GHANTOUS, Marie. Freedom of Expression and Contempt of Court before International Criminal Court, *Quebec Journal of International Law* 31 (2018), p. 203 e ss.

⁵² Essencial a esse respeito é o estudo instigante de PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience?, *Revista de Direito da GV-São Paulo* 13 (2017), p. 274 e ss. (http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100274&lng=en&nrm=iso), que conclui: “A experiência jurídica americana acerca da liberdade de expressão oferece muitas lições importantes a serem consideradas pelas novas democracias constitucionais na América Latina, como o Brasil”.

⁵³ Desenvolvido em Schenck v. US, 249 U.S. 47 (1919); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969): manifestação “directed to inciting or producing imminent lawless action and [...] likely to incite or produce such action”; sobre a relação desse critério com as formulações de Mill e com a ideia de “marketplace of ideas”: BAKER, Human Liberty and Freedom of Speech, 1992, p. 8 e ss.; sobre a evolução desse critério, PORTO MACEDO, *Revista de Direito da GV-São Paulo* 13 (2017), p. 274 e ss.; uma tentativa de “modernizar” o teste para “um mundo conectado”, ASH, Timothy. *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*, London, 2016, p.132 e ss.; cf. também SUNSTEIN, Cass. *Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, p. 247 e ss., p. 251, que menciona que o teste “is not quiet as clear as it once was – and it might not be so well suited to the present”.

⁵⁴ A rigor, como se verá, a dimensão contextual é acentuada pela jurisprudência alemã (abaixo, II.).

⁵⁵ “Esses direitos encontram seus limites nos preceitos das leis gerais, nas determinações legais para a proteção da juventude e no direito da honra pessoal” (Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre).

⁵⁶ No debate alemão, sobre as diversas teorias sobre a restrição da liberdade de expressão ver a monografia de OPPITZ, *Theorien der Meinungsfreiheit*, 2018; sobre a noção de que a liberdade de expressão não é “absoluta”, no debate americano, SUNSTEIN, *Republic*, 2017, p. 200 e ss.

⁵⁷ Lei geral é aquela que não proíbe uma determinada expressão de pensamento, mas sim limita, de maneira geral, manifestações tendentes a menoscar determinado bem jurídico (BVerfGE 7, 198, nm. [número de margem] 35).

crianças e adolescentes e no direito à honra pessoal. A restrição da liberdade de expressão ocorre, de modo especialmente intenso, por meio das proibições penais – leis gerais por excelência⁵⁸ – destinadas à proteção da *honra individual*, consubstanciadas nos conhecidos tipos penais de injúria, calúnia e difamação.⁵⁹ Também os tipos penais que protegem *instituições*, mediata ou imediatamente, podem limitar o exercício da liberdade de expressão, como veremos abaixo (IV.).

2. A GG permite, de saída, *restrições legais* ao direito fundamental à liberdade de expressão, aparentemente divergindo da resoluta proscrição da First Amendment (“The Congress shall make no law”)⁶⁰. Essa possibilidade *prima facie* deve ser inserida no sistema de proteção de direitos fundamentais alemão, que, resumidamente, distingue a análise de uma restrição a um direito fundamental em três etapas subsequentes: âmbito de proteção do direito, intervenção nesse âmbito e proporcionalidade (justificação da intervenção ou limites aos limites)⁶¹. Apenas na última etapa é que deve ocorrer a *ponderação* concreta, por exemplo, entre liberdade de expressão e direito da personalidade – entre direitos individuais eventualmente afetados, e não entre grandezas abstratas⁶². Esse sistema de proteção de direitos fundamentais, que envolve as três etapas apontadas, também se vislumbra, de certo modo, na jurisprudência do STF em matéria de liberdade de expressão.⁶³

⁵⁸ Exceção feita ao § 130 IV (no delito de negação do holocausto), cf. BVerfG, Beschluss vom 4. 11. 2009 - 1 BvR 2150/08 (Decisão-Wunsiedel), em que se proíbe um conteúdo específico, não geral; a esse respeito, MARTINS, in: MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas*, Vol. II, São Paulo, 2018, p. 11, p. 123 e ss.; cf. em detalhes KLAUSMANN, Vincent. *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, Baden-Baden, 2019.

⁵⁹ GRIMM, Dieter. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Neue Juristische Woche (NJW)* 1996, p. 1697 ss.

⁶⁰ Sobre essa cláusula, PORTO MACEDO, *Revista de Direito da GV-São Paulo* 13 (2017), p. 274 e ss.; DWORKIN. *Sovereign Virtue*, 2002, p. 371 e ss.; POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, *California Law Review* 88 (2000), p. 2353 e ss.: “The simple and absolute words of the First Amendment float atop a tumultuous doctrinal sea”.

⁶¹ No Brasil, GRECO, Luís. Introdução, in: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, Trad. Greco/Leite/Viana, São Paulo, 2018, p. 31 e ss.; DIMOULIS, Dimitri/MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., 2018, p. 156 ss; SARLET, Ingo Wolfgang/MARINONI, Luiz Guilherme/MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2017, t. 3.9.4.; MENDES, Gilmar/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., 2020, p. 192. Na Alemanha, por todos, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1994, p. 249 ss.

⁶² MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3ª ed., Berlin, 2012, p. 73.

⁶³ Cf. STF ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, 18/06/2020; STF, Rcl 22328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 06/03/2018. 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*, 2ª ed., São Paulo, 2017, p. 151 ss.; FELDENS, Luciano/DADICO, Claudia Maria. A liberdade de expressão no Brasil do século XXI: limites e possibilidades ante o discurso de ódio, em Antunes (org.), *Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal*, Porto Alegre, 2018, p. 213 ss; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*, São Paulo, 2018, p. 150 ss.

3. Aqui já se vê a distinção fundamental: além de compreender muito menos do que a freedom of speech americana, o âmbito de proteção do art. 5 I, primeira parte, GG⁶⁴ só estará aberto caso a manifestação sub judice corporifique um *juízo de valor* do emitente (Werturteil), e não uma *enunciação de fatos* (Tatsachenbehauptung) – esta última, não merece a proteção concedida à liberdade de expressão⁶⁵. Nesses casos, um juízo de ponderação sequer se inicia⁶⁶. Não há um direito fundamental a falsear objetivamente fatos.⁶⁷ A afirmação de que um Ministro de Estado “recebeu dinheiro, no dia Z, de uma empresa X para tomar uma decisão Y” não está abrigada pelo art. 5 I GG, ao contrário da alegação de que um Ministro de Estado “é desqualificado e não possui aptidão para exercer o seu cargo”.

4. A *jurisprudência alemã*, na aplicação do art. 5 GG, palmilhou trajetória bastante liberal em matéria de liberdade de expressão, moldada pela seminal e amplamente conhecida decisão do *caso Lüth* (BVerfGE 7, 198), de 1958, recorrentemente lembrada por tematizar pioneiramente a eficácia horizontal (Drittwirkung) dos direitos fundamentais e introduzir na dogmática a constitucional a ideia de “ordem objetiva de valores”⁶⁸. O caso subjacente à decisão dizia respeito, resumidamente, à instigação pública por parte de Erich Lüth, diretor do departamento de imprensa, ao boicote de produções de um cineasta ligado ao nacional-socialismo, que processou Lüth no âmbito cível para que esse cessasse com a exortação ao boicote. Ao final, o BVerfG reconheceu o direito de Lüth de promover essa campanha contra a obra do cineasta.

⁶⁴ A liberdade de imprensa (art. 5 II GG) possui âmbito de proteção próprio, bem como as liberdades artística, científica, de pesquisa e de ensino (art. 5 III GG), que admitem menores e raras restrições (cf. FECHNER, Frank em: STERN/BECKER, *Grundrechte Kommentar*, Art. 5, nm. 65 s.)

⁶⁵ GRIMM, NJW 1995, p. 1702.

⁶⁶ GRIMM, NJW 1995, p. 1699, 1702.; sobre os “fatos insinceros” na tradição americana cf. SPOTSWOOD, Mark. Falsity, Insincerity and The Freedom of Expression, *William & Mary Bill of Rights Journal* 16 (2008), p. 1201 e ss.; SCHAUER, Frederik. Facts and the First Amendment, *UCLA Law Review* 57 (2010), p. 897 e ss.; mais recentemente, SUNSTEIN, *Harvard Journal of Law & Technology* 33 (2020), p. 388 e ss.

⁶⁷ Por outro lado, em regra, afirmações de teor comprovadamente verdadeiro não são puníveis, a não ser que, a depender da forma e do contexto da declaração, constitua uma “injúria em razão da forma” (Formalbeleidigung, ver infra III 1 a), cf. SK-ROGALL, § 192 StGB, 9ª ed., 2017, nm. 2.. A esse respeito, cf. o esclarecedor estudo de TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra, *RBCrim* Vol. 94 (2012), p. 89 ss; cf. também, de forma diferenciada em face do fenômeno das fake news, STEINBACH, JZ 2017, p. 653 e ss..

⁶⁸ Cf. a excelente tradução (anotada) da decisão confeccionada por MARTINS, in: MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas*, Vol. II, São Paulo, 2018, p. 91 e ss., p. 95 e ss.; a esse respeito ALEXY, *Theorie de Grundrechte*, 1994, p. 477ss.; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 3ª tiragem, São Paulo, p. 41 ss.; VILHENA VIEIRA, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, 2ª ed., 2017, p. 35; DIMOULIS/MARTINS, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2018, p. 126 ss; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 9ª ed., São Paulo, 2020, p. 516 ss.; SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, t. 3.4.2; SARMENTO, Daniel. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria, in: SAMPAIO (ORG.), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, 2003, p. 251 e ss. Uma crítica bastante recente à “Drittwirkung”, à luz da nova jurisprudência, em NEUNER, Jörg. Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, *NJW* 2020, p. 1851 e ss.

5. O Tribunal frisou que, como manifestação direta da personalidade humana na sociedade, o direito fundamental à liberdade de expressão é um dos mais nobres direitos humanos e pilar do Estado democrático de liberdade.⁶⁹ Esse direito fundamental cede espaço, no entanto, quando “interesses individuais de terceiros”, de maior valor, são menoscabados pelo exercício concreto da liberdade de expressão. Isso ocorre por meio da uma “ponderação de bens” (Güterabwägung), na qual se devem levar em conta todas as circunstâncias relevantes do caso concreto.⁷⁰ Essa ponderação segue a uma série de critérios desenvolvidos ao longo de décadas⁷¹. Não existem, na Alemanha, búzios insondáveis da ponderação de valores abstratos⁷², mas, isso sim, uma “operacionalização dogmática da Constituição”⁷³.

6. Diversamente da maioria dos tipos penais, cuja interpretação e concretização fica a cargo das instâncias ordinárias e, sobretudo, do Bundesgerichtshof (BGH) – Tribunal equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça –, a dogmática dos delitos contra a honra é, em grande medida, modelada pela jurisprudência do BVerfG.⁷⁴ Esse aspecto não adquire ares de obviedade: no sistema alemão, de fato, o BVerfG não assume a função de “superinstância revisora”, e possui limitada competência. Não são cotidianas as decisões em matéria penal⁷⁵. A exceção se explica pela posição de destaque da liberdade de expressão, que, nesses casos, entra em conflito com outro direito *individual* relevante, o direito à *honra*⁷⁶. Na decisão Lüth, estabeleceu-se, assim, o que se convencionou designar por *Wechselwirkungslehre*, o que quer significar: não apenas o direito fundamental à liberdade de expressão encontra restrições nas leis gerais (como as leis penais), mas, ao revés, as leis gerais restringem-se, ou melhor, devem

⁶⁹ BVerfGE 7, 198, nm. 32-33.

⁷⁰ BVerfGE 7, 198, nm. 38.

⁷¹ SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlim, 1976, p. 17 ss.; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1994, p. 77 ss.; OSSENÜBL, Fritz. *Abwägung im Verfassungsrecht*, *Das Deutsche Verwaltungsblatt* 1995, p. 904 ss.

⁷² Cf. a excelente coletânea organizada por CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação*, São Paulo, 2016; ver também MARTINS, *Liberdade e Estado Constitucional*, 2012, p. 7 e ss.; sobre a recorrente necessidade de “balancing interests” na tradição americana da liberdade de expressão, LEWIS, *Freedom for the Thought that we Hate*, 2007, p. 169 e ss. Cf. também o estudo de TUSHNET, Mark. *The First Amendment and Political Risk*, *Journal of Legal Analysis* 4 (2012), p. 103 e ss., p. 126 e ss., que compara a tradição americana com a “ponderação” europeia.

⁷³ Na expressão de GRECO, in: WOLTER. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, 2018, p. 30, p. 48. Naturalmente, isso não isenta a ideia de ponderação a algumas críticas viscerais. Remetemos o leitor aos trabalhos citados no estudo de Greco em sua nota de rodapé n. 106.

⁷⁴ TEICHMANN, Arndt. *Der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber herabwürdigenden Meinungsäußerungen*, *Juristenzeitung (JZ)* 11/2020, p. 549 ss.

⁷⁵ Sobre os limites de uma orientação constitucional do direito penal, GRECO, Luís. *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in: BRUNHÖBER/HÖFFLER/KASPAR/REINBACHER/VORMBAUM (org.), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden, 2013, p. 13 ss, p.

⁷⁶ A honra individual goza também de alta patente na sistemática dos direitos fundamentais alemã: SCHMITT GLAESER, Walter. *Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot*, *NJW* 1996, p. 873 e ss.; TAVARES, *RBCCrim* Vol. 94 (2012), p. 89 ss.; SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, t. 4.11.20.

ser interpretadas restritivamente à luz do direito fundamental de liberdade de expressão.⁷⁷ Surge um *efeito retroalimentador da liberdade de expressão*. Esse efeito se faz sentir na interpretação dos delitos contra a honra, como nas hipóteses de injúrias coletivas e contra agentes públicos (cf. abaixo III 2).

7. A decisão Lüth é, ainda hoje, verdadeira bússola para o debate teórico e jurisprudencial, também por ter enunciado outro aspecto relevante. Trata-se da importância do *contexto* em que se dá a manifestação de pensamento, sobretudo se ela ocorre no âmbito privado ou no *âmbito público*. Segundo o BVerfG, a liberdade de expressão tende a prevalecer em detrimento do direito de personalidade por ela afetado quando se trata não meramente de um confronto privado de ideias, mas constitui uma contribuição para a opinião pública, para o livre confronto de ideias no seio da coletividade. Nesses casos, haveria uma *presunção de licitude do livre discurso*.⁷⁸ Nada diferente do que foi desenvolvido pela tradição americana⁷⁹ e do que vem sendo defendido pelo STF⁸⁰.

III. O aspecto individual: a proteção da honra de agentes públicos

Os atentados discursivos, como dito, podem não se dirigir às instituições em si, mas a seus *integrantes*. Por vezes, aparentemente, tem-se a impressão de que ataques a indivíduos são qualificados pela ordem jurídica alemã como ataques mediatos às instituições de que eles fazem parte. O Código Penal alemão contém, além dos tipos penais de injúria, difamação e calúnia (§ 185 ss. StGB) – comuns a quase todas as ordens jurídicas da matriz romano-germânica –, alguns tipos penais especiais, voltados à proteção de *agente públicos* específicos (§§ 90, 90b, 188 StGB). Devido à circunstância de esses tipos penais específicos não protegerem a totalidade dos agentes públicos e apresentarem ulteriores requisitos típicos que estreitam o campo de aplicação da norma proibitiva (cf. abaixo IV., sobre o aspecto institucional), os tipos penais gerais são, tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista prático, mais relevantes para a proteção da honra de agentes públicos. Na sequência, convém debruçar-nos sobre a interpretação constitucional dos *crimes contra a honra* no direito alemão, com foco nos casos de *ofensas a agentes públicos*, conforme o recorte metodológico anteriormente delimitado.

⁷⁷ BVerfGE 7, 198 (208); VON DER DECKEN, Kristin em: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Grundgesetz, 14ª ed., 2017, Art. 5, nm. 34; no Brasil, conferir MARTINS, in: Martins, Leonardo. Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas, Vol. II, São Paulo, 2018, p. 94.

⁷⁸ BVerfGE 7, 198, nm. 40.

⁷⁹ O que Lewis designou de “premissa de Madison”, fundante para o debate americano (LEWIS, Freedom for the Thought that we Hate, 2007, p. 18). A esse respeito, no debate brasileiro, VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*, São Paulo, 2019, p. 34 e ss. Cf. também POST, William & Mary Law Review 32 (1991), p. 267 e ss., p. 288 e ss. Sobre os novos desafios, também impostos pelas “echo chambers”, SUNSTEIN, Cass. *Conformity*, New York, 2019, p. 120.

⁸⁰ Cf. abaixo as referências na nota 97.

Primeiro, cuidaremos dos tipos penais gerais (1), depois dos tipos penais específicos, de menor relevância prática e dos quais daremos apenas notícia (2).

1. Crimes contra honra: a jurisprudência constitucional

a) Premissa: fatos, valorações, “injúria em razão da forma” e “críticas aviltantes”

aa) No passado, houve, como se sabe, intensa discussão sobre o conceito jurídico-penal de honra⁸¹. Essa discussão cedeu o seu protagonismo, aos poucos, a outros temas. Atualmente, como mencionado anteriormente, o BVerfG procede – desde que haja intervenção no âmbito de proteção do direito – a uma ponderação concreta entre o direito à liberdade de expressão e o direito de personalidade (honra) – dois direitos individuais – ao analisar condenações por crimes de expressão (§§ 185 ss. StGB), desde que satisfeitos alguns requisitos negativos. Primeiro, como visto, deve-se tratar de uma *juízo de valor*, não uma afirmação inverídica sobre ou a respeito de fatos. Como a delimitação entre juízo de valor e afirmação factual nem sempre é fácil de realizar no caso concreto, principalmente porque em geral juízos de valores baseiam-se em fatos, na dúvida tende-se a classificar a manifestação como um juízo valorativo, integrando-a no âmbito de proteção da norma constitucional.⁸²

bb) Em segundo lugar, o processo de ponderação nem sequer tem lugar quando se tratar de um ataque à dignidade humana⁸³, de uma “injúria em razão da forma” (Formalbeleidigung)⁸⁴ ou de uma “crítica aviltante” (Schmähkritik).⁸⁵ Aqui, prevalece desde logo a honra individual. Esses conceitos não são facilmente determináveis, de modo que o BVerfG propugna uma aplicação restritiva deles. O que esses termos expressam em comum é a *ausência de qualquer referência ao debate de ideias*. Em outras palavras, a manifestação dirigida unicamente à

⁸¹ O antigo conceito fático de honra, que se baseava na afetação pessoal e na percepção do subjetivo do ofendido, foi suplantado por um conceito (mais) normativo, ainda que não totalmente isento de elementos fáticos; sobre a evolução da discussão cf. HIRSCH, Grundfragen von Ehre und Beleidigung, p. 659 ss; LK-HILGENDORF, vor 185 StGB, 12ª ed., 2009, nm. 4 ss; sobre a discussão antiga, BINDING, Karl. *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892; entre nós, cf. o estudo de TAVARES, *RBCCrim* Vol. 94 (2012), p. 89 ss.; ver, ainda, SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, t. 4.11.20.

