



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

João Gabriel Fava de Matos Pombo

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O
DISCURSO NEGACIONISTA:
QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE E
PROPORCIONALIDADE DA INCRIMINAÇÃO**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais,
orientada pela Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira
Antunes e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Julho de 2019

*A Liberdade de Expressão e o Discurso Negacionista:
Questões de constitucionalidade e
proporcionalidade da incriminação*

*Freedom of Speech and the Denialist Discourse:
Issues of constitutionality and
proportionality of incrimination*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a
orientação da Sr.ª Professora Doutora Maria João da Silva
Baila Madeira Antunes.*

João Gabriel Fava de Matos Pombo

Coimbra, 2019

AGRADECIMENTOS

A gratidão é a memória do coração, dizem...

Agradeço, por isso, aos meus pais, José e Alexandrina, pelos melhores valores transmitidos e por tudo o que sou.

Ao meu irmão Luís, referencial de superação e manancial de talento.

À Lígia, farol, bússola, inabalável baluarte de todos os dias.

Ao João, ao Guilherme, ao Fábio, pela partilha de lar e companheirismo.

Ao Álvaro, à Joana, ao David, ao Francisco, família eleita para esta caminhada.

A todos os amigos com que esta cidade me presenteou, companheiros inigualáveis de jornada (Miguel, Marcelo, João, Rita, Luís, Diogo, Leandro, Pedro, et alli ...).

Last but not least, um agradecimento especial à Sr.^a Doutora Maria João Antunes pelas ilustres lições e influência na defesa de um Direito Penal liberal.

“O crime de pensar não implica a morte. O crime de pensar é a própria morte.”

George Orwell, *in 1984*

“A história é a matéria-prima para as ideologias nacionalistas ou étnicas ou fundamentalistas, tal como as papoilas são a matéria-prima para o vício da heroína”.

Eric Hobsbawm, *in “Sobre História”*

“Aprender com a experiência dos outros é menos penoso do que aprender com a própria.”

José Saramago

Resumo:

O presente estudo versa sobre um ponto de contacto da relação entre a disciplina do Direito Penal e a Constituição da República, qual seja: as proibições constitucionais de incriminar. Concretamente, reportamo-nos à proibição constitucional de incriminar em matéria de liberdade de expressão e à sua necessária concordância com a existência de um crime autónomo de *negacionismo*.

Que resposta deve oferecer o Direito Penal aos cidadãos que *negam* a existência do Holocausto ou de outros factos históricos comprovados? Essas afirmações devem ser reprimidas e objecto de sanção estatal ou, pelo contrário, devem encontrar o seu campo de expressão no livre debate de ideias, achando-se, pois, a coberto da liberdade de expressão?

A legislação *negacionista* suscita relevantes questões quanto ao fenómeno de expansão que o Direito Penal tem registado, bem assim quanto ao valor protegido e à *necessidade* de tutela penal que o mesmo demanda.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; liberdade ideológica; *negacionismo*; criminalização; constitucionalidade; proporcionalidade; *discurso de ódio*; bem jurídico.

Abstract:

The present study deals with a point of contact of the relationship between the subject of Criminal Law and the Constitution of the Republic, namely: the constitutional prohibitions of incrimination. In particular, we report on the constitutional prohibition of incriminating in the field of freedom of speech and its necessary agreement with the existence of an autonomous crime of *denialism*.

Which response should Criminal Law give to citizens who *deny* the existence of the Holocaust or other proven historical facts? Should such statements be repressed and the object of sanctions by the state, or, should they find their field of expression in the free debate of ideas, and therefore be covered by freedom of speech?

The *denialist* legislation raises important questions about the phenomenon of expansion that the Criminal Law has registered, as well as about the protected interest and the *need* for criminal protection that such an interest demands.