⁸² GRIMM, NJW 1995, p. 1699.

⁸³ BVerfGE 93, 266; BVerfGE 99, 185. Um ataque à dignidade foi verificado, por exemplo, em um caso de uma sátira na qual o ex-ministro da Baviera Franz Josef Strauß foi retratado como um porco que copulava com outro porco com as vestes de magistrado (BVerfGE 75, 369 (380)).

⁸⁴ Tem-se uma “Formalbeleidigung” quando, independente de um substrato fático verdadeiro, a declaração é feita de forma humilhante ou em contexto que a torne extremamente depreciativa, tornando inaplicável a cláusula da “exceção da verdade”. Por exemplo, chamar um portador de deficiência de “aleijado” (VON DER DECKEN, Kristin em: SCHMIDT-BLEIBTREU/HOFMANN/HENNEKE, *GG Grundgesetz*, 14ª ed., 2017, Art. 5, nm. 8).

⁸⁵ Uma “Schmähkritik” é uma crítica aviltante, destinada exclusivamente ao menoscabo da pessoa, descolada da discussão de um problema ou de um embate de ideias, cf. BVerfGE, NJW 2017, 1460; BVerfG, Beschluss vom 14.6.2019 – 1 BvR 2433/17, BeckRS 2019, 15126; BVerfGE 93, 266. Na doutrina, critica-se o alto grau de indeterminação desse conceito, cf. MUCKEL, Stefan. Meinungsfreiheit für drastische Äußerungen über Richter, *JA* 2019, p. 797; TEICHMANN, *JZ* 2020, p. 551, bem como a interpretação (extremamente) restritiva dele encampada pelo BVerfG (cf. OTTO, Harro. Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, *NJW* 2006, p. 576).

depreciação da pessoa, sem qualquer substância de crítica social, política ou jurídica e completamente desgarrada do contexto objetivo dos fatos, não é protegida pelo direito de liberdade de expressão.

cc) Postas as premissas, é possível expor algumas decisões do BVerfG a respeito dos crimes contra a honra de agentes públicos⁸⁶. A questão central passa pela determinação sobre a maior ou menor amplitude da proteção de agentes públicos. A jurisprudência constitucional pode ser examinada em dois blocos, um que trata de *ofensas coletivas* ou indeterminadas a agentes públicos (2.) e outro que trata de *ofensas individuais* (3.).

2. Ofensas coletivas a agentes públicos⁸⁷

a) “Soldados são assassinos” (*Soldate sind Mörder*) (BVerfGE 93, 266)⁸⁸

aa) Depois da célebre decisão Lüth, o caso conhecido como “Soldate sind Mörder” (“Soldados são assassinos”) é provavelmente a decisão mais relevante (e criticada⁸⁹) do BVerfG em matéria de liberdade de expressão e proteção penal da honra individual. Em 1995, o Tribunal apreciou conjuntamente quatro reclamações constitucionais (Verfassungsbeschwerde)⁹⁰, cujos reclamantes haviam sido processados e condenados pelo crime de injúria, a *Beleidigung* do § 185 StGB. As condutas que deram ensejo às respectivas condenações ocorreram em diferentes contextos, porém reuniam um elemento comum: tratava-se de pacifistas, críticos a guerras, que, reproduzindo a citação do jornalista e escritor alemão Kurt Tucholski, expressaram (por escrito ou oralmente) a seguinte frase: “Soldados são assassinos”.

bb) O BVerfG considerou que todas as manifestações dos reclamantes eram resguardadas pelo art. 5 I GG. O Tribunal inicia recordando a mencionada *Wechselwirkungslehre*, com base na qual ele oferece uma interpretação das manifestações à luz do direito fundamental. Segundo o Tribunal, as declarações não denotavam que certos soldados haviam efetivamente cometido homicídios no passado. Essa interpretação, que entendia a manifestação como juízo fático, acabaria por tornar não incidente a proteção do direito

⁸⁶ Haveria, naturalmente, um caudal de decisões, mas o recorte deste já extenso estudo exige a exposição do essencial.

⁸⁷ A respeito desse grupo de casos, GEPPERT, Klaus. Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.“, *NStZ* 2013, p. 553 ss.; RÜTHERS, Bernd. Meinungsfreiheit und Ehrenschatz bei Kollektivurteilen – Zur Zulässigkeit von Pauschalbeleidigungen, *Neue Juristische Woche (NJW)* 2016, p. 3337 ss.

⁸⁸ Tradução brasileira pode ser encontrada em MARTINS, in: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas, Vol. II, São Paulo, 2018, p. 111 e ss.

⁸⁹ Por todos, RÜTHERS, *NJW* 2016, p. 3340. Essa decisão do BVerfG motivou a elaboração de um projeto de lei que pretendia criar um tipo penal específico proibindo ofensas à instituição do exército, cf. a respeito NOLTE, Georg. „Soldaten sind Mörder“ – Europäisch betrachtet, *Archiv für Presserecht (AfP)* 4/1996, p. 313 ss.

⁹⁰ Sobre essa categoria alemã, cf. GRECO, in: WOLTER. O inviolável e o intocável no direito processual penal, 2018, p. 50.

fundamental. Em vez disso, os reclamantes teriam expressado um juízo de valor sobre a profissão de soldado em si, à qual a obrigação de matar seria inerente.⁹¹ O que se desvelava nas declarações dos reclamantes era, portanto, uma *crítica pública* à instituição militar, crítica essa que tem de ser garantida pelo direito fundamental à liberdade de expressão.⁹²

cc) O BVerfG reportou-se ainda ao § 193 StGB – semelhante ao nosso art. 142 II CP⁹³ –, que constitui uma causa de exclusão da ilicitude para os casos de críticas a manifestações e produtos científicos, artísticos e comerciais e de expressões empregadas na defesa de direitos ou de *interesses legítimos* (berechtigete Interessen), e que vige exclusivamente para os crimes contra a honra, de modo a retirar amarras e hesitações na defesa desses direitos – o § 193 StGB é mais um veículo para a realização do “efeito retroalimentador” da liberdade de expressão.⁹⁴ Os reclamantes possuiriam, no caso, um “interesse legítimo” no sentido desse dispositivo, que deve ser atribuído a todo cidadão que se engaja em um debate público sobre questões social ou politicamente relevantes. Nesses casos, dever-se-ia conferir um especial relevo à liberdade de expressão, eis que esse direito fundamental cresce justamente da especial necessidade de proteção da *crítica ao poder* (Machtkritik).⁹⁵

dd) Sempre frisando que declarações supostamente ofensivas devem ser interpretadas dentro do *contexto* em que foram proferidas e entendendo que as declarações dos reclamantes não se referiam a soldados específicos, nem mesmo ao grupo de soldados do exército alemão, o Tribunal ressaltou os perigos da possibilidade de punição de injúrias coletivas – inexistente na tradição angloamericana. Nessas hipóteses, haveria o risco de se punirem críticas sócio-políticas, que devem ser resguardadas pelo direito à liberdade de expressão.⁹⁶ As instituições e agentes públicos devem se submeter à vigilante sindicância dos cidadãos em nome de quem o poder é exercido⁹⁷.

⁹¹ BVerfGE 93, 266, nm. 109.

⁹² BVerfGE 93, 266, nm. 109.

⁹³ Cf. TAVARES, *RBCrim* Vol. 94 (2012), p. 89 ss. Não há correspondência completa entre os dispositivos. Eles apenas estão animados pela mesma ideia.

⁹⁴ SK-ROGALL, § 193, nm. 1 ss., 9ª ed., 2017; cf. também ROXIN/GRECO. *Strafrecht AT I*, 5ª ed., p. 945 e ss.

⁹⁵ BVerfGE 93, 266, nm. 119; criticamente OTTO, *NJW* 2006, p. 576.

⁹⁶ BVerfGE 93, 266, nm. 132, 136-137.

⁹⁷ Já a esta altura – antes de ingressar propriamente no desafio brasileiro (abaixo C.) –, cumpre registrar que esse modo de proceder mostra-se presente na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, que julgou a constitucionalidade do crime de desacato – cuja correção não nos cumpre aqui avaliar. Embora, corretamente, aponte 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, acaba conferindo 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 poder*. 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”; no mesmo sentido o voto do Min. Edson Fachin na

b) “Fuck cops” (BVerfG NJW 2015, 2022) e “all cops are bastards” (BVerfG, 17.05.2016 - 1 BvR 257/14)

aa) Outros casos, mais recentes, de injúria coletiva foram apreciados pelo BVerfG, que deu continuidade à linha jurisprudencial inaugurada no caso “Soldate sind Mörder”.

bb) O *primeiro caso*, julgado em 2015 (BVerfG NJW 2015, 2022), diz respeito à condenação pelo crime de injúria (§ 185 StGB) de pessoas que portavam um adesivo e camisetas estampadas com a sigla “FCK CPS”, abreviação de “Fuck Cops”. No *segundo caso*, julgado em 2016 (BVerfG, 17.05.2016 - 1 BvR 257/14), o sujeito trajava uma calça com a estampa “ACAB” (sigla de “all cops are bastards”) em visita a um estádio de futebol. Ao voltar do estádio, o indivíduo foi visto por policiais que contra ele apresentaram queixa-crime, o que culminou em sua condenação.

cc) Tal como ocorrera na decisão do caso “Soldate sind Mörder”, o BVerfG declarou que as condenações criminais⁹⁸ em virtude das ofensas a policiais representam intervenções injustificadas no direito à liberdade de expressão dos réus. Novamente, o Tribunal levou em consideração o fato de que as manifestações ofensivas não se dirigiam a indivíduos determinados, mas assim a um coletivo. Quanto maior o coletivo ao qual a declaração depreciativa se refere, mais fraca se tornaria a afetação pessoal de seus membros – aqui, apesar da dimensão coletiva, o foco está na honra individual de agentes públicos que integram a instituição –, eis que a manifestação de pensamento ganharia contornos de *crítica social à instituição* visada.⁹⁹

3. Ofensas individuais a agentes públicos

A postura nitidamente liberal, em favor da prevalência da liberdade de expressão, do BVerfG não se restringe às hipóteses de injúrias coletivas, mantendo-se também no caso de *ofensas individuais* a agente públicos. Além disso, o arcabouço conceitual e normativo

ADPF 572: “Quando a vítima é agente público, essa exigência, como visto, deve ser ainda mais rigorosa, porque a submissão à crítica é inerente a sua atividade”, que menciona outros precedentes do Supremo, tal como o Inq. 3546, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, 15/09/2015; em sentido próximo STF, 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.

⁹⁸ Na doutrina já se questionava a tipicidade de tais ofensas coletivas sob o parâmetro do crime de injúria (§ 185 StGB), cf. KLAS, Benediky/BLATT, Caroline. „ACAB“ – Strafbare Beleidigung von Polizisten?, *HRRS* 8/9 2012, p. 389-390; BRITZ, Guido. Schafft die Beleidigung ab!, *JM* 2016, p. 438.

⁹⁹ BVerfGE, NJW 2015, p. 2023, nm. 17.

desenvolvido pelo Tribunal irradia-se para além das decisões de carácter penal. Um exemplo recente envolve uma conhecida parlamentar, que foi chamada de “vadia”, “pedaço de merda”, entre outras ofensas, em uma rede social – a decisão do rumoroso caso Künast. O Tribunal de Berlim negou a pretensão da parlamentar de obter os dados pessoais dos autores das postagens, sob o argumento de que se tratava de manifestações de pensamento legítimas, principalmente porque ocorreram em um *contexto de debate político* em torno de uma polémica declaração da parlamentar na década de 1980 sobre pedofilia. Além disso, enquanto ator político, seria exigível da parlamentar suportar críticas, ainda que formuladas em tom ofensivo.¹⁰⁰ A casuística infraconstitucional é extensa¹⁰¹, quase inabarcável, de modo que na sequência exporemos apenas as mais recentes decisões do BVerfG, envolvendo casos de ataques à honra de agente públicos, como a magistrados ou a Ministros de Estado.

a) Ofensas a magistrados

aa) O BVerfG ocupou-se recentemente de dois casos relacionados a ofensas a *magistrados*.

bb) Em um deles, o sujeito, parte em um processo civil, em uma peça processual comparou a conduta da juíza a de “tribunais nazistas de exceção” e a condução do processo a procedimentos dos “tribunais de inquisição da Idade Média”. Por essas declarações, o indivíduo foi condenado pelo crime de injúria (§ 185 StGB). O BVerfG considerou que a condenação por injúria ingressava injustificadamente no direito fundamental à liberdade de expressão. As declarações contra a juíza não se destinavam, segundo o Tribunal, exclusivamente à depreciação da pessoa da magistrada, mas sim corporificavam uma crítica à condução do processo, ou seja, não deixavam de apresentar um carácter objetivo (*sachlich*), impessoal.¹⁰² Além disso, o BVerfG recordou o que já registrara em julgados anteriores: o direito de criticar incisivamente medidas do Poder Público, sem receio de sanções estatais, pertence a núcleo da liberdade de expressão.¹⁰³

cc) O segundo teve desfecho *diverso* no BVerfG, que declarou escorreita a condenação de um sujeito que, em um blog *na internet*, publicou várias postagens com ofensas contra magistrados da Poder Judiciário da Baviera.¹⁰⁴ Anteriormente, o indivíduo havia perdido

¹⁰⁰ LG Berlin 27. Zivilkammer, Beschluss vom 09.09.2019 - 27 AR 17/19, comentado por ULLRICH, Inés. *jurisPR-StrafR* 22/2019 Anm. 1.

¹⁰¹ Um panorama oferece OTTO, *NJW* 2006, p. 577 ss.

¹⁰² BVerfGE, *NJW* 2019, p. 2600 (2601), nm. 19.

¹⁰³ BVerfGE, *NJW* 2019, p. 2600, nm. 17.

¹⁰⁴ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 19.05.2020 – 1 BvR. Os professores alemães Ladeur e Gostomzyk, em 2012, já discutiam a especificidade das manifestações reproduzidas em blogs de internet: LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias. *Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in*

processo de guarda de sua filha na Justiça bávara. Inconformado, postou na internet uma série de textos críticos aos magistrados que conduziram o processo, usando expressões como “criminosos da Justiça”, “criminosos provinciano”, “separadores de crianças”, “corrupção estrutural”, “radicais de direita” e fez acompanhar suas declarações de fotos dos juízes. O BVerfG considerou que a condenação do sujeito por injúria não representava uma violação injustificada de sua liberdade de expressão. Não tendo considerado ser um caso de agressão direta à dignidade humana, “injúria em razão da forma” – a *Formalbeleidigung* – ou “crítica aviltante” – a *Schmähkritik* –, o que excluiria a necessidade de ponderação, o Tribunal declarou que o direito de personalidade dos magistrados deveria prevalecer no caso concreto, em detrimento do direito à liberdade de expressão do reclamante. Nesse processo de ponderação, foram consideradas principalmente as circunstâncias do modo e do meio pelo quais as declarações ofensivas foram divulgadas: em um *texto escrito*, do qual se deve exigir maiores atenção e contenção, e nas *redes sociais*. Os efeitos nocivos contra a honra dos envolvidos se fazem sentir, segundo o BVerfG, mais intensamente nessa forma de comunicação, que possui um alto impacto e atinge um número indeterminado de pessoas. Além disso, nesse caso, a ideia de “luta pelo direito”, que normalmente milita em favor da liberdade de expressão em casos de crítica ao poder, perde força, pois as declarações não ocorreram durante o processo na Justiça, mas sim após o seu desfecho.

b) Ofensa a um (ex-)Ministro (BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, Az.: 1 BvR 1094/19)

aa) Por meio de uma decisão bastante recente, de maio de 2020, o BVerfG cassou a condenação de um indivíduo que fora processado por ter supostamente ofendido o (à época) Ministro das Finanças do Estado da Renânia do Norte-Vestfália. No âmbito de uma querela fiscal, o indivíduo recebeu um ofício pessoalmente assinado pelo Ministro, com os dizeres: “impostos não são divertidos, mas fazem sentido. Os serviços do Estado que todos esperamos e usamos com gosto não estão disponíveis gratuitamente”. Em reação a esse ofício, o cidadão enviou uma carta para o Ministério expressando sua indignação com o processo e referindo-se ao ministro como um “zero à esquerda”.

bb) O BVerfG considerou que as declarações do sujeito devem estar abrigadas pela proteção do direito fundamental da liberdade de expressão, que, no processo de ponderação nesse caso concreto, prevalece sobre a honra do ofendido. Na fundamentação, o Tribunal levou em conta o fato de que as declarações eram acessíveis apenas aos funcionários da respectiva

Blogs, *NJW* 2012, p. 710 e ss. Em 2015, Höffe mencionaria algumas notas distintivas desses meios eletrônicos, a demandar uma revisita das liberdades individuais: HÖFFE, Ottfried. *Kritik der Freiheit*, München, 2015, p. 271.

repartição pública e que constituíam resposta legítima ao ofício anterior do Ministro. Ressaltou ainda que os cidadãos, especialmente perante agentes públicos em funções governamentais, têm o direito de exercer críticas fundamentais e duras, independentemente de mais profundas fundamentações e de haver outras formas menos drásticas de se expressar.¹⁰⁵

4. Tipos penais específicos: proteção mediata das instituições

a) Além dos tipos penais gerais, cuja figura central é o de injúria (§ 185 StGB), o Código Penal alemão conhece *dois tipos penais específicos* que proíbem ofensas a honras de agente públicos: o § 90 StGB – “Insulto/ultraje ao Presidente da República” e o § 188 StGB – “Difamação e calúnia contra pessoas da vida política” (“Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens”). Esses tipos penais, de relevância prática reduzida, não compreendem meras críticas políticas, ainda que incisivas e veementes. A mesma interpretação respeitadora da liberdade de expressão se impõe também – e, talvez, sobretudo – aqui¹⁰⁶.

b) No § 90 StGB, o legislador exige um método de agressão bastante agressivo – “verunglimpfen” –, uma espécie de insulto massivo e hostil, uma depreciação conspícua. Afinal, o Presidente da República deve suportar críticas e mesmo ofensas mais leves. Atribuiu-se a esse tipo, na doutrina, a qualificação de “norma para a proteção do clima”¹⁰⁷. O insulto hostil adquire mais relevância penal caso o ofensor tencione claramente abalar os fundamentos de existência do Estado alemão, ou atente contra “princípios constitucionais” (§ 90 III StGB)¹⁰⁸.

c) O § 188 StGB, que também restringe os métodos de agressão se comparado com os crimes contra a honra comuns – a injúria não é abarcada –, exige que a ofensa seja feita em uma “reunião ou por escrito” e seja, ainda, apta a dificultar a atuação pública do ofendido, o que se verifica não apenas pelo teor da declaração, mas também pelo contexto em que ela se insere.¹⁰⁹ Essa restrição já no âmbito do tipo objetivo visa a garantir maior proteção à liberdade de expressão dos que criticam agentes públicos.

d) A rigor, vê-se que esses tipos penais específicos são construídos sob a forma de *proteção mediata das instituições* por meio da proteção individual de seus integrantes, o que

¹⁰⁵ BverfG, Beschl. v. 19.05.2020, Az.: 1 BvR 1094/19, nm. 38.