Keywords: Freedom of speech; ideological freedom; *denialism*; criminalization; constitutionality; proportionality; *hate speech*; protected interest.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- Ac.** - Acórdão
- AG** - Assembleia Geral
- Al.** - Alínea
- Art.** - Artigo
- BGH** - *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça alemão)
- BVerfG** - *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão)
- CE** - Constituição Espanhola
- CEDH** - Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Cf.** – Conferir
- CIDH** - Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CIEDR** - Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
- CP** - Código Penal
- CPE** - Código Penal espanhol
- CRP** - Constituição da República Portuguesa
- DUDH** - Declaração Universal dos Direitos Humanos
- e.g.* - *Exempli gratia*
- Et al.* - “*et alii*” (“*e outros*”)
- FRA** - *European Union Agency for Fundamental Rights* (Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia)
- HRW** - *Human Rights Watch* (Observatório dos Direitos Humanos)
- i.e.* - “*id est*” (“*isto é*”)
- ONG** - Organização não governamental
- ONU** - Organização das Nações Unidas
- Op. Cit.* – *Opus citatum* (obra citada)
- P./ pp.** - Página / páginas
- PIDCP** - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
- ss.** - seguintes
- STC** - Sentença Tribunal Constitucional (espanhol)
- STE** - Supremo Tribunal espanhol

StGB - *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão)

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TCE - Tribunal Constitucional espanhol

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRP - Tribunal da Relação do Porto

v. - “*vide*”

v.g. - *Verbi gratia* (“*por exemplo*”)

VStGB - *Völkerstrafgesetzbuch* (Código Penal Internacional alemão)

* O presente estudo não foi redigido à luz do novo Acordo Ortográfico.

Índice

§ Introdução.....	10
§ Capítulo I - A Liberdade de Expressão.....	14
1. O Direito fundamental à liberdade de expressão	14
1.1. A liberdade de expressão e a liberdade de pensamento	15
1.2. A liberdade de expressão e a liberdade ideológica	16
2. A liberdade de expressão como <i>direito relativo</i>	18
3. Proibições ou imposições constitucionais de tutela penal?	19
4. A proporcionalidade das restrições à <i>liberdade de expressão</i>	24
4.1. Generalidades	24
4.2. O teste da proporcionalidade.....	25
5. O bem jurídico	26
5.1. A “ <i>dignidade humana</i> ”	28
5.2. A “ <i>paz pública</i> ”	29
5.3. Outros bens jurídicos	30
§ Capítulo II - O crime de <i>negacionismo</i>.....	32
1. O Surgimento	32
2. A União Europeia	33
3. Explicitação do crime	34
3.1. Distinção do <i>revisionismo</i>	34
3.2. Explanação	35
3.3. Formulação legal.....	36
3.4. O tipo de ilícito	37
3.5. “ <i>Publicamente</i> ”	38
3.6. Condições de punibilidade	38

§ Capítulo III - A Constitucionalidade da incriminação à luz da liberdade de expressão.....	40
1. Entendimento dos Tribunais Nacionais	40
1.1. A “ <i>mera negação</i> ” e a “ <i>adesão valorativa</i> ”	40
1.2. As “ <i>meras afirmações</i> ” e os “ <i>juízos ofensivos</i> ”	42
1.3. A “ <i>manifestação de uma opinião</i> ” e a “ <i>afirmação de um facto</i> ”	43
1.4. A “ <i>negação</i> ” e a “ <i>justificação</i> ”	44
1.5. A “ <i>negação</i> ” e a “ <i>apologia</i> ”	45
1.6. A “ <i>negação</i> ” e a “ <i>incitação</i> ”	47
1.7. A exigência de um “ <i>elemento adicional</i> ”	47
2. Entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)	51
2.1. O <i>art. 10.º CEDH</i> e o <i>art. 17.º CEDH</i>	51
2.2. “ <i>Factos históricos claramente estabelecidos</i> ”	54
2.3. Críticas à formulação	55
§ Capítulo IV - Problemas da incriminação	58
1. A questão do bem jurídico	58
1.1. A lesão de bens jurídicos.....	58
1.2. A dificuldade de escolha do bem jurídico.....	60
1.2.1. “ <i>A protecção da verdade histórica</i> ”	60
1.2.2. “ <i>Evitar um clima favorecedor de condutas discriminatórias</i> ”	61
1.2.3. A “ <i>paz pública</i> ”	62
1.2.4. “ <i>A dignidade humana</i> ”	64
2. O teste da proporcionalidade da incriminação.....	66
2.1. Generalidades	66
2.2. O Princípio da <i>adequação</i>	67
2.3. O Princípio da <i>necessidade</i>	67

2.3.1. As Leis de Memória	69
2.3.2. O papel da Educação	70
2.4. O <i>Princípio da proporcionalidade em sentido estrito</i>	71
3. A violação da liberdade de expressão	72
4. A rejeição de um modelo de “ <i>democracia militante</i> ”	73
5. A criação do “ <i>delito de opinião</i> ”	74
6. O Direito Penal do <i>facto</i> e o Direito Penal do <i>autor</i>	76
7. O papel do juiz.....	79
8. A imposição de uma “ <i>verdade oficial</i> ”	80
9. A extensão do Direito Penal	81
10. A heterogeneidade do crime	82
11. A (in)existência de lacuna punitiva	89
11.1. Afinidade com a <i>negação</i> do terrorismo.....	94
12. A “ <i>legislação simbólica</i> ” e os “ <i>argumentos utilitários</i> ”	96
§ Conclusão.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	106
JURISPRUDÊNCIA	111

§ Introdução

Em 1995, Umberto Eco publicava no *New York Times* um artigo em que, preocupado com o retorno da extrema-direita à agenda política e cultural do Ocidente, retratou o *fascismo* não apenas como uma questão histórica restrita ao entre-guerras, mas também como um fenómeno da actualidade, descrevendo-o como um “*fascismo eterno*”.¹

É este despertar da consciência colectiva do temor de uma certa “*banalização do mal*” que nos transporta ao evento *negacionista*² - cujo surgir retroage a 1951, à obra “*A mentira de Ulisses*”.³ E. FRONZA descreve-o como um fenómeno que “*nega o universo ético-político surgido após a Segunda Guerra Mundial, e que afecta profundamente [...] ‘o pacto ético’, representado pela rejeição incondicional das dinâmicas que arrastaram a Europa ao horror da guerra e dos totalitarismos.*”⁴

Muito tem sido escrito acerca da admissibilidade ou não das manifestações do *negacionismo* - “*sistema ideológico disfarçado de abordagem científica verdadeira*”⁵ -, mormente no que respeita aos grandes infortúnios da humanidade. Os textos abundam, a doutrina é controversa, a jurisprudência oscilante, e a legislação desuniforme. Na expressão feliz de JORGE VANOSSI, estamos na presença de um “*tremendal no campo do direito*” - o mesmo é dizer, um terreno pantanoso que treme quando o pisamos, e no qual quem se aventura sente, igualmente, o tremor.⁶

A maioria dos legisladores europeus não resistiu à tentação de introduzir um tipo criminal *ad hoc* para perseguir estes fenómenos. Porém, trata-se de uma legislação que suscita a fractura na comunidade jurídica, quando não na própria sociedade,⁷ situação que

¹ CASTRO, Ricardo Figueiredo de. 2014. “*Extrema-direita, pseudohistória e conspiracionismo: O caso do negacionismo do Holocausto*”. Rio de Janeiro: Anpuh-Rio, p. 1.

² VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho*” in *Pensamiento Constitucional N° 19, 2014*. Buenos Aires, p. 148.

³ NETO, Odilon Caldeira. 2009. “*Memória e justiça: o negacionismo e a falsificação da história*”, in “*Antíteses*, vol. 2, n. 4, jul.-dez. de 2009”, p. 109.