¹⁰⁶ ZÖLLER in: *Systematisches Kommentar StGB* (SK-StGB), § 90b StGB, 9^a ed., 2019, nm. 4.

¹⁰⁷ SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, §90 StGB, 30^a ed., 2020, nm. 1.; criticamente, ROGGMANN, Herwig. Von Bären, Löwen und Adlern – zur Reichweite der §§ 90a und b StGB, *JuristenZeitung (JZ)* 1992, p. 934 e ss., p. 938.

¹⁰⁸ Cf SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, §90 StGB, 30^a ed., 2020, nm. 1 e ss.

¹⁰⁹ SK-ROGALL, § 188, nm. 5.

explica a combinação de uma restrição de seus pressupostos com uma pena maior, em caso de sua realização.

e) Em outros países europeus também se faz notar a presença de tipos penais que protegem a honra de determinados integrantes do Estado. Por exemplo, em Portugal, tem-se o crime de “ofensa à honra do Presidente da República” (art. 328 CP), na Itália o de “ofensa à honra ou o prestígio do Presidente da República (art. 278 CP) e na França o crime de “injúria ao Presidente da República “ (art. 26, da Lei de 29 de Julho de 1881 da Liberdade de Imprensa).

Primeiro Excurso: Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos

1. Uma visão mais ampla do debate atual exige transpassemos as fronteiras nacionais. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) apresenta precedentes importantes em matéria de liberdade de expressão, especialmente relacionados a declarações contra agentes públicos¹¹⁰. O sistema de proteção e limites da liberdade de expressão assemelha-se, em linhas gerais, ao do BVerfG, já descrito.

2. Conforme o art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção), o direito fundamental à liberdade de expressão pode submeter-se às restrições e sanções previstas por lei, desde que “necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. O teste fundamental aplicado pela Corte para avaliar a legitimidade de restrições à liberdade de expressão consiste em analisar se a restrição é “necessária numa sociedade democrática”. Nesse aspecto, vê-se diferença de perspectiva: na tradição alemã, a ponderação é, principalmente, entre direitos individuais *concretos* – embora o contexto do debate público ganhe relevo no cálculo; na CEDH a ponderação parece ser mais coletivista, entre valores *abstratos*, como o “ambiente de uma sociedade democrática”.

3. O precedente fundamental para o contexto de ofensas a agentes públicos é o caso *Lingens v. Austria* (Application no. 9815/82). Em resumo, tratava-se da condenação por difamação (*üble Nachrede*, Art. 111 II ÖStGB) de um jornalista que, em um artigo, realizava veementes críticas a políticos de passado ligado ao nazismo, usando expressões como “oportunismo vil”, “imoral” e “indigno”. A Corte declarou que a condenação do jornalista pela Justiça austríaca constituía uma violação do art. 10 da Convenção, estabelecendo que os limites

¹¹⁰ Nesta sede, não poderemos senão dar notícia de algumas decisões.

da crítica aceitável são mais elásticos em relação a agentes políticos, em contraposição a indivíduos particulares. 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.¹¹¹

4. Em outro precedente, no entanto, o caso *Janowski v. Polônia* (Application no. 25716/94), a CEDH considerou legítima a condenação, pela Justiça da Polônia, de um cidadão que, ao protestar contra a determinação de dois guardas municipais para que vendedores deixassem de expor suas mercadorias em uma praça pública, ofendeu-os de “imbecis” e “burros”. A circunstância de relevo nesse caso, que teve o condão de evitar que o direito de liberdade de expressão prevalecesse em detrimento da honra dos guardas, é que as declarações não se deram em um contexto de livre e aberta discussão de assunto de interesse público. A Corte ressaltou ainda a necessidade de proteção de agentes públicos, que devem desfrutar de confiança e tranquilidade para desempenhar suas funções, o que só é possível se não expostos a ataques verbais abusivos, alheios a um debate mais amplo. Além disso, nesse caso concreto, essas necessidades de proteção não teriam de ser sopesadas com os interesses de liberdade de imprensa e livre discussão de assuntos públicos.¹¹²

5. A Corte Interamericana de Direitos Humanos 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,

¹¹¹ Servindo-se de fundamentação similar, a CEDH chegou à mesma conclusão nos casos de outro jornalista austríaco que fizera duras críticas e acusações a agentes políticos (*Oberschlick v. Austria Nr. 1 - Application no. 11662/85*; *Oberschlick v. Austria Nr. 2 - Application no. 20834/92*). Em uma das críticas, o jornalista usou o insulto direto “idiota” (Trottel). A respeito disso, a Corte esclareceu que insultos não podem ser lidos fora de contexto, que, no caso, dizia com uma crítica política, de um assunto público que envolvia declarações polêmicas do ofendido. Na mesma linha decidiu a CEDH no caso de um cidadão que ofendeu o então Presidente da França Sarkozy e foi condenado por um crime específico de injúria ao Presidente da República, o art. 26, da Lei de 29 de Julho de 1881 da Liberdade de Imprensa (*EON v. França - Application no. 26118/10*). Repetindo a linha de argumentação nos casos precedentes, a Corte acrescentou nessa decisão que a imposição de sanções criminais por condutas como essa (o sujeito gritara ao Presidente “Casse toi pov’con”, algo como “vaza, seu otário”) podem gerar um efeito inibitório, dissuasório (“chilling effect”) contra formas satíricas de expressão, que são aptas a desempenhar um papel importante na discussão aberta de questões de interesse público, traço indispensável da sociedade democrática.

¹¹² *Janowski v. Polônia* (Application no. 25716/94), nm. 33. Registra-se, contudo, que houve cinco votos dissidentes (um apenas em relação à fixação da pena de multa), que chamaram a atenção principalmente para o fato de que os guardas não estavam agindo de acordo com normas explícitas e que o inconformismo do cidadão era legítimo (Votos dos Juizes Bratza, Rozakis, Bonello e Casadevall).

de maneira mais abstrata, o valor da liberdade de expressão em uma “sociedade democrática”.¹¹³

5. Balanço quanto ao aspecto individual

a) A análise do *aspecto individual*, ou seja, da proteção da honra dos ocupantes de elevadas posições em instituições – em um dos Poderes da República, por exemplo –, é elucidativa. Ainda que o direito positivo alemão reserve lugar específico à proteção (limitada) dos agentes públicos (§§ 90 e 188 StGB), ao lado dos crimes contra honra em geral, é possível constatar que o BVerfG – a exemplo da CEDH, CIDH e também, em certa medida, do STF – adota, desde o caso Lüth, uma linha bastante *liberal*, em que liberdade de expressão adquire *prevalência*¹¹⁴ – em alguns casos, presumida –, na interpretação e na aplicação concreto de tipos penais protetores da honra em casos envolvendo agentes públicos. Isso especialmente quando eventuais ataques, ofensas, a agentes se dão em *contexto* de discussão de questões de interesse público. As restrições se inserem em procedimento analítico dividido em três etapas: âmbito de proteção, intervenção e ponderação (juízo de proporcionalidade). No âmbito de proteção ingressam apenas juízos de valor, nunca afirmação de fatos falsos. Manifestações completamente alheias ao contexto do debate público¹¹⁵ – as “injúrias em razão da forma” e as “críticas aviltantes” – não estão protegidas. A ponderação, terceira e derradeira etapa, é bastante concreta, entre *direitos individuais*, e não entre valores abstratos de uma sociedade democrática.¹¹⁶ Na interpretação dos tipos penais, a liberdade de expressão adquire, novamente, protagonismo a partir de seu “efeito retroalimentador” (Wechselwirkungslehre).

¹¹³ 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. Ele publicara no jornal “La Nación” uma série de artigos reproduzindo parcialmente notícias da imprensa belga que, por sua vez, reportava ações ilícitas do diplomata Félix Przedborski, representante honorário da Costa Rica na Agência Internacional de Energia Atômica com sede na Áustria. A Corte, que adota um sistema de garantias e restrições ao direito de liberdade de expressão semelhante ao da CEDH, sobretudo no que concerne à exigência que a restrição seja “necessária em uma sociedade democrática”, considerou que a condenação por parte da Justiça da Costa Rica violava o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com expresse arrimo na supracitada jurisprudência da CEDH, a CIDH argumentou que declarações tendo como alvo agente públicos, no contexto de temas de interesse geral, devem ostentar um maior nível de tolerância e proteção. Cf. ainda, com referências a outros precedentes, CARTER, Edward. Actual malice in the Inter-American Court of Human Rights, *Communication Law and Policy* Oct/2013, p. 396 ss.

¹¹⁴ HIRSCH, Grundfragen von Ehre und Beleidigung, p. 658.

¹¹⁵ Quando, por exemplo, o debate público é apenas utilizado como ensejo para se proceder à depreciação da honra individual, com nítida desvinculação ao tema em questão.

¹¹⁶ Sobre a importância desse aspecto, entre nós, TAVARES, *RBCCrim* Vol. 94 (2012), p. 89 ss: “Para que um juízo de ponderação tenha validade, será necessário que só seja invocado quando os bens em conflito guardem a mesma hierarquia; ademais, que a solução do conflito não persiga um objetivo de utilidade, mas, sim, de esclarecimento acerca de como a pessoa é considerada em termos individuais e em suas relações. A ponderação, portanto, entre o direito de informar, de um lado, e a dignidade, de outro, deve conduzir à demonstração de que a prevalência de um ou de outro tem por base a preservação da própria pessoa e não de direitos genéricos concedidos a entidades ou ao Estado”.

b) Esse sistema possui como uma de suas principais virtudes a *transparência* na avaliação das restrições à liberdade de expressão por meio de proibições penais. Tanto do ponto de vista do direito positivo quanto de sua aplicação jurisprudencial, portanto, vê-se que aos agentes públicos – embora não devam ficar desprotegidos – é reservada *menor proteção jurídico-penal*, se comparada àquela reservada aos demais cidadãos. A proteção por meio do Direito Penal ingressa em cena ou quando a honra individual do agente público é ofendida *sem qualquer contexto* de debate público em torno do exercício de sua função – “injúrias em razão da forma”, contra sua dignidade ou “críticas aviltantes” –, ou quando sua proteção é uma forma de *proteção mediata das instituições* (§§ 90 e 188 StGB), exigindo-se um resultado típico adicional. Por fim, intriga saber se as ofensas cometidas pela internet – por suas permanência, capilaridade e virulência – devem merecer tratamento mais rigoroso¹¹⁷.

c) Relacionado a esse último aspecto, observa-se atualmente a formação de um movimento político-criminal de *recrudescimento dos crimes de expressão* na Alemanha, principalmente praticados por meio da internet, de modo a responder a alguns acontecimentos graves¹¹⁸. Por trás desse movimento está o anseio de reagir à nova dimensão que os crimes contra de expressão adquirem com o caráter aberto e dinâmico das redes sociais, nas quais manifestações ofensivas, ameaçadoras ou difamatórias podem ser acessadas e vistas por um número ilimitável de pessoas, o que provavelmente extrapola e transcende os limites temáticos iniciais envolvidos no debate, ocorrendo uma desvinculação entre manifestação e o objeto que a ensejara.¹¹⁹ Nesse contexto, o Governo Federal alemão apresentou, no início de 2020, ao Parlamento um Projeto de Lei de Combate ao Extremismo de Direita e à Criminalidade de Ódio (Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität), que propõe mudanças na *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* de 2017 (cf. abaixo, Segundo Excurso).¹²⁰ Entre outras mudanças, o Projeto amplia o alcance do já mencionado § 188 StGB, de modo a alcançar outros agentes públicos.¹²¹ Registram-se, ainda, outras iniciativas semelhantes, como um anteprojeto de lei do Ministério de Estado da Baviera, que prevê mudanças ainda mais

¹¹⁷ Vide caso das ofensas ao Poder Judiciário da Baviera.

¹¹⁸ Citamos dois exemplos: o atentado à sinagoga de Halle/Saale, transmitido ao vivo pela internet, e que vitimou duas pessoas em outubro de 2019, e, antes, em junho de 2019, o assassinato do influente político de Kassel, Walter Lübcke, insuflado pelas redes sociais, que divulgavam fora de contexto um discurso do político a respeito do recebimento de refugiados, o que desagradava grupos extremistas.

¹¹⁹ BT-Drs. 18/7941 („Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Konstantin von Notz, Ulle Schauws, Renate Künast, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Maßnahmen von Bundesregierung und Unternehmen gegen Hassreden („Hate Speech“) und weitere strafbare Meinungsäußerungen im Internet“), p. 1; a respeito, KORENG, Ansgar. Hate-Speech im Internet: Eine rechtliche Annäherung, *Kripoz* 3/2017, p. 152.

¹²⁰ Cf. também o estudo de SPONHOLZ, Liriam. *Hate Speech in den Massenmedien*, Wiesbaden, 2018.

¹²¹ Crítico à proposta REINBACHER, Tobias. Die Beleidigung im Internet – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, *Neue Kriminalpolitik* 2/2020, p. 190 ss., 192, que sugere que se reflita sobre a criação de um tipo penal especial para “injúrias digitais” praticadas na internet.

profundas.¹²² Em face desse cenário, fala-se de um “renascimento dos delitos contra a honra”, com uma maior tendência de abstração: não se trata somente de proteger concretamente a honra individual das pessoas diante de *novos meios de agressão*, mas também de garantir um *ambiente* de “debate público íntegro e um sistema democrático funcional”¹²³. Se esse movimento político-criminal terá êxito, não se sabe por ora. E se realmente é possível alcançar um debate público de ideias na internet límpido, isento de ruídos, de excessos, de rompantes emocionais e arroubos ofensivos, e, principalmente, se esse ideal – próprio de uma ágora ateniense – deve ser perseguido por meio do Direito Penal, é algo questionável.

IV. O aspecto institucional

Além da defesa da honra individual dos integrantes das instituições e da proteção mediata das instituições, surge a necessidade de que as *instituições em si* sejam protegidas diretamente¹²⁴. A defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal, na Alemanha, insere-se em contexto específico, o da chamada “democracia combativa” (abaixo, 1.). Esse contexto ilumina os tipos penais que descreveremos abaixo (2.).

1. O contexto: “democracia combativa” e autodefesa institucional

a) O trauma da debacle da República Weimar gerou visceral preocupação a respeito da tibieza da Constituição então vigente¹²⁵, cuja “neutralidade valorativa”¹²⁶ – entre outros fatores, evidentemente¹²⁷ – teria contribuído para a ascensão, em alguma medida, com vestes arditas

¹²² A respeito, KUBICIEL, Michael. Hate-Speech und Äußerungsstrafrecht (Teil 2) - Der Bayerische Diskussionsentwurf zur Modernisierung des Beleidigungsstrafrechts, *jurisPR-StrafR* 6/2020, Anm. 1.

¹²³ KUBICIEL, Michael. Die Renaissance der Ehrschutzdelikte - Das Maßnahmenpaket der Bundesregierung zur Bekämpfung von Hasskriminalität und die Initiativen der Bundesländer, *jurisPR-StrafR* 24/2019, Anm. 1.

¹²⁴ Sobre o polissêmico conceito de “instituições”, sob vários ângulos, cf. o estudo recente do ex-juiz da Suprema Corte alemã DI FABIO, Udo. *Herrschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 2019, p.162 e ss., p. 170 e ss. Nesta Consulta, com “instituições” quer-se referir precipuamente os Poderes. Naturalmente, como destaca DI FABIO, até a mesmo a “liberdade de manifestação” pode ser concebida como uma “instituição” das democracias modernas (p. 172) – estas, por sua vez, também “instituições” em determinado sentido (p. 182 e ss.). Relembre-se aqui o desenvolvimento do debate anglo-americano sobre os casos de “contempt of court”, nos quais a proteção institucional figura em primeiro plano, fazendo a liberdade de expressão, por vezes, ceder (cf. nota 51).

¹²⁵ Cf. PAPIER, Hans-Jürgen/DURNER, Wolfgang. Streitbare Demokratie, *AöR* 2003, p. 340 e ss., p. 343 e ss.; WILLMS, Staatsschutz im Geiste der Verfassung, 1962, p. 6 e ss.; cf. também o excelente volume de DREIER, Horst/WALDHOFF, Christian. *Das Wagnis der Demokratie*, München, 2018.

¹²⁶ Como atestava, a respeito da primeira parte da Constituição de Weimar, SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*, 7ª ed., Berlin, 2005 (1ª ed.: 1932), p. 44 e ss., p. 47, um sistema que, “em sua neutralidade, conduz ao suicídio” (p. 47).

¹²⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, *The American Political Science Review* Vol. XXXI, 1937, p. 417 e ss., p. 426: “The causes for the failure of the democratic experiment in Germany are by far too complex to be measured in terms of a single denominator. But the lack of militancy of the Weimar Republic against subversive movements, even though clearly recognized as such, stands out in the post-war predicament of democracy both as an illustration and as a warning”; cf. MANNHEIM, Karl. *Diagnose unserer Zeit*, Zürich, 1951, p. 18: antiga “democracia tolerante e laissez-faire”. Gusy, ao contrário, não enxergava na Constituição da República de Weimar essa alegada “neutralidade”, e dizia não ser ela tão indefesa assim, embora o seu fracasso

de “legalidade democrática”, do nacional-socialismo¹²⁸. Em face dos perigos iminentes, a República de Weimar tentou, debalde, proteger-se às pressas com as Leis de Proteção da República (Republiksschutzgesetze) de 1922 e 1930¹²⁹. Voßkuhle, professor e ex-presidente da Corte Suprema alemã, e Kaiser lembram, para ficar com um exemplo, que, em 1932, o Preußisches Oberverwaltungsgericht não considerou o partido nacional-socialista (NSDAP) como um partido hostil à Constituição, e indagam se outra decisão teria mudado o curso da história¹³⁰. Esse contexto lançou a pergunta sobre a conveniência de conferir incondicional “liberdade para os inimigos da liberdade” – o “paradoxo da democracia e da tolerância”, que ganharia notoriedade em Popper¹³¹ –, ou se não seria, antes, o caso de acautelar a ordem constitucional contra os “inimigos da Constituição”, que se valem dos mecanismos constitucionais e democráticos para destruir, de dentro, a Constituição e a democracia¹³². Era preciso abandonar a “democracia indiferente”¹³³.

talvez revelasse o contrário: GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Tübingen, 2018, p. 207 e ss. Gusy destaca, ainda, que talvez tenham sido as leis excepcionais, eventualmente destoantes do figurino constitucional, que enfraqueceram a República. Vale a leitura de GRIMM, Dieter. Weimars Ende und Untergang, in: DREIER/WALDHOFF, *Das Wagnis der Demokratie*, 2018, p. 263 e ss.