⁴ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria*”, in *Revista de derecho penal y criminología, ISSN 1132-9955, N° 5, 2011*, p. 142.

⁵ Expressão da autoria de Henry Rousso, autor do neologismo “*négationnisme*”, no seu trabalho “*The Vichy Syndrome*”. [RANALLETII, Mario. 2010. “*Denial of the Reality of State Terrorism in Argentina as Narrative of the Recent Past: A New Case of ‘Negationism’?*” in “*Genocide Studies and Prevention 5, 2 (August 2010)*”. Buenos Aires, p. 160]

⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 140.

⁷ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

pode ocorrer quando se se recorre à repressão penal de condutas levemente ofensivas e muito próximas do legítimo exercício de um direito fundamental.⁸

O tratamento desta questão levanta consideráveis indagações acerca do possível conflito entre valores justificados pelo constitucionalismo liberal - que têm como *prius* a defesa da liberdade⁹ - e intrincadas demandas relativas aos limites que pode o Direito Penal introduzir na liberdade de expressão, reconhecida como “*elemento central para uma democracia plural*”.¹⁰

Diríamos mesmo que se trata de uma questão que “*excede a técnica criminal*”, e que abertamente enfrenta os princípios constitucionais baseados em direitos fundamentais, como o reconhecimento da liberdade de expressão enquanto externalização natural da própria existência do pensamento humano.¹¹

Não nos ocuparemos de perquisições historicistas nem incorreremos num *historicismo* vazio de juridicidade, questionador da verdade histórica e factual do Holocausto - porquanto tal exercício, além de inusitado, cremos ser estranho às incumbências do intérprete jurídico. Curaremos antes das consequências jurídicas advenientes da punição de ideias, mesmo quando inaceitáveis, manifestamente falsas e hediondas.¹²

Considerando a feição prático-normativa que o *thema decidendum* contém, consideramos coerente “*abrir as hostilidades*” com recurso a duas particularmente impressivas e significantes decisões de Tribunais do Velho Continente.

A *Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre*, do Tribunal Constitucional espanhol declarou **inconstitucional** e nula a inclusão da expressão “***neguem ou***” no primeiro inciso do artigo 607.º/2 do Código Penal espanhol.

Por seu turno, a *Décision n° 2012-647 DC, du 28 février 2012*, do *Conseil Constitutionnel* francês julgou **contrária à Constituição** a norma que pretendia reprimir o *negacionismo* da existência dos genocídios reconhecidos por lei.

Em França, a punição da *negação* do genocídio cometido, entre 1915 e 1917, pelos turcos contra os arménios foi declarada inconstitucional pelo órgão constitucional máximo

⁸ ARNAU, María Luísa Cuerda. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas / dir. Juan Carlos Campo Moreno, José Luis González Cussac*”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, p. 118

⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 112.

¹¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 140.

¹² FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue between law and memory*”, in *Vermont Law Review*, p. 611.

do país, por colocar em causa a liberdade de opinião e constituir uma intromissão inadmissível na tarefa da ciência histórica.¹³ No País Vizinho - sistema que elege a liberdade como valor superior do ordenamento¹⁴ -, foi entendimento maioritário de que o referido preceito vulnerava o direito à liberdade de expressão (art. 20.º/1 CE).

Estas decisões, que tomamos como *pórtico de entrada* ou *estrela polar*, fazem repensar a questão dos limites da liberdade de expressão em casos extremos, em que as ideias e opiniões difundidas entram em aberta contradição com os valores constitucionais - em particular com a *dignidade* e *igualdade* - por responderem a pressupostos ideológicos racistas que são exteriorizados mediatamente através da *negação* ou *justificação* de factos históricos.¹⁵