¹²⁸ BICKENBACH, Christian. Kampf gegen eine Hydra, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2017, p. 149 e ss.; no Brasil, 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). Sobre um “princípio anti-nazista” na GG de 1949, KLAUSMANN, *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, 2019, p. 245 e ss. Marcuse cravava que, não tivesse havido tamanha “tolerância democrática” com Hitler, a humanidade não teria assistido Auschwitz: MARCUSE, Herbert. *Repressive Toleranz*, in: WOLFF/MOORE/MARCUSE, *Kritik der reinen Toleranz*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1967, p. 93 e ss., p. 120.

¹²⁹ Elas protegiam, contudo, apenas a forma republicana do Estado e os membros do governo (aspecto individual); cf. PAEFFGEN, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, §90b StGB, 5ª ed., 2017, nm. 1.

¹³⁰ VOBKUHLE, Andreas/KAISER, Anna-Bettina. Wehrhafte Demokratie, *JuS* 2019, p. 1154 e ss. Em 2017, o BVerfG recusou a proibição do NPD, não sem esmiuçar os critérios que conduzem à excepcional proibição de um partido político – “a mais dura arma” de um Estado Democrático de Direito “contra seus inimigos organizados”, segundo o Tribunal –, como a aptidão ou capilaridade daquela agremiação hostil aos valores constitucionais mais fundamentais e imprescindíveis para a realização efetiva dos propósitos anunciados (BVerfG NJW 2017, 611).

¹³¹ Cf. POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*, Vol. I, London/New York, 2009 (1ª ed.: 1945), p. 130 e ss., p. 202 e ss. e sobretudo p. 293 (nota 4 ao capítulo 7), que erige como “princípio democrático” a “evitação da tirania” (pp. 132-133), e conclui: “There is a fundamental difference between a democratic and a totalitarian criticism of democracy” (p. 202). Popper afirma que esses paradoxos remetem à obra de Platão. O paradoxo da tolerância (“Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance”, p. 293), conduz Popper à seguinte conclusão: “We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerante” (p. 293). O autor, à mesma página, não descarta que, nesse mister, sejam necessárias proibições penais.

¹³² VOBKUHLE/KAISER, *JuS* 2019, p. 1154 e ss.

¹³³ MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, 1951, p. 19. Em outro contexto, em 1929, no calor dos debates, KIRCHHEIMER valeu-se da expressão “democracia do conforto”: KIRCHHEIMER, Otto, in: BUCHSTEIN (org.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, 2017, p. 171 e ss., p. 214 e ss.

b) Surgiria, ainda no final da década de 30 do século XX¹³⁴, o conceito de “*democracia combativa*”¹³⁵, ou seja, uma democracia com maior instinto de sobrevivência, sem ingenuidades a respeito de sua inevitável e permanente fragilidade, sem adotar acaciana passividade em face de seus detratores internos. Uma democracia que mira a paz, mas não descarta a guerra. Não se trataria – e esse ponto é delicado – de introjeção de uma devoção a valores constitucionais – anseio mais acomodado a ditaduras –, mas de *autodefesa institucional*, de modo a assegurar um ambiente em que os demais direitos fundamentais estejam assegurados a todos. Esse ideário se alastraria: em 1949, o Justice Jackson, da Supreme Court americana, afirmaria que a Constituição não poderia representar um “pacto suicida”¹³⁶. Não é difícil, contudo, perceber a tensão existente entre o conceito de “combatividade democrática” e a negação de algumas liberdades fundantes da própria ideia de uma ordem democrática, como a liberdade de expressão, constitutiva do e prevalente no Estado de Direito, sobretudo quando exercida no ambiente público¹³⁷.

c) A vigente Constituição alemã, a Grundgesetz de 1949, respirando esse ambiente, abraçaria decididamente a ideia de autoproteção institucional.¹³⁸ A GG, costuma-se dizer, viria a erigir uma “ordem democrática baseada na liberdade” (*freiheitliche und demokratische Ordnung*)¹³⁹, que assegura, por meio de alguns mecanismos, “limites últimos” ao exercício individual e coletivo dessa liberdade¹⁴⁰. Esse ideário captado pela rubrica “democracia combativa” se expressa em dispositivos específicos da GG, se bem que de maneira multifacetada, como por exemplo nas polêmicas proibições de partidos (Art. 21 II GG) e de

¹³⁴ Pioneiro foi o já citado estudo de LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* Vol. XXXI, 1937, p. 417 e ss., p. 430 e ss. Para o debate subsequente, foi fundamental o também já citado livro de MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, 1941 (citamos a versão publicada em 1951, em Zürich): “para sobreviver, nossa democracia tem que se tornar uma democracia combativa (*streitbare Demokratie*)”. Sobre o debate mais recente, ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*, Cambridge, 2015, p. 100 e ss., p. 123: “It is by now well established that all constitutional orders retain emergency powers, either formally or informally”; TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy*, London, 2015, p. 41 e ss. É também divulgada a formulação de Mouffe, “Liberal-democratic institutions should not be taken for granted: it is always necessary to fortify and defend them” (MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*, London/New York, 2005, p. 4); no Brasil, cf. sobre o “paradoxo da democracia”, VILHENA VIEIRA, *A batalha dos Poderes*, 2019, p. 215 e ss.

¹³⁵ Informações interessantes no estudo comparativo de FLÜMANN, *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, 2015; cf. também FÜHRMANN, Maximilian. *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, Baden-Baden, 2019.

¹³⁶ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson em voto dissidente). Com mais informações a esse respeito, ISSACHAROFF, *Fragile Democracies*, 2015, p. 123. Sobre a eventual necessidade de “exclusão política” dos inimigos da democracia, KIRSCHNER, Alexander. *A Theory of Militant Democracy*, Yale, 2014, p. 141 e ss.

¹³⁷ Também por isso preferimos o termo “democracia combativa” ao divulgado termo “democracia militante”. A ideia de “militância” indica precisamente uma democracia que, *ativamente*, quer divulgar, defender e introjetar nos cidadãos os seus valores. A rigor, bem compreendido, o conceito deve expressar apenas a ideia mais *passiva* de que a democracia deve defender a sua existência em face de ameaças internas.

¹³⁸ Sobre a formação, evolução e conteúdo da GG ver SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, t. 1.6.

¹³⁹ Sobre esse conceito, em detalhes, o estudo de GUSY, *AöR* 1980, p. 279 e ss.

¹⁴⁰ VOßKUHLE/KAISER, *JuS* 2019, p. 1154 e ss.

reunião (Art. 9 II GG) – condicionadas a critérios restritos e passíveis de declaração apenas pelo BVerfG (Art. 21 IV GG) –, na remotíssima possibilidade de que direitos fundamentais “caduquem” em razão do comportamento de seu portador – a “Grundrechtsverwirkung” do Art. 18 GG¹⁴¹ – e, sob certo aspecto, nas cláusulas pétreas ou “garantias eternas” do Art. 79 III GG, que amarram o legislador ordinário¹⁴².

c) O conteúdo constitucional de cada um desses dispositivos é, em si, controvertido¹⁴³, e, nesta sede, interessam-nos apenas os eventuais *reflexos jurídico-penais* desse ideário que subjaz à GG. É a própria ideia de “democracia combativa”, bem vistas as coisas, que explica o paulatino fortalecimento e a reformulação de um setor específico do Direito Penal, o do “Direito Penal Político” (“politisches Strafrecht”), que contou, inicialmente, com relativo consenso no debate alemão¹⁴⁴. Há, por exemplo, valiosas páginas, publicadas em volume específico dedicado ao “politisches Strafrecht”, no Projeto Alternativo de Código Penal, de 1966¹⁴⁵, ou na monumental monografia de F.C. Schroeder¹⁴⁶. Esse setor é bastante amplo, e reúne também a proteção penal do território e da soberania nacional. Nesta Consulta, temos de fazer um recorte: exporemos a consequência desse cenário para os *tipos penais que protegem o Estado de Direito* (abaixo 2.) – sobretudo os ataques discursivos a órgãos constitucionais¹⁴⁷ –, a quem o atual Código Penal alemão dedica um Título específico¹⁴⁸.

¹⁴¹ Não se tem notícia de que o dispositivo já tenha sido efetivamente aplicado pelo BVerfG; cf. VOBKUHLE/KAISER, *JuS* 2019, p. 1154 e ss., p. 1156; ultiores informações em PAPIER/DURNER, *AöR* 2003, p. 340 e ss., p. 349 e ss., indicando que a norma possui uma “função simbólica e de chamada de atenção”.

¹⁴² Mais detalhes em VOBKUHLE/KAISER, *JuS* 2019, p. 1154 e ss. Oscar Vilhena menciona ser essa ideia de “entrincheirar determinados dispositivos” uma herança da erosão de Weimar: VILHENA VIEIRA, *A batalha dos Poderes*, 2019, p. 95.

¹⁴³ Cf. PAPIER/DURNER, *AöR* 2003, p. 340 e ss.

¹⁴⁴ GUSY fala em um “resignado consenso”, em: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* 6 (2020), p. 382 e ss. Sobre a história do Direito Penal de proteção do Estado em seus anos essenciais, ver SCHIFFERS, Reinhardt. *Grundlegung des strafrechtlichen Staatsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 1990, p. 589 e ss.

¹⁴⁵ Publicado em: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Politisches Strafrecht*, Tübingen, 1968 (além da Comissão, participaram do material, nesse setor, Gunther Arzt, Otto Backes e Stephan Quensel), sobretudo p. 45-46 (sobre os delitos de propaganda). No contexto dessa discussão, cf. BENNHOLD, Martin. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, Neuwied/Berlin, 1966, p. 104 e ss., que indicava que a reformulação do Direito Penal Político era condição para uma “democracia viva e efetiva” (p. 2). O autor já destacava, de outro lado, os perigos de um excesso de autoproteção por meio do Direito Penal (p. 50 e ss.). É essencial, a esse respeito conferir as monografias de COPIC, Hans. *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, Tübingen, 1967 e de BACKES, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970.

¹⁴⁶ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970.

¹⁴⁷ Há recentíssima e interessante monografia dedicada a esse tema, defendida como tese de doutorado na Universidade Humboldt, de Berlim: VOLKMANN, Viktor. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, Berlin, 2019.

¹⁴⁸ Com informações históricas sobre o momento anterior a essa inclusão e com as razões da nomenclatura, BACKES, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970, p. 160 e ss.

2. Tipos penais que protegem o Estado de Direito, sobretudo o ultraje a órgãos constitucionais

a) Os tipos penais integrantes do “Direito Penal Político” que devem estar em primeiro plano, nesta Consulta, são aqueles mais contestáveis, seja por apresentarem excessiva amplitude e por serem relíquias de outros modelos de Estado, seja por terem suas legitimidade e constitucionalidade atualmente questionadas¹⁴⁹, sobretudo ao instaurarem conflito com outros direitos fundamentais. São aquelas proibições que alcançam ataques “não violentos” a instituições do Estado de Direito¹⁵⁰. Esses crimes acabam por revelar, de certo modo, tanto a imprudência de se esperar a realização efetiva de atos violentos quanto alguns perigos a que uma visão exagerada do ideário da “democracia combativa” pode conduzir. Não trataremos daqueles delitos de que nenhuma ordem jurídica parece poder prescindir como os de traição (§ 94 StGB), divulgação de segredos estatais (§ 95 StGB), sabotagem (§ 88 StGB), ou violência e coação contra Poderes constitucionais (§§ 105, 106 StGB).

b) O foco deve estar no terceiro título do primeiro capítulo do Código Penal alemão (StGB), em que desfilam os chamados *crimes que colocam em perigo o Estado Democrático de Direito* (§§ 84-91a StGB)¹⁵¹. Os crimes têm feições das mais diversas. Há delitos relacionados à condução e manutenção de partido político já declarado inconstitucional pela Corte Suprema (§ 84 StGB), à desobediência à proibição irrecorrível de reunião (§ 85 StGB) – ambos com foco nos membros da cúpula ou dos que atuam nos bastidores –, à difusão de meios de propaganda de organizações declaradas inconstitucionais do § 86 StGB (como grupos nazistas ou partidos proibidos), bem como a utilização de símbolos e sinais dessas organizações (§ 86a StGB)¹⁵². O catálogo prossegue, passando pela preparação de atos violentos que coloquem o Estado em perigo (§ 89a StGB) e pelo financiamento do terrorismo (§ 89c StGB). O § 90a StGB – um delito “de manifestação pessoal” assemelhado aos crimes contra a honra, segundo o BGH¹⁵³ – prevê pena para aquele que depreciar hostil ou maliciosamente, vilipendiar, insultar ou ultrajar – o substantivo que epigrafa o delito é “Verunglimpfung”, de

¹⁴⁹ Não trataremos, por razões de espaço, da colisão entre proteção institucional e liberdade artística, um tema em si, na medida em que a liberdade artística está submetida a proteção ainda maior do que a conferida para manifestações “puras em simples”; cf. VOLK, Klaus. Der Strafschutz für Staatsymbole und die Freiheit der Kunst, *Juristische Rundschau (JR)* 1984, p. 441 e ss.

¹⁵⁰ Definido por Copic, em sua detalhada e controvertida monografia, como “novo tipo de Direito Penal Político”, que se caracteriza precisamente pelo alcance de ações não violentas, ao contrário do modelo extremo, que só reprime penalmente a violência e a coação (COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967, p. 15).

¹⁵¹ Em Portugal, fala-se em “crimes contra a realização do Estado de Direito” (art. 325 e ss.).

¹⁵² No Brasil, cf. o art. 20 § 1º da L. 7.716/89: “Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa”.

¹⁵³ BGH NStZ 2018, 589.

difícil tradução¹⁵⁴ – publicamente, em uma reunião ou manifestação ou por meio da difusão de escritos o Estado e seus símbolos (bandeira, hino), ou ainda a “ordem constitucional”¹⁵⁵.

c) Há, naturalmente, grande controvérsia a respeito de alguns desses delitos¹⁵⁶. Sobretudo a querela em torno das proibições de partidos políticos produziu intensa discórdia na doutrina e na jurisprudência alemãs¹⁵⁷ – escaramuça revitalizada pela recente decisão do BVerfG de 2017¹⁵⁸. A utilização de simbologia nazista também gera contendas¹⁵⁹. O alargamento excessivo das condutas considerada como de “financiamento” do terrorismo nos termos do § 89c StGB gera, com boa dose de razão, estrepitosos protestos na ciência¹⁶⁰. O ultraje aos símbolos do Estado do § 90a StGB, por sua vez, não se estranha em revelar o anacronismo de um Estado tão cioso de si, que recorre ao Direito Penal para enobrecer os seus símbolos, entrando em choque a liberdade de expressão garantida pelo art. 5 I da GG¹⁶¹, a despeito de algumas louváveis limitações em sua interpretação judicial¹⁶². Nesse setor, a tradição americana teria muito o que ensinar, sobretudo a partir do debate gerado pela decisão que declarou inconstitucional o “Flag Protection Act” (Texas v. Johnson 491 U.S. 397, 1989)¹⁶³.

¹⁵⁴ Sobre os delitos de vilipêndio ou insulto ao Estado há conciso e magistral artigo de SCHROEDER, F. C. Probleme der Staatsverunglimpfung, *Juristische Rundschau (JR)* 1979, p. 89 e ss.

¹⁵⁵ A esse respeito, ver a completa e recente monografia de EBLING, Tobias. *Die Vorschrift des § 90 a StGB*, Baden-Baden, 2018, que propõe a revogação do dispositivo (p. 185 e ss.). No Código Penal português, existe o art. 323, que proíbe o “ultraje de símbolos estrangeiros” e o art. 332, que tutela os símbolos nacionais e regionais.

¹⁵⁶ Essencial a esse respeito, ROGGMANN, *JZ* 1992, p. 934 e ss.; sobre o debate atual, VOLKMANN, *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, 2019, p. 68 e ss. MANSDÖRFER chega a dizer que o “Direito Penal Político” vigente na Alemanha está “ultrapassado”: MANSDÖRFER, Marcos. Das politische Strafrecht ist überholt, *Legal Tribune Online (LTO)* 2016, disponível em: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fall-boehmermann-politisches-strafrecht-gesetze-systematik-ueberholt/2/>. Vaticinando esses perigos, COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967, p. 3 e ss.

¹⁵⁷ Cf. o recente livro de Hans Peter Bull, sobre a crise dos partidos políticos na Alemanha: BULL, Hans Peter. *Die Krise der politischen Parteien*, Tübingen, 2020; crítico às proibições de partido, MÖLLERS, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2012, p. 112.

¹⁵⁸ BVerfG NJW 2017, 611. No Brasil, há a conhecida história do Partido Comunista Brasileiro: proibido em 1922, registro não obtido em 1934 e, depois de retornar à legalidade, cancelamento do registro em 1947, pelo TSE (Res. 1.841/47). O STF não conheceria do Recurso contra o cancelamento, em 1948 (Recurso Extraordinário Eleitoral 12.369/DF, julgado em 14.4.1948).

¹⁵⁹ Mais informações em HÖRNLE, Tatjana. Aktuelle Probleme aus dem materiellen Strafrecht bei rechtsextremistischen Delikten, *NStZ* 2002, p. 113 e ss., que, em 2002, antevia os problemas de divulgação de conteúdos extremistas por novos meios, à época, SMS e emails.

¹⁶⁰ Cf. o estudo de GAZEAS, Nikolaos/GROSSE-WILDE, Thomas; KIEBLING, Alexandra. Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB, *NStZ* 2009, p. 593 e ss.

¹⁶¹ Ulteriores detalhes em NK-PAEFFGEN, §90a StGB, nm. 2, 24; crítico, ROGGMANN, *JZ* 1992, p. 934 e ss.

¹⁶² Na decisão BGH NStZ 2018, 589, o Tribunal indica expressamente que o intérprete deve considerar os limites da liberdade de expressão constitucionalmente garantida no momento de aplicar o Direito; em BVerfG NJW 2012, 1273, o Tribunal Constitucional destaca a necessidade de uma colocação em perigo ao menos “mediata” do funcionamento de órgãos relevantes do Estado, não bastando qualquer espécie de “manifestação” desairosa; cf. também BVerfG NJW 1978, 1047. Paeffgen indica a possibilidade de interpretar o tipo não como uma proteção da honra e de símbolos do Estado, mas como proteção “em estágio prévio” da própria existência da “ordem democrática e de liberdade” (NK-PAEFFGEN, §90a StGB, nm. 2).