Questionamos: qual a necessidade de corroer a protecção da liberdade de expressão, criminalizando? Poderá haver um conflito legal entre a liberdade de opinião e a aplicação vaga e imprecisa de uma norma legal que sanciona a *negação* de um genocídio? A estabilidade democrática será afectada pela promulgação e aplicação de normas nesse sentido? Qual a origem e alcance da configuração normativa do delito de *negacionismo*? Há meios alternativos, longe do instrumento penal, para defender a *dignidade* das vítimas, a *paz pública* ou preservar a *memória histórica* das distorções, sem afectar as liberdades fundamentais?¹⁶

As respostas a estas perquisições serão intentadas neste texto, com as naturais dificuldades resultantes de uma temática tão prolífera em "*atritos entre o fluxo do tempo, a protecção da memória histórica e o interesse em processos criminais e punição*".¹⁷

Estas dúvidas integram-se numa discussão que se processa a montante e que ilumina uma outra, revestidora de uma assinalável importância e de que cuja abordagem se revela inescusável. É a seguinte: poderá um direito fundamental - *in casu* a liberdade de

¹³ ROXIN, Claus. 2013. "*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal - Ano 23, nº 1, Janeiro-Março 2013*. Trad. Susana Aires de Sousa, p. 18

¹⁴ Dispõe o artigo 1.º da CE: "*1. A Espanha constitui-se num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.*"

¹⁵ LIERN, Göran Rollnert. 2008. "*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)*" in © UNED. *Revista de Derecho Político N.º 73, septiembre-diciembre 2008*, p. 103.

¹⁶ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. "*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú*", *ADPCP, VOL. LXV, 2012*, p. 305.

¹⁷ M.E.L.A., Memory Laws in European and Comparative Perspective. 2018. "*Tempo, Memoria e Diritto Penale*". Alma Mater Studiorum Università di Bologna, p. 2.

expressão - fundar uma proibição constitucional de incriminar? Há proibições constitucionais de criminalização em matéria de liberdade de expressão? Ou, ainda, questão distinta: há imposições constitucionais de criminalizar?

Será ao redor desta indagação que edificaremos toda a nossa construção teórica e que gravitaremos no decurso desta longa jornada pelo campo do Direito. Porém, sempre iluminados pela máxima de VOLTAIRE - autêntico farol - *“Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battraï jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire.”*

§ Capítulo I - A Liberdade de Expressão

1. O Direito fundamental à liberdade de expressão

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama, no seu artigo 19.º, que *“todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”*

Partindo deste referencial, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA definem o direito de expressão, desde logo e em primeiro lugar, como *“a liberdade de expressão, isto é, o direito de não ser impedido de exprimir-se e de divulgar ideias e opiniões.”*^{18/19}

De forma impressiva, *“a liberdade de expressão só se compreende como liberdade de expressão do pensamento. Sem ela atinge-se o direito ao desenvolvimento da personalidade.”*²⁰

No mesmo sentido, é entendimento firmado do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que a liberdade de opinião representa *“uma das condições básicas para o progresso de uma sociedade democrática e o desenvolvimento de cada indivíduo”*.²¹

A Lei Fundamental portuguesa, enquanto barreira intransponível, elegeu o art. 37.º para respaldar a designada *“Liberdade de expressão e informação”*.²² Reza o preceito:

“1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de se informar, sem impedimentos. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.”

¹⁸ CANOTILHO, Gomes, e Vital MOREIRA. 2007. *“Constituição da República Portuguesa – Anotada”*. 4ª ed. rev. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 573.

¹⁹ Neste contexto, revela-se oportuna a decisão do *Supreme Court* do Canadá ao conhecido Caso Zündel. Em 1992, este tribunal anulou a sentença condenatória de Ernst Zündel, condenado ao abrigo do art. 181.º do Código Penal canadiano, que previa o crime de publicação de notícias falsas, por publicar um panfleto de conteúdo *negacionista*, intitulado *“Did six million really die?”*.