¹⁶³ Cf. VOLKMANN, *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, 2019, p. 109 e ss.; LEWIS, *Freedom for the Thought that we Hate*, 2007, p. 165 e ss. Ver também o estudo de HÄBERLE, Peter. *Nationalflaggen*, Berlin, 2008;

d) O recorte desta Consulta joga luz, contudo, em um delito específico previsto nesse mesmo título, o de *ultraje ou deprecição hostil à Constituição de órgãos constitucionais*, disposto no § 90b StGB, com a redação de 1975 – embora tipos penais antecessores existissem, com outra redação¹⁶⁴. Nesse delito, não se trata meramente de vilipendiar símbolos ou imagens estatais, ou de ofender a honra de agentes públicos como forma de proteger mediatamente a instituição, mas de evitar perigos reais à *existência do Estado* e ao *funcionamento das instituições*, decorrentes de manifestações depreciativas massivas, conspícuas e hostis feitas em público.

e) Convém reproduzir o dispositivo: “(1) Quem, publicamente, em uma reunião ou mediante distribuição de escritos (§ 11 inciso 3¹⁶⁵), depreciar de forma hostil/ultrajar um Órgão Legislativo, o Governo ou o Tribunal Constitucional da União ou de um Estado ou um de seus membros nessa qualidade, colocando em perigo a reputação do Estado e, mediante isso, intencionalmente se posicionar (einsetzen) por meio de esforços contra a existência da República Federal da Alemanha ou contra princípios constitucionais, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos. (2) O crime só será processado com autorização do Órgão Constitucional ou integrante atingido”¹⁶⁶.

f) Há restrições legais já no plano da tipicidade, como se nota. O tipo objetivo exige um resultado de perigo – o Bundesgerichtshof (BGH) fala em um “perigo real e concreto”¹⁶⁷ –: o perigo à reputação do Estado como um todo, exigindo alguma robustez e aptidão do método de agressão escolhido, que deve estar revestido de grande potência (“insultar ou ultrajar de forma hostil”, não apenas “ofender”). Nesse contexto, fala-se na categoria dos delitos de perigo

por último, sobre o confronto entre a proteção de símbolos nacionais e a liberdade de expressão, HOVEN, Elisa. Ratio und Reichweite des strafrechtlichen Schutzes von Flaggen, *JuristenZeitung (JZ)* 2020, p. 835 e ss., p. 841.

¹⁶⁴ A origem do dispositivo parece estar no Decreto de 1931 (VO des Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen, de 28.3.1931, publicado em RGBl. I 79), mas de forma ainda muito vinculada à proteção da “autoridade do Estado”. O nacional-socialismo radicalizaria essa forma de proteção, elevando-a ao cubo (cf. Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen de 20.12.1934, publicada em RGBl. I 1269). A redação atual começa a ser efetivamente formada a partir de relevante alteração legislativa de 1951, imediatamente posterior à entrada em vigor da GG. Mais informações em NK-PAEFFGEN, §90a StGB, nm. 1 e ss.; cf. também COPIC, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967, p. 8 e ss.

¹⁶⁵ Esse dispositivo da Parte Geral do StGB define os conceitos mencionados no §90b. Há movimentos de reforma do conceito de “escritos”, por conta do fenômeno da digitalização, como aquele documentado em Projeto Governamental recente (“Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland”).

¹⁶⁶ No original: “Verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen (1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) ein Gesetzgebungsorgan, die Regierung oder das Verfassungsgericht des Bundes oder eines Landes oder eines ihrer Mitglieder in dieser Eigenschaft in einer das Ansehen des Staates gefährdenden Weise verunglimpft und sich dadurch absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Die Tat wird nur mit Ermächtigung des betroffenen Verfassungsorgans oder Mitglieds verfolgt”.

¹⁶⁷ Por exemplo, na decisão BGH HRRS 2016 Nr. 750, nm. 8.

“abstrato-concreto” ou “de aptidão”, cunhada por Horst Schröder¹⁶⁸. O tipo subjetivo é bastante exigente e, além do dolo, exige a intenção, um resolutivo posicionamento no sentido de empenhar esforços – “Bestrebung”, outro termo de difícil tradução¹⁶⁹ – contrários à existência do Estado ou de “princípios constitucionais”.

g) O § 90b StGB não possui grande âmbito de aplicação. Há, a rigor, *parco material jurisprudencial* a respeito desse dispositivo, quer pela raridade empírica das condutas que a proibição visa a evitar, quer pelas altas exigências do tipo penal acima mencionadas¹⁷⁰. Em 2016, o BGH, por exemplo, teve de se controverter com caso em que, resumidamente, um sujeito teria produzido e difundido material – uma “lista de procurados” – por email, no qual constavam fotos de alguns parlamentares, qualificados como “esquerdistas, verdes [alusão ao “Partido Verde” – die Grünen], islamófilos” e “traidores da pátria”, seguidas de uma exortação à procura ou caça dessas pessoas que teriam “implicitamente tolerado e até mesmo participado” de assassinatos, pedofilia e outros crimes. O escrito continha, por fim, uma recompensa de €100.000,00 pela captura dos “procurados”. O acusado circulava com esse cartaz em seu carro e em sua residência foram encontrados vários exemplares impressos. Houve condenação em 2º grau, mas o BGH a cassou, sobretudo em face das elevadas exigências subjetivas do tipo penal, indicando a necessidade de novo julgamento. O acusado, enfim, teria apenas se manifestado no sentido de negar que a Alemanha estivesse realmente livre de “pressões ou de domínio internacional”, mas não teria atuado concretamente no sentido de colocar em perigo o Estado. Em casos mais antigos, Tribunais de segunda instância já decidiram que, a depender do método eleito e do contexto, a afirmação de que a cúpula do Governo é um “bando criminoso” pode realizar o tipo penal¹⁷¹, ou que a difusão de que um determinado Ministro teria cometido delitos gravíssimos no exercício de suas funções pode “abalar a reputação do Estado como um todo”¹⁷². As “críticas objetivas ligadas aos fatos, críticas técnicas”, ainda que duras, não possuem, contudo, essa aptidão¹⁷³. Essas decisões devem ser, naturalmente, cotejadas com a restritiva jurisprudência do BVerfG a respeito da liberdade de expressão, sobretudo nos embates públicos

¹⁶⁸ SCHRÖDER, Horst. Abstrakte-konkrete Gefährungsdelikte?, *Juristenzeitung (JZ)* 1967, p. 522 ss.; cf. também SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, p. 293 e ss.

¹⁶⁹ Há antiga controvérsia sobre a definição desse termo no debate alemão; cf. WILLMS, *JZ* 1959, p. 629 e ss. Sobre a importância do tipo subjetivo e de outros elementos de ânimo nesse âmbito, BENNHOLD, *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, 1966, p. 58 e ss.

¹⁷⁰ Veja-se o exemplo do Código Penal italiano, em que o tipo penal não eleva tanto as exigências: “art. 290 Vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate. Chiunque pubblicamente vilipende la Repubblica, le Assemblee legislative o una di queste, ovvero il Governo o la Corte Costituzionale o l'Ordine giudiziario, è punito. La stessa pena si applica a chi pubblicamente vilipende le Forze armate dello Stato o quelle della liberazione”.

¹⁷¹ LG Bamberg NJW 1953, 675 e ss.; cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/*STERNBERG-LIEBEN*, § 90b StGB, 30ª ed., 2019, nm. 3.

¹⁷² OLG Düsseldorf NJW 1980, 603 e ss.

¹⁷³ Cf. SK-ZÖLLER, § 90 StGB, nm. 4.

de natureza política (cf. acima, III.). A tendência, em face da conflagração notória estimulada pelas redes sociais, é que a empiria desafie a jurisprudência alemã com maior intensidade nesse setor.

h) Esse delito, ao contrário dos anteriores, parece estar destinado efetivamente a proteger um legítimo *bem jurídico* coletivo – de natureza bastante difusa e pendente de melhor concretização, é verdade¹⁷⁴ –, e não apenas a “honorabilidade” ou a “autoridade” do Estado ou a honra individual de seus passageiros integrantes. Há uma tentativa de proteger o cerne daquilo que é perene em um Estado de Direito, o oxigênio que lhe permite a sobrevivência como instituição, e que pode ser atacado por meio de violência, de ameaça de violência, de coação e, segundo o § 90b StGB, por manifestações discursivas hostis e depreciativas massivas – observe-se que o legislador exige um método evidentemente mais agressivo (“ultraje”) do que o eleito para a injúria do § 185 StGB (“ofensa”). Apesar disso, o tipo apresenta uma série de problemas, que aqui vêm apenas mencionados.

i) A primeira dificuldade, já antecipada acima, é o cumprimento das exigências do *princípio da legalidade*, sobretudo do mandamento de determinação. O legislador alemão anteviu, todavia, as dificuldades nesse setor repleto de conceitos amplos e tentou diminuir o grau de indeterminação valendo-se de uma *norma interpretativa*, que ilumina todos os tipos penais contra o Estado Democrático de Direito, inclusive o § 90b StGB: é a norma do § 92 StGB, epigrafada de “determinações conceituais”, e que encerra o Título III do primeiro capítulo do Código. Nesse dispositivo estão as definições conceituais do que vêm a ser “violação à existência do Estado” (§ 92, 1. StGB), os “princípios constitucionais” hostilizados (§92, 2. StGB) – reduzidos a um reduzido núcleo, composto, para mencionar alguns, pela “independência do Poder Judiciário”, “vinculação à lei da Administração”, “eleições livres e periódicas”, “direito à formação de uma oposição parlamentar” –, e o conceito de “empenhar ou envidar esforços” no sentido de danificar a existência do Estado (§ 92, 3. StGB)¹⁷⁵. Se essas definições não expungem todas as indeterminações, pelo menos reconhecem a sua existência e oferecem uma saída legal de limitação para a atividade do intérprete. É medida prudente de técnica legislativa.

j) Há outros problemas ligados ao § 90b StGB, como por exemplo a possibilidade de membros de partidos políticos lícitos poderem ser autores desse delito, o chamado “privilegio

¹⁷⁴ Ver as considerações de HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et al., 2002, p. 355 e ss.

¹⁷⁵ Cf., sobre essas definições, LACKNER/KÜHL, § 92 StGB, 29ª ed., 2018, nm. 1 e ss. Crítico quanto aos problemas de legalidade, antes da entrada em vigor do Código, BENNHOLD. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, 1966, p. 1.; cf. também BACKES, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970, p. 163, sobre o conceito de “princípios constitucionais” nesse contexto.

do partido político”¹⁷⁶. A despeito da redação levemente mais precisa e do objeto de proteção diverso do § 90a StGB, permanece, ainda, latente o perigo de que, de forma enviesada, proteja-se a “autoridade do Estado”, a partir de uma superestimação da ideia subjacente de “democracia combativa”. Ronda esse tipo penal, desde sempre, o espectro da perene fricção com a liberdade de expressão, o “elixir vital” de uma democracia pujante¹⁷⁷, o que deve gerar um manejo bem restritivo do dispositivo. Também é possível anotar que o § 90b StGB amalgama os aspectos institucional e individual – acima analiticamente distinguidos –, a nosso ver de maneira a instaurar confusões que podem gerar o alargamento *de facto* do tipo, que, de forma sub-reptícia, poderia se converter em uma proteção adicional à honra das pessoas integrantes das instituições.

Segundo Excurso. Redes sociais como locus de realização de crimes contra o Estado de Direito? A experiência alemã da Lei de Regulação das Redes Sociais (NetzDG) de 2017

1. Constitui truísmo afirmar que a internet alterou visceralmente as formas de comunicação e, assim, de realização de crimes. Também a liberdade de expressão pode assumir novos contornos nesse ambiente¹⁷⁸. Em 2017, entrou em vigor na Alemanha a mencionada *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*¹⁷⁹, que visa a regular as redes sociais e o conteúdo que ali transita, de modo a acomodar as notórias especificidades desse novo meio de tráfego de ideias¹⁸⁰ – “um Direito moderno para uma sociedade moderna”, na dicção do então Ministro da Justiça, Heiko Mass¹⁸¹. A lei alemã não prevê tipos penais específicos, mas define o que considera ser “conteúdo antijurídico” no § 1, n. 3, indicando a necessidade de que ocorra, por parte das plataformas, o apagamento dessas postagens ou bloqueio das contas que, aparentemente, realizam tipos penais¹⁸². Esses tipos penais, cuja suspeita de realização suscita

¹⁷⁶ Contrariamente, NK-PAEFFGEN, §90b StGB, nm. 8. Segundo a doutrina dominante, é possível.

¹⁷⁷ Na feliz expressão de Paeffgen (NK-PAEFFGEN, §90b StGB, nm. 2). Críticos em relação ao confronto entre esse delito e a liberdade de expressão já COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967, p. 146 e ss. e BACKES, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970, p. 183 e ss.

¹⁷⁸ Rememorando, em certo sentido, a antiga tese de Habermas, em seu escrito de livre-docência, sobre as “alterações estruturais na esfera pública”, sobretudo em torno da alteração do conteúdo da liberdade de expressão, que, no Estado de Direito liberal, adquiriria uma “faceta positiva” no debate político, em face do fortalecimento dos meios de comunicação: HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 5ª ed., Neuwied/Berlin, 1971, p. 268. Sobre os fenômenos recentes, cf. GOSTOMZYK, Tobias. *Mehr oder weniger Meinungsfreiheit durch soziale Netzwerke?*, in: Schultz, Tanjev (org.), *Was darf man sagen?*, Stuttgart, 2020, p. 55 e ss.; BEY, Paul/NOTHARDT, Benno (orgs.). *Kämpfe um Meinungsfreiheit und Medien*, Münster, 2019; ASH. *Free Speech*, 2016, p. 135 e ss., p. 299 e ss, p. 349 e ss.; SUNSTEIN, Republic, 2017, p. 191 e ss.

¹⁷⁹ A tradução da versão original pode ser encontrada no volume coordenado por ABBOUD/NERY JR./CAMPOS, *Fake News e Regulação*, 2020, p. 337 e ss.

¹⁸⁰ Uma perspectiva ampla e bastante crítica por ocasião entrada em vigor da NetzDG, NOLTE, Georg. *Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, ZUM 2017, p. 552 e ss.; um balanço da aplicação até o ano de 2019 em LÖBER, Lena/ROBNAGEL, Alexander. *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung*, MMR 2019, p. 71 e ss.

¹⁸¹ MASS, Heiko. *Modernes Recht für eine moderne Gesellschaft*, ZRP 2017, p. 130 e ss., p. 131.

¹⁸² Ver LIESCHING, Marc. *Was sind »rechtswidrige Inhalte« im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes?*, ZUM 2017, p. 809 e ss.; sobre o apagamento e o bloqueio, FRIEHE, Matthias. *Löschen und Sperren in sozialen*

o tal apagamento ou o bloqueio, vêm mencionados expressamente. Entre esses tipos penais, estão alguns *crimes contra o Estado de Direito* (§§ 86, 84a, 89a, 91 StGB) – além, por exemplo, da “negação do holocausto” do § 130 III e IV StGB –, o que demonstra a preocupação do legislador alemão com novos métodos de agressão oferecidos ou potencializados pela internet aos bens jurídicos protegidos por aqueles delitos. Afinal, as manifestações de pensamento assumem formas virulentas e podem, ademais, assumir capilaridade e permanência antes impensáveis, gerando perplexidade e sugerindo a revisitação do sistema de proteção de liberdade de expressão meticulosamente construído ao longo da tradição jurisprudencial do BVerfG. Atualmente, aponta-se ser a “desinformação” – sobretudo a sistemicamente produzida¹⁸³ – um dos maiores desafios da “democracia combativa”¹⁸⁴.

2. O § 90b StGB – que esteve em primeiro plano nesta Consulta –, contudo, não vem mencionado expressamente no § 1, n. 3 NetzDG, e a doutrina entende que o catálogo ali disposto é exaustivo, não comportando analogia¹⁸⁵. A explicação parece ser a preocupação precípua com os “discursos de ódio”, que dizem com o aspecto grupal, segundo a distinção analítica acima proposta (B., I.), que podem estimular a prática de outros ilícitos penais (ameaças, lesões corporais, homicídios)¹⁸⁶. O foco nesse aspecto gerou movimento intenso de reforma, como se viu (cf. acima III., 5.), que altera uma série de tipos penais, aumenta o rol de deveres de comunicação e de retenção de dados das plataformas¹⁸⁷ – que passam a ter de comunicar a autoridade estatal em face da aparente realização dos tipos penais mencionados (novo § 3a) –, reconhecendo a *autonomia* de um *novo método de agressão a bens jurídicos*. Esse reconhecimento opera efeitos também para os crimes contra o Estado de Direito, e deve ser objeto de atenção. Afinal, não se pode descartar que o ódio dirigido aos grupos vulneráveis

Netzwerken, *NJW* 2020, p. 1697. Sobre a remoção de conteúdo no debate brasileiro, cf. VILLAS BÓAS CUEVA, Ricardo. Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais, em: ABBOUD/NERY JR./CAMPOS, *Fake News e Regulação*, 2020, p. 271 e ss.

¹⁸³ Sobre o conceito de “mentira sistêmica” ou sobre o neologismo “mentitiva”, cf. o SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 10 (2019), p. 620 e ss.; cf. também LEITE, Alair/TEIXEIRA, Adriano/BORGES, Ademar. Fake News: mentiras criminosas?, *Jornal Estadão*, 10.6.2020, acessível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-mentiras-criminosas/>.

¹⁸⁴ Assim, MAFI-GUDARZI, Nima. Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, *ZRP* 2019, p. 65 e ss.; sobre os desafios a partir da perspectiva americana cf. CHEMERINSKY, Erwin. False Speech and the First Amendment, *Oklahoma Law Review* 78 (2018), p. 1 e ss., p. 15, com diagnóstico cético: “I still believe in the premise of the First Amendment—that more speech is better. But ever more, I realize that it is a matter of faith, and the internet may challenge that faith for all of us”.

¹⁸⁵ Cf. por todos ERBS/KOHLHASS/LIESCHING, *NetzDG* § 1, 2020, nm. 16.

¹⁸⁶ Ver SAHL, Jan/BILZER, Nils. *NetzDG 2.0 – Ein Update für weniger Hass im Netz*, *ZRP* 2020, p. 2 e ss.

¹⁸⁷ A partir de uma alteração dos §§ 100g e 100j do Código de Processo Penal alemão (StPO).

ou a agentes públicos enderece as suas setas também contra as instituições democráticas, sob as vestes de “desinformação sistêmica”¹⁸⁸. A rigor, basta acessar os jornais.

V. Conclusão provisória: a necessidade de proteção (limitada) do Estado de Direito por meio do Direito Penal

1. O passeio pelo regime dos crimes contra o Estado de Direito – sobretudo aqueles praticados discursivamente – na experiência estrangeira, com foco no intenso debate alemão, revela problemas e vantagens, a que deve estar atento qualquer movimento legiferante contemporâneo. A lição mais relevante parece consistir na combinação da *imperiosa necessidade de proteção institucional* no seio de um Estado de Direito, sobretudo contra novos métodos de agressão (ataques discursivos), com a necessária *limitação dessa proteção*, que deve estar reduzida a um *núcleo indispensável*, de modo a conviver com direitos fundamentais constitutivos da própria ideia de uma ordem democrática. Proteger o Estado de Direito, sem abandoná-lo. Convém indicar topicamente os problemas e vantagens do modelo acima exposto.

2. Os *problemas* revelados pela descrição do modelo alemão parecem ser os seguintes:

a) A resistência de uma proteção velada da honorabilidade e da autoridade do Estado, sobretudo por meio da proteção de símbolos estatais;

b) O latente perigo de que uma democracia excessivamente combativa se converta em seu revés, extrapolando o seu mister;

c) A fricção permanente com o princípio da legalidade, em face da grande abertura conceitual existente nesse setor;

d) A amálgama entre aspecto individual e institucional, que se entrecruzam por vezes, como no § 90b StGB, podendo transformar a proteção institucional (mediata ou imediata), em proteção dos transitórios integrantes da instituição.

3. O modelo alemão de crimes contra o Estado de Direito apresenta algumas inegáveis *vantagens*, que se sobrepõem aos problemas:

a) A tentativa de construir a proteção imprescindível do Estado de Direito e de suas instituições com os meios limitados de que dispõe o próprio do Estado de Direito – expressa sobretudo no §90b StGB –, sem erigir aparato de exceção e construindo contracautelas legais e interpretativas;

¹⁸⁸ Há pouco, no contexto americano, Cass Sunstein afirmou: “With the help of social media, falsehoods are increasingly credible, and they pose a serious threat to democratic aspirations” (SUNSTEIN, *Harvard Journal of Law & Technology* 33 (2020), p. 388 e ss., p. 390); ver FARKAS, Johan/SHOU, Jannick. *Post-Truth, Fake News and Democracy*, New York, 2019; por último, KUEHN, Kathleen/SALTER, Leon. Assessing Digital Threats to Democracy, and Workable Solutions: A Review of the Recent Literature, *International Journal of Communication* 14 (2020), p. 2549 e ss.

b) A limitada proteção jurídico-penal à honra individual de agentes públicos e a construção igualmente limitada de uma proteção mediata das instituições;

c) A prevalência da liberdade de expressão na opulenta jurisprudência do BVerfG, baseada em dogmática dos direitos fundamentais altamente desenvolvida, construindo um aparato conceitual que garante transparência às restrições a direitos fundamentais, protegendo com especial vigor as manifestações professadas no contexto do debate público;

d) A louvável e sincera tentativa de diminuir a indeterminação dos tipos penais existentes, sobretudo a partir do § 92 StGB, e a jurisprudência restritiva dos Tribunais;

e) A existência de discussão teórica aquecida e de amplo material sobre os novos desafios lançados pela digitalização e, sobretudo, pelas redes sociais, que sugerem a existência de novos métodos de agressão a bens jurídicos.

4. O *diagnóstico* não permite hesitação: *é imprescindível a proteção limitada do Estado de Direito por meio do Direito Penal*, reduzida à proteção do núcleo fundamental de *funcionamento real das instituições*, e livre da proteção da “honorabilidade” do Estado – que não deve ter lugar – e de seus membros – que deve ter lugar em outro setor. *O aspecto institucional deve prevalecer em face do aspecto individual*, cuja proteção deve estar reservada ao capítulo dos crimes contra a honra, limitada, como visto, por uma interpretação conforme os parâmetros da liberdade de expressão. A proteção jurídico-penal do Estado de Direito será tanto mais legítima e eficiente quanto mais reduzida ao relicário do que constitui o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido. Essa proteção não deve ativar mecanismo de exceção, tal como ocorre no modelo de segurança nacional: o Estado de Direito deve se proteger reafirmando as suas bases e reconhecendo as suas infranqueáveis fronteiras.

C. O desafio brasileiro

I. Premissa

1. Não é tarefa fácil cogitar da introdução de um modelo de proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal – sobretudo contra ataques discursivos – no Brasil. As vantagens e os problemas se escancaram após uma inspeção dos modelos internacionais vigentes, tal como se deu nesta Consulta, com foco no direito alemão. Não há, contudo, modelo pronto a ser desembaraçado em nossas alfândegas. *O desafio brasileiro é único*. Apesar da universalidade de elementos essenciais às ordens democráticas contemporâneas, cada democracia carrega a cruz de sua história, insere-se na urdidura de sua gestação e deve ser observada em sua conformação real. Elas, as democracias, não existem como weberianos “tipos

ideais”¹⁸⁹: se é verdade que todas as democracias podem morrer¹⁹⁰, é também verdade que elas não morrem da mesma morte. Os remédios institucionais hão de variar.

2. A *premissa* de que devemos partir para entabular um eventual debate *de lege ferenda* – pressuposta a não recepção da LSN¹⁹¹ –, queremos crer, repousa sobre bases sólidas no terreno nacional, e confirma o diagnóstico mais amplo acima apresentado: *as instituições do Estado de Direito devem gozar de proteção jurídico-penal no Brasil. Precisamos de uma Lei de defesa do Estado de Direito*. Esse consenso existe, até onde podemos ver, há algum tempo. Fragoso, na comunicação já citada em nome da OAB Nacional, afirmava: “É evidente que todo Estado deve-se proteger. Só o Estado democrático, no entanto, tem verdadeiramente legitimidade para punir os seus inimigos”¹⁹² – seguido, aqui, por Nilo Batista, que decretava ser “indispensável” essa proteção¹⁹³. O professor paranaense Munhoz Netto, em trabalho apresentado na relevante VII Conferência Nacional da OAB, em 1978, constataria: “O Estado não pode tolerar, sem negar-se a si próprio, a atividade dos que, valendo-se das liberdades que ele assegura, queiram terminar com a própria liberdade”¹⁹⁴. As iniciativas legiferantes de 2002 e de 2020, acima mencionadas (A., I.), partem igualmente dessa premissa, consolidando-a e aprofundando-a¹⁹⁵. Vê-se, entre nós, o germe do ideário da “democracia combativa” gestado no ventre de uma “democracia combalida” – muito ciente, porém, dessa sua frágil e específica condição¹⁹⁶.

3. Está posta a necessidade de proteção do Estado de Direito, também contra algumas espécies especialmente graves de ataques discursivos. A indagação mais profunda e delicada, de fato, parece estar não no “*se*”, mas no “*como*” dessa proteção, enfim, no desenho de sua conformação concreta, na construção dos seus limites. Aqui, enxergamos *cinco desafios* (abaixo, III.), que devem equilibrar uma *balança sutil* (abaixo, II.), de modo a ensaiar um *esboço* (abaixo, IV.).

¹⁸⁹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., 1980 (1ª ed.: 1921), Tübingen, p. 3, p. 9 ss.

¹⁹⁰ Como no título do festejado livro de LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*, New York, 2018.

¹⁹¹ Essa é a conclusão a que chegam Miguel REALE JR. e Alexandre WUNDERLICH, “Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil”, 2020, p. 73: “Diante do exame legislativo, é urgente a necessidade de intervenção em defesa do Estado de Direito, que se realizada por meio de suas Instituições Democráticas, com a natural superação da Doutrina de Segurança Nacional e do sistema legal de Segurança Nacional imposto no país, com a adoção de um Modelo de Proteção e Defesa do Estado de Direito”.

¹⁹² FRAGOSO, RDP 30 (1980), p. 5 e ss.

¹⁹³ BATISTA, Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte, p. 11 e ss., p. 13: instrumento “indispensável”.

¹⁹⁴ MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 19 (1978), p. 161 e ss., p. 169.

¹⁹⁵ O diagnóstico completo sobre a necessidade de superação da LSN pode ser encontrado no estudo anteriormente citado de WUNDERLICH, Crime Político, Segurança Nacional e Terrorismo, 2020, p. 85 ss.

¹⁹⁶ Sobre o conceito de “democracia frágil”, ver o conhecido e já citado estudo de ISSACHAROFF, *Fragile Democracies*, 2015.

II. Balança sutil: liberdade de expressão *no e contra* o Estado de Direito

1. A balança sutil pendula entre a prevalência e a natureza constitutiva da liberdade de expressão *no* Estado de Direito e a sua massiva utilização para corrompê-lo, ou seja, seu manejo *contra* o Estado de Direito. Apesar da alta patente que o STF reserva à liberdade de expressão em nossa sistemática – “irmã siamesa da democracia”, em plástica imagem disposta na ADPF 130 –, é preciso antever os perigos que rondam esse setor delicado da proteção das instituições contra ataques discursivos, sobretudo se em causa estiver uma visceral (e necessária) alteração legislativa. Convém apenas enunciar esses perigos, de modo a circunscrever o papel limitado do Direito Penal nesse setor¹⁹⁷. É preciso elaborar a proteção do Estado de Direito dentro do Estado de Direito¹⁹⁸.

2. “Liberdade de expressão é risco”, constatava o ex-juiz do Tribunal Constitucional alemão Masing¹⁹⁹ – e o Estado de Direito deve conviver com esse risco. A presunção em favor da liberdade de expressão no contexto do debate público deve ser levada a sério, desde que, naturalmente, estejam ausentes outros métodos de agressão acompanhantes, como violência, ameaça de violência ou coação. Essa presunção, que ilumina os crimes contra a honra (aspecto individual), deve orientar eventuais confecções de novos tipos penais contra o Estado de Direito (aspecto institucional). Não se deve reabilitar, sob nenhuma alegação, a desairosa ideia de “guerra psicológica adversa”²⁰⁰ ou um “dever genérico de cooperação dos cidadãos” (art. 86, Emenda n.1 à Constituição de 1967)²⁰¹ de que se valia o vetusto modelo de segurança nacional que vigeu em nosso país. Não se trata de garantir a “imagem” ou “honorabilidade” da instituição, nem de estabelecer pacifismo institucional ou subserviência a todo custo, mas de garantir o *funcionamento real* das instituições que servem à realização efetiva dos direitos

¹⁹⁷ FRAGOSO, RDP 30 (1980), p. 5 e ss., p. 8: “Constitui tarefa difícil e delicada, num regime democrático, demarcar com precisão a linha do abuso de manifestação do pensamento punível. O que caracteriza o regime democrático é precisamente a controvérsia e a livre manifestação de opiniões e de idéias”.

¹⁹⁸ Nosso diagnóstico já brevemente exposto em LEITE/TEIXEIRA/BORGES, em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-mentiras-criminosas/>: “Não transformemos a ‘irmã siamesa’ em inimiga capital, mas protejamos as instituições e o regime democrático”.

¹⁹⁹ MASING, JZ 2012, p. 585 e ss.

²⁰⁰ Art. 3º, § 2º da revogada L. 6.620/78: “A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais”. Cf. FRAGOSO, 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, 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, p. 11 e ss., p. 25 e ss.

²⁰¹ “Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional nos limites definidos em lei”; sobre isso, ver SEABRA FAGUNDES, Revista de Direito Público 30 (1974), p. 97 e ss.; ver também, menos crítico a esse respeito, embora ressaltasse a necessidade de combinar a ideia de segurança nacional com os “direitos individuais” e o “regime democrático”, LOPES MEIRELLES, Hely. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional, Revista de Direito Administrativo 125 (1976), p. 1 e ss., p. 11 e ss.

fundamentais dos cidadãos e à consecução dos objetivos da República. Um Estado de Direito cuida do “externo”, não do “interno”²⁰². Confinada a esse objetivo, a proteção será legítima e imprescindível.

3. Estamos, a rigor, em face da contradição, acima apontada, que habita o ideário da “democracia combativa”: a democracia – ou o Estado de Direito – que se protege demais, sobretudo por meio do Direito Penal, pode transmutar-se em sua antítese; ao revés, a democracia que permanece “indiferente” aos ataques – para valer-nos do conceito de Mannheim²⁰³ –, flerta com a ruína. Esse setor, em que o Estado *protege a si mesmo*, é revelador de seus vícios e de suas virtudes: é termômetro da paciência democrática, espelho da firmeza de suas convicções. É preciso, a todo custo, evitar o impasse: em nome da proteção institucional (ilimitada), vergasta-se a liberdade de expressão; em nome da liberdade de expressão (absoluta), vergasta-se a instituição que lhe garante, em última análise, sua eficácia real.

4. Também esse aspecto já rondou a discussão nacional. Nélon Hungria, em preleção publicada no vetusto “*Archivo Judiciario*” do “*Jornal do Commercio*” no ano de 1935, afirmou que o “Estado democrático”, ante as ameaças daquele tempo, “apega-se ao status quo como o caracol à sua voluta”. A “instintiva e absorvente preocupação com o autosalvamento” resultaria, contudo, em rompimento com princípios nucleares, valendo-se do Direito como “clava dos refratários do credo político oficial”, reprimindo as “mínimas manifestações de atividade anti-estatal”²⁰⁴. A advertência – a despeito das brumas que eventualmente sobrevoavam o ilustre penalista – guarda algum frescor e deve participar do debate do porvir. M. Seabra Fagundes, em outro contexto, apontaria para os perigos do instinto de autoproteção do Estado, que poderia desembocar em “fórmula insólita de defesa das instituições”²⁰⁵.

²⁰² Cf. MASING, JZ 2012, p. 585 e ss.; Loewenstein já havia advertido, em 1938: “The most important attitude of militant democracy -and that which transcends legislative action- is the will and the spirit of both the government and the people in democracies to survive”: LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II, *Columbia Law Review* 1938, p. 725 e ss., p. 774; sobre a “margem de vitória” da liberdade de expressão em face da “segurança nacional” ver COSTA NETO, Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional, 2014, p. 201, p. 319.

²⁰³ MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, 1951, p. 19

²⁰⁴ HUNGRIA, A Lei de Segurança, *Archivo Judiciario, Jornal do Commercio* n. XXXIV (1935), p. 61 e ss.; um discurso levemente diverso pode ser encontrado algumas décadas depois, valendo-se o eminente penalista – então Ministro do Supremo Tribunal Federal – do mesmo tom irônico quanto à “democracia liberal” brasileira: HUNGRIA, A criminalidade política no direito brasileiro, *Revista Forense* n. 188 (1960), p. 7 e ss. A respeito dos conceitos de democracia militante e de “jurisdição constitucional anticíclica”, cf. o estudo recente de PEREIRA SOUZA NETO, Cláudio. *Democracia em crise*, Rio de Janeiro, 2020, p. 255 e ss.

²⁰⁵ SEABRA FAGUNDES, , *Revista de Direito Público* 30 (1974), p. 97: “Sendo próprio do poder de qualquer teor se exacerbarem os seus titulares ante a mais leve das ameaças ao ‘status quo’, tal exacerbação se desmede mais ainda tratando-se do poder político, o maior deles, porque condicionador direto ou indireto dos demais do contexto social”.

5. A proteção jurídico-penal das instituições contra ataques discursivos deve, portanto, partir de resoluta compreensão da *preferência da liberdade de expressão em manifestações na esfera pública* – elemento que une a tradição americana²⁰⁶, alemã e a jurisprudência do STF²⁰⁷. Essa preferência cederá em casos específicos, naturalmente, mas deve constituir o ponto de arranque de qualquer reformulação. Força institucional não se demonstra lançando-se mão do Direito Penal ao primeiro sinal de febre democrática, muito ao revés: em regra, a instituição sólida deve sobreviver às invectivas discursivas mais mordazes, sem extrapolar os limites estabelecidos nas leis vigentes – essa altivez é seu traço verdadeiramente honorável²⁰⁸. Um recurso apressado ao Direito Penal pode até mesmo revelar tibieza, ou reabilitar, no seio mais radical, ideias cujo absurdo ou dislate falaria por si, produzindo efeito reverso, qual seja o de glorificar o seu emissor, que de néscio verter-se-ia em mártir²⁰⁹ – uma luta contra a Hidra de Lerna, na feliz imagem de Bickenbach²¹⁰. Aos que vituperam disparates, em regra, segue poena naturalis. A liberdade de expressão não é um privilégio de uma elite intelectual²¹¹, nem pressupõe lógica, coerência ou mesmo aderência constitucional²¹². Liberdade de expressão não exige têmpera. O pugilato franco de ideias é salutar, seja porque o pluralismo de ideias promove o “alcance da verdade” – como queria Mill²¹³ –, seja porque permite que as vertigens visionárias de minorias cultivem o sonho de se tornarem maioria – como, de certa forma, queria Kelsen²¹⁴

²⁰⁶ Cf. BARENDT, Freedom of Speech, 2005, p. 155 e ss.

²⁰⁷ Sobre o conceito de “posição preferencial”, cf. STF, Rel 22328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 06/03/2018. A respeito do papel das Supremas Cortes na defesa da democracia, ISSACHAROFF, *Fragile Democracies*, 2015, p. 275 e ss.

²⁰⁸ Cf. MÖLLERS, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2012, p. 111.

²⁰⁹ Foi o que aparentemente ocorreu no caso de David Irving, um inglês notório negacionista do holocausto, preso na Áustria em 2006 por proferir discursos de ódio. A autora americana Deborah Lipstadt, que escrevera em livro ser Irving um dos mais perigosos porta-vozes do negacionismo, afirmaria que a prisão dele o teria tornado em um “mártir da liberdade de expressão” (cf. LEWIS, *Freedom for the Thought that we Hate*, 2007, p. 161). Sobre o caso de Irving/Lipstadt, WARBURTON, Nigel. *Free Speech*, Oxford, 2009, p. 32 e ss.

²¹⁰ BICKENBACH, *DVBI* 2017, p. 149 e ss.

²¹¹ Assim, MÖLLERS, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2012, p. 18-19; da mesma forma, decididamente, HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht*, 2014, p. 44-45. Cf. também RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1995, p. 160 e ss., sobre a proteção do “bad speech” e da validação de “ways of life”.

²¹² Oscar Vilhena recorda do caráter “particularmente duro” de que esses embates públicos podem estar revestidos: VILHENA VIEIRA, *A batalha dos Poderes*, 2019, p. 35.

²¹³ MILL, John Stuart. *On Liberty*, Chapter II, in: *On Liberty and other essays*, Oxford, 2008 (Oxford World’s Classics), p. 20 e ss.; cf. SKORUPSKY, John. *Why Read Mill Today?*, New York, 2006, p. 56 e ss.; sobre Mill, SCHAUER, *UCLA Law Review* 57 (2010), p. 897 e ss.; cf. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, 1992, p. 6 e ss.; cf. também PORTO MACEDO, *Revista de Direito da GV-São Paulo* 13 (2017), p. 274 e ss.; sobre o “efeito resfriador” das limitações à liberdade de expressão ver BORGES, *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*, 2019, p. 370 e ss.; ver também SCHAUER, Frederik. *Fear, Risk and the First Amendment*, *Boston University Law Review* 58 (1978), p.685 e ss., IDEM. *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*, *SMU Law Review* 70 (2017), p. 231 e ss. e SUNSTEIN, *Harvard Journal of Law & Technology* 33 (2020), p. 388 e ss., p. 400 e ss.

²¹⁴ KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2ª ed., Tübingen, 1929 (reedição da Reclam, 2018), p. 132 e ss., p. 134, que, em seu “relativismo político” (p. 134) mencionava, contudo, os limites da “proporcionalidade” (p. 132). Dizemos “de certa forma”, porque a visão de Kelsen, segundo algumas leituras, parecia ir ainda mais longe (cf. PAPIER, Hans-Jürgen/DURNER, *AÖR* 2003, p. 340 e ss., p. 344); sobre a ideia de

–, mas sobretudo, em termos mais deontológicos, porque é direito fundamental sem o qual o regime democrático não pode ser pensado²¹⁵. Compõe o seu relicário – o regime democrático serve ao homem, e não o contrário²¹⁶. Daqui devemos partir.

6. O acento deve estar na potencialidade da manifestação discursiva e não violenta para *afetar sensivelmente o real funcionamento das instituições* mais relevantes para a ordem democrática – na mesma proporção em que atos de violência ou de ameaça de violência o fazem –, o que exigirá a superação de uma série de *desafios*, aqui apenas insinuados.

III. Cinco desafios

1. Desafio histórico-contextual

a) O primeiro desafio decorre da virulência dos *acontecimentos atuais*. Na ribalta, precisamente ataques discursivos organizados e massivos a instituições democráticas, açulados por grupos que se valem da liberdade ampliada que vigora nas redes sociais²¹⁷. A urgência é péssima conselheira em matéria penal, sobretudo se em causa estiver a própria sobrevivência do Estado. Sobriedade, técnica e parcimônia são imprescindíveis nesse setor irrevogavelmente atravessado pela política – daí ter merecido, no debate tedesco, o epíteto de “Direito Penal Político”. Munhoz Netto, em outro contexto, já o havia anotado: “Os momentos de paz e normalidade institucional são os mais adequados a uma revisão do regime jurídico dos crimes contra a segurança do Estado”²¹⁸.

“democracia como autocorreção”, RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy*, London, 2018, p. 133 e ss., p. 136; contra essa ideia mais relativista, como se sabe, MARCUSE, *Repressive Toleranz*, p. 93 e ss., p. 101 e ss.

²¹⁵ Fundamental a esse respeito, DWORKIN, *Freedom’s Law*, p. 195 e ss., p. 200 e ss., que recorda não serem as justificações “instrumentais” e “constitutivas” da liberdade de expressão necessariamente excludentes mutuamente (p. 201). Sobre justificações consequentialistas e deontológicas do direito de liberdade de expressão, COSTA NETO, *Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional*, 2014, p. 19 e ss.; cf. SEABRA FAGUNDES, *Revista de Direito Público* 30 (1974), p. 97 e ss., em que se pode ler: “A segurança não existe como uma abstração, isto é, por si e para si, porém, como instrumento para o bem coletivo”. A respeito das fundamentações “deontológicas” no Direito Penal, GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Staftheorie*, Berlin, 2009, p. 230 e ss.

²¹⁶ Cf. DI FABIO, *Herrschaft und Gesellschaft*, 2019, p. 160; da mesma forma, WILLMS, *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, 1962, p. 13 e ss. Essa ideia é fundamental para a construção de uma “sociedade aberta”, no sentido de POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, p. 61, p.186 e ss., p. 215 e ss.

²¹⁷ Como o ataque com fogos de artifício à sede do Supremo Tribunal Federal, aparentemente urdido na internet e anteriormente insuflado por ataques discursivos nas redes, amplamente noticiado (<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53058547>). Evidentemente, é incontestado o merecimento de pena de atos de violência ou coação em si. A questão mais delicada é a proibição de ataques discursivos desacompanhados desses métodos clássicos, ou, em outras palavras, a antecipação da tutela penal a esse estágio prévio. Cf. também, para ficar apenas com mais um exemplo da atualidade da temática, a ADPF 697 em andamento, cuja relatora é a Min. Carmen Lúcia, em que se discute a aplicação da LSN a cartunista e jornalista, que parodiaram o atual Presidente da República.

²¹⁸ MUNHOZ NETTO, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 19 (1978), p. 161 e ss.; ver também PORTO MACEDO, *Revista de Direito da GV-São Paulo* 13 (2017), p. 274 e ss., que menciona os perigos do “efeito de crise”.

b) A história da República de Weimar é, vez mais, didática a esse respeito. Antevendo os seus estertores e já em face de ataques veementes, foram editadas as chamadas *Republikerschutzgesetze*, de 1922 de 1930²¹⁹, enquanto as carpideiras nazistas gestavam os detalhes da tomada de poder urdida às claras e com esgar²²⁰. As Leis de Defesa da República – leis de exceção –, ao tempo em que confessavam o desespero e revelavam fragilidade, estiveram ocupadas em reafirmar a autoridade e a “honorabilidade” do Estado²²¹. O desfecho da história é conhecido.

c) A urgência da superação do modelo da vigente da LSN não nos deve fazer ignorar o fato de que, em primeiro lugar, não há como suportar lacunas no setor de defesa do Estado – por exemplo, contra atos violentos ou espionagem (hoje, eminentemente digital) –, e, em segundo lugar, deve ser construída uma atmosfera ampla que possibilite a construção de um modelo alternativo de defesa do Estado de Direito que possa ser superior ao que vigora, em autêntica *Aufhebung* hegeliana: superando o modelo anacrônico, mas conservando o indispensável, sobretudo em matéria de segurança externa²²². No aspecto interno, não se poder negar a existência de novas formas de ataques não violentos que devem merecer a atenção do debate público.

2. Desafio legal

a) O desafio *legal* é composto pela dificuldade de superação efetiva da vigente LSN, a L. 7.170/83, cuja necessidade de reforma é consabida desde a sua confecção, sem que tenha conduzido a nenhuma alteração legislativa nos últimos 37 anos. Essa renitência é eloquente e não deve ser subestimada. Nem sequer a Constituição de 1988 alterou esse quadro.

b) No aspecto *institucional* há, sobretudo, a permanência dos delitos de *propaganda* – que remetem ao Código do Império, em seu art. 99, que proibia a provocação de atentados contra instituições por meio de escritos “que se distribuem por mais de quinze pessoas”²²³. O

²¹⁹ Cf. SCHROEDER, *JR* 1979, p. 89 e ss.

²²⁰ Documentados na conhecida frase de Joseph Goebbels: “Será sempre um dos aspectos mais risíveis da democracia o fato de ela própria ter disponibilizado aos seus inimigos mortais os meios com os quais ela seria aniquilada” (“Das wird immer einer der besten Witze der Demokratie bleiben, dass sie ihren Todfeinden die Mittel selbst stellte, durch die sie vernichtet wurde”), in: *Der Angriff, Aufsätze aus der Kampfzeit*, 1935, p. 61 (o original seria do ano de 1933). Loewenstein atestaria o “cenário tragicômico” da República de Weimar no trato com os seus detratores: LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* Vol. XXXI, 1937, p. 417 e ss., p. 427.

²²¹ Cf. VOLKMANN, *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, 2019, p. 275 e ss.; WILLMS, *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, 1962, p. 6. Naturalmente, as Leis de 1922 e 1930 lutavam contra inimigo real, não se tratava apenas de um enobrecimento cosmético dos símbolos estatais; cf. SCHROEDER, *JR* 1979, p. 89 e ss.

²²² Nesse sentido, a advertência de Miguel REALE JR. e Alexandre WUNDERLICH, “Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil”, 2020, p. 77.

²²³ Com a distinção de que, aqui, a intenção era a de evitar concretamente a incitação de atos violentos descritos nos arts. 91, 92, 95, 95 e 96 daquele Código.

art. 22 IV da LSN proíbe a realização, em público, de “propaganda de qualquer dos crimes” previsto na Lei”, aumentando a pena se o crime ocorre “por meio de rádio ou televisão” (art. 22 §1º). A conspícua amplitude desse tipo penal dispensa digressão.

c) Além disso, tanto a LSN quanto o Código Penal brasileiro estão fortemente apoiados no *aspecto individual*, mais ligado à proteção da honra dos agentes públicos em si mesmo considerada. Essa proteção não assume o formato de proteção mediata das instituições – como ocorre, por vezes, no direito positivo alemão (§§ 90 e 188 StGB) – e, ao contrário do que sugere a compreensão difundida de que o contexto da crítica pública a agentes no exercício de suas funções diminui a necessidade de proteção da honra, é *mais forte* do que a de que gozam os cidadãos comuns: o art. 26 da LSN oferece *proteção adicional* aos ocupantes de alguns cargos²²⁴ e o Código Penal prevê pena maior às ofensas à honra do Presidente da República (art. 141, I CP) e dos funcionários públicos no exercício de suas funções (art. 141, III CP), além de proscrever a exceção da verdade na calúnia praticada contra o chefe do Poder Executivo (art. 138, 3º, II CP)²²⁵. Na Exposição de Motivos da LSN, de 7 de novembro de 1983, não se escondia ser essa proteção adicional “essencial ao regime” (p. 3)²²⁶. São reedições modernas 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”²²⁷.

d) O setor dos crimes contra o Estado de Direito, entre nós, teria de ser não pontual, mas *estruturalmente* reformulado – de ser submetido a uma verdadeira alteração de sinal –, ao lado de uma interpretação restritiva (ou mesmo reforma²²⁸) dos crimes contra a honra.

3. Desafio político-criminal

a) O parco desenvolvimento dogmático nesse setor convida a que se instaure uma *tensão político-criminal*. Essa tensão consiste na permanência do espírito autoritário e de exceção – ínsito ao modelo de segurança nacional –, sob novas vestes: a iniquidade não desaparece quando

²²⁴ “Art. 26 - 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. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga”.

²²⁵ Em Parecer apresentado pro bono ao Presidente da OAB Nacional, o Dr. Felipe Santa Cruz, os professores Daniel Sarmiento e Ademar Borges apontavam que esses dispositivos remetem à máxima “the king can do no wrong”. Ademar Borges, em sua tese doutoral, anotava, ainda, a timidez do STF a esse respeito, manifestada sobretudo no Inq 3555, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 21.11.2013; cf. BORGES, O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil, 2019, p. 163, p. 271 e ss.

²²⁶ Sobre a vigente LSN como “lei de transição”, que se referia, ainda, ao regime militar, cf. o elucidativo e já citado 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..

²²⁷ Como já havia percebido, BATISTA, Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte, p. 11 e ss., p. 24.

²²⁸ Na parte em que confere *maior* proteção legal a agentes públicos.

cometida em nome do Estado do Direito, antes revela que este talvez não vigorasse plenamente. Parece reter vigência a indagação de Batista: “Basicamente a pergunta é a seguinte: é possível uma boa lei de defesa do estado de direito *antes* de um bom estado de direito?”²²⁹. Daí a relevância de pontuar a presunção de prevalência da liberdade de expressão no contexto público.

b) Esse perigo se intensifica em razão de uma linha tênue facilmente trespassada nesse setor, já identificada no debate alemão: a formulação infeliz de tipos penais pode estimular o turvamento das linhas divisórias entre um *direito de polícia arrostador de perigos* (serviços de inteligência, “segurança nacional” e outros mecanismos preventivos)²³⁰ e *direito penal protetor de bens jurídico*, sobretudo a partir de uma excessiva antecipação da tutela penal a estágios prévios ao perigo e à lesão, tipificando autênticos atos preparatórios (a exemplo do §89 a StGB)²³¹. Ambientes extremos podem conduzir até mesmo ao menoscabo do brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*²³².

4. Desafio conceitual

a) Esse setor é especialmente fértil em *violações ao princípio da legalidade*²³³. Sob a égide de Lei anterior, de 1978, diagnosticou-se um “verdadeiro florilégio” de violações²³⁴. Os conceitos aqui manejados são, inevitavelmente, abertos: “Estado de Direito”, “democracia”, “princípios constitucionais”. Somem-se a esses conceitos os de “fake news”, “discurso de ódio” e outros. Não por outro motivo, o legislador alemão editou o § 92 StGB, já mencionado. Esse desafio de lege ferenda se conecta com os desafios histórico-contextual e político-criminal, na medida em que a urgência conduz a um material ainda mais impreciso e inacabado, estimulando a manutenção de um mecanismo de exceção²³⁵, ainda que batizado de “proteção do Estado de

²²⁹ BATISTA, “Pra que serve essa boca tão grande?”, p. 40.

²³⁰ Sobretudo entre nós, em que a linha divisória entre “inteligência” e “persecução penal” é ainda mais tênue (cf. GRECO, in: WOLTER. O inviolável e o intocável no direito processual penal, 2018, p. 30 e ss.); cf. também GRECO, Luís/LEITE, Alaor. Discussão no Supremo sobre o caso Coaf joga luz em lacuna legislativa, *Folha de São Paulo*, 19.11.2019, (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/discussao-do-supremo-sobre-caso-coaf-joga-luz-em-lacuna-legislativa.shtml>). A esse respeito, também com observações sobre os “serviços de inteligência” e o “órgão de proteção da Constituição” na Alemanha, BICKENBACH, *DVBl* 2017, p. 149 e ss.

²³¹ Ver o estudo de GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão, *Revista do Instituto de Ciências Penais* 5 (2020), p. 11 e ss.; sobre esse perigo no Direito Penal Político, SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, p. 483.

²³² A esse respeito, a advertência de MUNHOZ NETTO, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 19 (1978), p. 161 e ss., p. 169.

²³³ Entre nós, MUNHOZ NETTO, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 19 (1978), p. 161 e ss., p. 174 e ss.; na Alemanha, WILLMS, *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, 1962, p. 16, p. 33 e ss.; SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, p. 354 e ss.

²³⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, Rio de Janeiro, 2007, p. 78; cf. também BARROSO, *Revista de Estudos Criminais* 09/2003, p. 71 e ss., p. 72: “conceitos enigmáticos”.

²³⁵ Foi Carl Schmitt quem atestou serem esses “conceitos abertos”, indispensáveis a qualquer Estado, “úteis” em situações de exceção, também porque o Estado goza de uma “presunção de legalidade” na aplicação dos conceitos

Direito”²³⁶. Essa dificuldade é enfrentada por qualquer ordem jurídica que se ponha a regular esse setor: em Portugal, por exemplo, surge igualmente a necessidade de definir o conceito de “Estado de Direito constitucionalmente estabelecido” utilizado pelo legislador, por exemplo, no art. 325²³⁷.

b) O *desafio conceitual* brasileiro, se não é insuperável, é penoso, e exige um esforço conjunto de alto rigor analítico, que fuja das confortáveis platitudes e arengas. Sobretudo os elementos mínimos, aqueles passíveis de serem qualificados como essenciais e indispensáveis para o real funcionamento de um Estado de Direito, teriam de ser previamente estabelecidos em legislação²³⁸ – conviria partir de um modesto “minimalismo democrático”²³⁹.

c) De lege lata, esse dilema já se apresenta, na medida em que a jurisprudência do STF, ao interpretar os arts. 1º e 2º da atual LSN, neles enxerga dois requisitos cumulativos que iluminam (e limitam) os tipos penais específicos: além da “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”²⁴⁰ – com o que se segue a pergunta pela definição desses conceitos amplíssimos. Aqui, exige-se mais do que declamações esotéricas em favor de uma proteção absoluta (mas insincera) da liberdade de expressão ou uma apaixonada (mas retórica) defesa incondicional das instituições, próprias de outros modelos de Estado. Para valer-se de mais um conceito weberiano, seria salutar uma espécie “desencantamento”²⁴¹ da discussão para formular

às situações de crise que irrompem: SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 2005, p. 33. Contrariando – como anota BENNHOLD. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, 1966, p. 2 – assim, máxima de Montesquieu, lembrada por Feuerbach (in: *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats*, Erfurt, 1798, p. 1), segundo a qual “nada seria mais perigoso para um Estado do que fossem os delitos de lesa-majestade indeterminados”.

²³⁶ Cf., sobre “conceitos maleáveis” nesse setor, STONE, *Indiana Law Journal* 89 (2009), p. 939 e ss., p. 955: “Malleable principles, open-ended balances, and vague standards may serve us well in periods of tranquility, but they are likely to fail us when we need the Constitution the most”.

²³⁷ A definição pode ser encontrada, em suas linhas fundamentais, na Constituição da República portuguesa, em seu art. 2º: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

²³⁸ MUNHOZ NETTO, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 19 (1978), p. 161 e ss., p. 165: “Se o Estado de Direito é, em substância, o que respeita as liberdades individuais, importa fixar-lhe o conteúdo. Trata-se de preliminar importante para estabelecer, axiologicamente, os bens e interesses, para cuja realização o poder público deve, a um só tempo, auto-limitar a sua ação repressora e dispensar-lhes eficiente tutela jurídica”; uma tentativa de construir um conceito menos pretensioso de Estado de Direito em SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, p. 528 e ss.

²³⁹ Seguindo o “minimalismo conceitual” de MÖLLERS, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2012, p. 20.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Apenas no sentido de abandonar algumas “devoções” verificadas no debate; sobre o conceito de Weber, WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1980, p. 308.

uma proposta legislativa sólida. É preciso, a todo custo, que o legislador do porvir evite as “indeterminações evitáveis” – na feliz designação de Greco²⁴². Auxilia observar as experiências estrangeiras.

5. Desafio jurídico-dogmático

a) O desafio *dogmático* deve traduzir em boa técnica as cautelas antes abordadas. A impressão, contudo, é de que os tipos penais desse setor existem para ser ativados em momentos dramáticos e extremos, sem que a doutrina sobre eles se debruce em “tempos normais”. Em vão procuraremos profundos estudos monográficos nacionais a respeito das categorias dogmáticas envolvidas nesse setor²⁴³.

b) Aqui, há muito a fazer. Seria preciso elaborar o método de agressão, a estrutura de delito adequada – provavelmente sob a forma de “delito de aptidão” ou de “perigo abstrato-concreto” – e, possivelmente, formular uma cláusula de restrição que poderia traduzir-se em “elemento da valoração global”²⁴⁴ ou em cláusula de “adequação social”²⁴⁵. O bem jurídico protegido teria de ser meticulosamente concretizado, em face da sua enorme abstração²⁴⁶. O fundamental, a esta altura, é afirmar a desnecessidade e o caráter de uma diminuta, mas perniciosa Parte Geral própria – como há na vigente LSN –, de modo a evitar uma dogmática de exceção²⁴⁷ para esse setor. O locus dos crimes contra o Estado de Direito deve ser, idealmente, o Código Penal²⁴⁸.

²⁴² GRECO, Luís. Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen - Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (www.zis-online.com) 11/2018, p. 480.

²⁴³ Sobre esses dilemas dogmáticos, em detalhe, SCHROEDER, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, p. 293 e ss.

²⁴⁴ Descobertos por ROXIN, Claus. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., Berlin, 1970 (1ª ed.: 1958). No Brasil, HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, São Paulo, 2016, p. 27 e ss., p. 51 e ss.; cf. também LEITE, Alaor. *Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 2017, p. 759 e ss.

²⁴⁵ Primeiro posicionamento em WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts, *ZStW* 58 (1939), p. 491 e ss.; o último posicionamento do autor em: *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 55 e ss. No Brasil, cf. MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Adequação social e Direito Penal*, São Paulo, 2011.

²⁴⁶ De modo a construir o que Hefendehl chamou de “relação funcional com o bem jurídico”, especialmente difícil nesse setor, como constatava o próprio autor alemão: HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, p. 358; uma tentativa de adequar esse setor à necessidade de proteção de bens jurídicos já em SCHROEDER, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, p. 478 e ss.

²⁴⁷ FRAGOSO, RDP 30 (1980), p. 5 e ss., p. 6: “Os crimes contra a segurança do Estado devem voltar ao Código Penal. O sistema de leis especiais para repressão desses crimes surgiu para submetê-los a disciplina especial, abandonando garantias elementares do direito e do processo penal, em nome de suposta repressão mais eficaz. Isso é profundamente antidemocrático e termina por conduzir a um terrorismo penal”; ver também BATISTA, Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte, p. 11 e ss.

²⁴⁸ O Código de 1830 (Título I, art. 68 e ss.) e o Código de 1890 (Título I, art. 87 e ss.) previam em seu bojo os crimes contra a existência do Estado.

IV. Um esboço conclusivo

1. Este brevíssimo *esboço* deve conjugar a experiência estrangeira, sobretudo a alemã, a respeito da proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal (acima B.), com as especificidades do desafio brasileiro (acima, C. I, II. e III.). Essa conjugação deve ser iluminada pela distinção entre aspecto individual e aspecto institucional, acima desenvolvida (B. I.). Naturalmente, pressupõe-se aqui o abandono do modelo vigente da LSN, cuja necessidade foi exaustivamente demonstrada em outra Consulta²⁴⁹.

2. O aspecto *individual*, de proteção da honra dos agentes públicos, *não deve participar* do capítulo da proteção do Estado de Direito. Nesse setor, são suficientes os crimes contra a honra, que devem, ainda, ser interpretados restritivamente à luz do “efeito retroalimentador” do direito fundamental à liberdade de expressão, que adquire prevalência quando exercido no contexto do debate público²⁵⁰. Uma reforma pontual (e redutora) dos crimes contra a honra – sobretudo dos art. 141, I e III e 138 § 3º CP – fosse, talvez, bem-aventurada.

3. O foco deve estar no aspecto *institucional*, na imprescindível proteção direta das instituições em si contra ataques discursivos massivos que tenham aptidão para afetar o seu real funcionamento. Uma proteção mediada pela proteção da honra de pessoas individuais não parece necessária. Essa proteção direta deve ser, a nosso juízo, ainda *mais restrita* do que a existente atualmente na Alemanha, ambiente em que a jurisprudência assume o papel de restringir consideravelmente âmbito de aplicação de algumas normas de duvidosas legitimidade e extensão, como se viu. O § 90b StGB, o ultraje ou vilipêndio contra órgãos constitucionais, parece ser um bom ponto de partida, embora não se indique a sua transposição pura e simples, mas um retrabalho de sua ideia estruturante, fincado no cenário brasileiro. O setor da proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal é telúrico por natureza²⁵¹.

4. Nossa intuição, a ser lapidada, é a de que o método de agressão deve assumir mais robustez a depender do nível em que nos encontramos: se individual, se grupal ou se institucional (acima, B., I.). Há uma *proteção escalonada* desses níveis. Em face do bem jurídico individual “honra”, no aspecto individual, métodos de agressão menos robustos não de ser suficientes (ofensas etc.). Em face do nível grupal – em que ou a dignidade das pessoas

²⁴⁹ Dos Profs. Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, já citado.

²⁵⁰ Sobre a necessidade de filtragem constitucional de tipos penais, em geral, ver a valiosa e já citada monografia de BORGES, O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil, 2019 e, já anteriormente, o trabalho fundamental de FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal (A Constituição Penal), Porto Alegre, 2012.

²⁵¹ Backes recorda da frase de v. Weber: “O Direito Penal Político apresenta-se como uma função do correspondente regime de Estado vigente” (BACKES, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970, p. 11).

enquanto pessoas é atingida pelo ataque ao grupo a que pertencem, ou a “paz pública” como “bem jurídico” é afetada²⁵² –, o método de agressão deve assumir uma concretude maior, sem, contudo, ser exagerada: afinal, esse grupos não são capazes de autodefesa e, ademais, a sua proteção visa mediatamente proteger um bem jurídico individual. Quando se chega ao nível *institucional* – o que aqui nos interessa –, vê-se que o método de agressão deve ser de *robustez bastante acentuada*, na medida em que há fluidez quanto ao bem jurídico coletivo protegido (“abalo do funcionamento da instituição”) e as instituições são capazes de autodefesa, sem haver necessidade de recurso imediato ao Direito Penal. Quando esse abalo real ocorrer, contudo, ele assume *grande gravidade*, pela importância da instituição para a consecução das finalidades do Estado de Direito. Essa intuição deve ser desenvolvida e ser traduzida, a nosso ver, nos eventuais tipos penais, cujo alcance deve ser restrito²⁵³.

5. Uma ideia inicial seria a de, partindo dos métodos clássicos de agressão (violência, ameaça de violência, coação), identificar se as *novas formas de ataques discursivos* possibilitadas pela digitalização da comunicação, por suas características próprias, *equivalem* aos métodos clássicos, que devem ser coibidos de forma incontestável. Ninguém parece duvidar que a utilização de violência (ou ameaça de) ou de coação contra o Parlamento ou contra a Corte Suprema, de modo a tumultuar fisicamente o funcionamento das instituições – a impedir uma votação, por exemplo –, deve estar proibida penalmente, tal como ocorre, por exemplo, nos §§ 105 e 106 StGB, no art. 333 do Código Penal português e como já era previsto, entre nós, nos arts. 91 e seguintes do Código Penal do Brasil Império, de 1830. É natural que os métodos de agressão evoluam conceitualmente. Mesmo em torno do conceito de “violência” em sentido jurídico-penal houve enorme discussão a respeito da necessidade de sua reformulação – ou “espiritualização” –, sobretudo nos casos de protestos²⁵⁴. Também se pode observar no debate alemão que, em face de instituições – seja na proteção mediata, seja na proteção imediata –, o método de agressão assume maior robustez, se comparada às ofensas suficientes para o crime de injúria contra a honra individual: fala-se em “insulto”, “vilipêndio”, “ultraje”, “depreciação hostil”.

²⁵² Sobre as dificuldades do termo “paz pública” nesse contexto, MASING, JZ 2012, p. 585 e ss., p. 588 e ss.; cf. as considerações gerais do ex-Juiz do Bundesgerichtshof alemão, FISCHER, Thomas. Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, *NSStZ* 1988, p. 159 e ss.

²⁵³ Fragoso fala em “manifesta ofensa a valores concretos relativos à honra e à paz pública”, e complementa: “Na perspectiva da defesa do Estado a tarefa se torna ainda mais delicada”: FRAGOSO, *RDP* 30 (1980), p. 5 e ss., p. 8. O saudoso penalista parecia reconhecer as especificidades do aspecto institucional.

²⁵⁴ No final da década de 50 do século XX, a discussão sobre os casos de coação contra o Parlamento foi retomada em face de uma onda de protestos políticos, que sugeriram a revisitação dos métodos de agressão “coação” e “violência”; cf. o estudo monográfico de GEILEN, Gerd. *Der Tatbestand der Parlamentsnötigung* (§ 105 StGB), Bonn, 1957, p. 1 e ss., p. 87 e ss. Sobre a evolução de método de agressão, para além da violência, BENNHOLD, *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, 1966, p. 5 e ss.

6. O caminho seria o de identificar as *características* do novo veículo por meio do qual os ataques discursivos são realizados – as redes sociais –, de modo a isolar os elementos que fazem com que esse ataque assuma potencialidade lesiva semelhante aos métodos clássicos, fazendo com que a presunção em favor da liberdade de expressão excepcionalmente ceda. Candidatos seriam a *capilaridade* de difusão, a *permanência* e *virulência* dos ataques e o *descolamento* do debate original ensejador da contenda, o que os diferenciariam, inclusive, dos ataques verbais feitos em “escritos” comuns anexados ao próprio automóvel, cartazes ou em reuniões públicas – casos que o legislador do passado tinha em mente²⁵⁵.

7. A partir dessa proteção escalonada, é possível indicar alguns pontos:

a) O método de agressão deve estar restrito, já no plano legal, a atuações *organizadas*²⁵⁶ – com foco na cúpula e nos financiadores²⁵⁷ –, ou seja, a empreendimentos coletivos cuja destinação máxima (ou mesmo única) seja a de destruir ou abalar sensivelmente o funcionamento de uma instituição imprescindível para o Estado de Direito. A atuação individual ou em grupelhos inócuos deve ficar de fora, e estará abrigada pela presunção em favor da liberdade de expressão, ressalvada a proteção da honra individual dos atingidos. Haveria uma espécie de cláusula de equivalência aos métodos clássicos (violência ou coação) – de modo a exigir “aptidão” do método de agressão, um “salto qualitativo” que afaste a presunção em favor da liberdade de expressão para os casos em que se tencione organizadamente destruir uma instituição responsável, inclusive, pela garantia real do direito de liberdade de expressão. Esse aspecto organizativo estará em regra atendido se a “pedra vem de dentro”, isto é, do seio de um dos Poderes, cuja aptidão para lesionar o bem, decorrente da capilaridade da atuação e da legitimidade que o timbre áulico confere, é inconteste – e merece maior reprovação. Aqui, parece haver uma conexão com a ideia de “especial acesso ao bem jurídico”, utilizada para explicar a maior reprovação existente nos chamados delitos especiais ou próprios²⁵⁸.

²⁵⁵ Em Portugal, há a figura, cujos contornos são de difícil determinação, da perturbação ilegítima do funcionamento dos órgãos constitucionais por meio de “tumultos, desordens ou vozearias” (art. 334). O legislador ainda tinha em mente uma perturbação “física”. Convém repensar a questão com os olhos atuais.

²⁵⁶ Sobre o conceito de “organização”, MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no Direito brasileiro, Coluna Penal em Foco, Jota, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019>; sobre o elemento organizativo no Direito Penal Político, na Alemanha, ROGGEMANN, JZ 1992, p. 934 e ss., p. 939 e ss.; essencial a esse respeito, BACKES, *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970, p. 187 e ss.

²⁵⁷ O art. 22 § 2º LSN apenas estende o tipo do caput a “quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda”.

²⁵⁸ A esse respeito, nosso GRECO, Luís/ HORTA, Frederico/LEITE, Alaor/TEIXEIRA, Adriano/QUANDT, Gustavo. Parte Geral do Código Penal, São Paulo, 2018, p. 44 e ss.

b) Ainda no plano legislativo, seria salutar uma norma interpretativa similar ao § 92 StGB, com uma definição legal e reduzida do que pode “abalar o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido” – para usar o conceito do direito português – ou a “ordem democrática fundamental”. Essa norma visa a assegurar que os contornos do Estado de Direito não sejam desenhados pelas epifanias palacianas dos governos de ocasião, mas, sim, determinados de maneira permanente a partir do que consta da Constituição – como, aliás, já o havia afirmado o STF, no ano de 1967, em passagem de apavorante atualidade e de reconfortante lucidez do Min. Aliomar Baleeiro²⁵⁹. O funcionamento do Estado de Direito deve ser garantido contra ataques discursivos apenas em seu *cerne*. Seria prudente, ademais, manter uma norma expressa, uma cláusula de segurança exegética, excluindo a incidência do tipo pela mera manifestação de ideias ou doutrinas (já existente na LSN, art. 22, §3º), de modo a reforçar a presunção de prevalência da liberdade de expressão²⁶⁰. Talvez fosse o caso, por fim, de oferecer uma “desistência de um delito consumado” – uma via de retorno à legalidade, de arrependimento –, de modo a desarticular a organização²⁶¹. Afinal, não se está diante de violência ou coação, de modo que a pena criminal pode ser, aqui, evitada. Todos esses temas permanecem pendentes de ulteriores reflexões.

c) No plano interpretativo, em face da existência de uma inegável autoproteção, seria preciso verificar o “comportamento institucional” – uma espécie de “vitimodogmática” institucional, para valer-se da categoria cunhada pelo penalista alemão Schünemann²⁶² –, ou seja, se naquele caso específico a Corte ou um de seus integrantes, por exemplo, transcendeu o seu mister e ingressou no terreno beligerante de pautas públicas controvertidas e alheio ao

²⁵⁹ No RE 62.731, julgado em 23 de agosto de 1967, sobretudo no seguinte trecho: “A apreciação dos casos de ‘urgência’ ou de ‘interesse público relevante’, a que se refere o artigo 58, da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da Republica, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso. 2. Mas o conceito de ‘segurança nacional’ não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. ‘Segurança nacional’ envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto”.

²⁶⁰ O STF, em decisão relatada pelo Min. Aliomar Baleeiro e à época presidido por Evandro Lins e Silva, excluiu a aplicação do art. 11 a) da LSN então vigente (L. 1.802/53) em caso de professor particular que oferecia aulas sobre a teoria marxista, reforçando que a manifestação de ideias tinha se dado em “situação privada” e que haveria uma proteção vigorosa da “divulgação de doutrinas” (STF, RC 1082, julgado em 21.5.1968). Interessante, a esse respeito: STF, AC n. 1445/SP, julgada em 12.12.1950, sobre a proteção da manifestação de ideias “subversivas”.

²⁶¹ Algo próximo, a rigor – se bem que para delito específico –, já propusera BATISTA, “Pra que serve essa boca tão grande?”, p. 34 e ss., p. 39.

²⁶² SCHÜNEMANN, Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil, in: SCHÜNEMANN (org.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim, 2002, p. 62 ss.; IDEM, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, in: VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (org.), *Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 31 ss.

funcionamento da instituição²⁶³. O que se quer proteger, afinal, é o exercício real das funções cometidas àquela instituição. Esse elemento indica a *imprescindibilidade* da proteção das instituições por meio do Direito Penal, de um lado, e, de outro, circunscreve-lhe os *limites*. A proteção deve ser reduzida em sua extensão, mas vigorosa em caso de interferência real no funcionamento de instituições democráticas. Aqui se vê a diferença entre proteção institucional e proteção grupal (em geral, de minorias desprotegidas). Naturalmente, remanesce a proteção à honra individual e à integridade física, nos termos existentes no Código Penal²⁶⁴.

d) Uma maior precisão quanto aos contornos do elemento “funcionamento da instituição” seria igualmente salutar. No caso do Poder Judiciário – cuja independência é condição de funcionamento do Estado de Direito –, afigurar-se-ia possível concretizar esse “abalo institucional” a partir da ideia de “exequibilidade das decisões” ou de “legitimidade decisória”: um *ataque discursivo* organizado que vise a abalar a exequibilidade (ou legitimidade) em si de decisões judiciais (não o conteúdo decisório ou a “dignidade da Corte”), insuflando, por exemplo, por meio de informações falsas ou ultrajes o seu desrespeito massivo, talvez adquirisse robustez como método de agressão. A penalista alemã Hörnle, em artigo a respeito da neutralidade da e confiança no Poder Judiciário, pontuou que um “elemento de um efetivo Estado de Direito é que o objetivo de encerrar conflitos por meio de decisões judiciais não seja apenas almejado, mas efetivamente alcançado”²⁶⁵. Conviria desenvolver essa ideia no setor dos crimes contra o Estado de Direito – sobretudo na repressão a ataques discursivos –, de modo a desenhar a necessária proteção do Poder Judiciário por meio do Direito Penal, sem abandonar a premissa segunda a qual a liberdade de expressão deve ter prevalência presumida no contexto do debate público de ideias. Esta, a balança sutil.

²⁶³ Sobre a expansão da atuação das Cortes Constitucionais, sobretudo a respeito do caso brasileiro, VILHENA VIEIRA, A batalha dos Poderes, 2019, p. 161 e ss.

²⁶⁴ Lewis narra que os ataques à Supreme Court teriam aumentado ferozmente, à medida em que a Corte assumia protagonismo em pautas públicas controversas, submetendo seus juízes, em casos extremos, a “perigos físicos”, que devem ser evidentemente coibidos. O autor cita a frase do Justice Holmes: “We are very quiet here, but it is the quiet of a storm center” (cf. LEWIS, Freedom for the Thought that we hate, 2007, p. 187).

²⁶⁵ HÖRNLE, Tatjana. Warum Vertrauen in die Neutralität der Justiz ein schützenswertes Verfassungsgut ist, Jan/2017, in: <https://verfassungsblog.de/warum-vertrauen-in-die-neutralitaet-der-justiz-ein-schuetzenswertes-verfassungsgut-ist/>. Ela anota, ainda, que, em sociedades fragmentadas, é papel do Poder Judiciário demonstrar, também para fora, as suas independência e neutralidade. Sobre a incitação à desobediência de leis (não de decisões judiciais), cf. também o artigo 330.º do Código Penal português, que prevê o incitamento à desobediência colectiva: “1 - Quem, com intenção de destruir, alterar ou subverter pela violência o Estado de direito constitucionalmente estabelecido, incitar, em reunião pública ou por qualquer meio de comunicação com o público, à desobediência colectiva de leis de ordem pública, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 – Na mesma pena incorre quem, com a intenção referida no número anterior, publicamente ou por qualquer meio de comunicação com o público: a) Divulgar notícias falsas ou tendenciosas susceptíveis de provocar alarme ou inquietação na população; b) Provocar ou tentar provocar, pelos meios referidos na alínea anterior, divisões no seio das Forças Armadas, entre estas e as forças militarizadas ou de segurança, ou entre qualquer destas e os órgãos de soberania; ou c) Incitar à luta política pela violência”.

D. Resposta

As conclusões específicas e os seus respectivos fundamentos desfilam pela Consulta (cf. sobretudo acima B., V.). A análise panorâmica dos crimes contra o Estado de Direito na experiência comparada, sobretudo na alemã, conduziu-nos às seguintes conclusões de natureza mais geral, já com as lentes voltadas ao debate nacional:

I. A inadiável superação do modelo da segurança nacional impõe a edificação de um modelo alternativo de proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal.

II. Essa proteção é necessária, mas estará limitada pelos próprios fundamentos do Estado de Direito: proteção *do* Estado de Direito *no* Estado de Direito.

III. Ataques discursivos “não violentos” podem ser excepcionalmente alcançados por tipos penais protetores do Estado de Direito, desde que respeitados os parâmetros acima desenhados (C.). Doutro modo, ingressar-se-á injustificadamente no direito fundamental à liberdade de expressão.

Estes são os resultados a que chegou esta Consulta.



Alaor Leite

Doutor e mestre (LL.M.) pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Docente assistente junto à cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt, de Berlim, Alemanha. Professor visitante do Doutorado da UFPR (2020). Membro Consultor da Comissão de Estudos de Direito Penal da OAB Nacional (2019-2022). Consultor (OAB/PR 50.801).



Adriano Teixeira

Doutor e mestre (LL.M) em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas São Paulo. Consultor (OAB/MG 167.472).