Considerou o Tribunal que tal disposição era inconstitucional, porquanto estabelecia uma limitação à liberdade de expressão injustificada numa sociedade livremente democrática, posto que a definição ampla e a pena de prisão que estabelecia poderiam ter um **efeito dissuasor sobre a expressão das opiniões dos cidadãos**. [ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. *“Los riesgos de penalizar el negacionismo”*, in *Revista Española de Derecho Constitucional - No. 107 (mayo/agosto 2016)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 443].

²⁰ MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS. 2010. *“Constituição portuguesa anotada”*. 2ª ed., rev., actual. e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, p. 428.

²¹ *Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72)*, ECHR 7 Dec. 1976, parágrafo 49.

²² Nos termos das lições de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, a liberdade de informação consiste em aprender ou dar a aprender factos e notícias, compreendendo o direito de informar, de se informar e de ser informado. Numa palavra, tem em vista *“a interiorização de algo externo”*, onde prevalece *“o elemento cognoscitivo”*. [MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 429].

Desvelamos aqui uma dupla vertente: a *vertente negativa* – não sofrer impedimentos nem discriminações (n.º 1 *in fine*) – e uma *vertente positiva* – o direito de expressão, pura e simplesmente, e de utilização dos meios adequados próprios do tempo presente. Envolve faculdades de exigir e faculdades de agir. Dentro dos limites do Direito (expressos ou implícitos), não pode haver obstáculos ao seu exercício e, fora as exclusões constitucionalmente admitidas, todos gozam dele em pé de igualdade.²³

Não obstante, no que se refere ao *topos* do *negacionismo*, o que a realidade tem demonstrado é uma tendência comum inversa: a de afastamento deste parecer doutrinário, limitação da liberdade de expressão e de consequente aceitação de que se estreite a exteriorização do pensamento como decorrência da punição daquele comportamento.²⁴

1.1. A liberdade de expressão e a liberdade de pensamento

A liberdade de expressão, enquanto “*direito negativo* ou *direito de defesa*”, constitui uma componente clássica da liberdade de pensamento.²⁵

A liberdade de opinião e de expressão são indissociáveis: a primeira é a liberdade de escolher a sua verdade no segredo do pensamento; a segunda é a liberdade de revelar a outrem o seu pensamento; são liberdades simétricas, têm necessidade uma da outra para se desenvolverem e se expandirem.²⁶

Neste sentido, evoquemos a indelével asserção de OLIVER WENDELL HOLMES: “*if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other, it is the principle of free thought - not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate.*” Dito de modo diverso: “*não há liberdade de pensamento para aqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que detestamos.*”²⁷

Quando transposta para o cerne do debate respeitante ao *negacionismo*, poderemos mesmo abraçar a premissa de que a liberdade de pensamento representa, “*indubitavelmente,*

²³ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III

²⁴ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 108.

²⁵ A liberdade de expressão compreende, ainda, outras dimensões: a liberdade de criação cultural (art. 42.º CRP), a liberdade de consciência e de culto (art. 41.º), a liberdade de aprender e ensinar (art. 43.º) e, em certa medida, a liberdade de reunião e manifestação (art. 45.º) [Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III].

²⁶ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

²⁷ Vide *Case United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929) [VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión....*”, p. 131].

um paradigma das repercussões que a afirmação dos direitos de liberdade tem sobre o sistema penal".²⁸

1.2. A liberdade de expressão e a liberdade ideológica

Ineludivelmente associada a esta figura apresenta-se a *liberdade ideológica*, em virtude de, as mais das vezes, o exercício da *liberdade de expressão* “*implica[r], simultaneamente, uma manifestação externa de liberdade ideológica*”.²⁹

Sendo uma liberdade indiscutivelmente correlacionada com o pluralismo político, impõe-se a máxima amplitude no seu exercício e a maior extensão do âmbito constitucionalmente protegido pela liberdade de expressão - em comparação com os casos em que não há concorrência com a liberdade ideológica.³⁰

Como lapidarmente anotado pelo Tribunal Constitucional espanhol, “*o âmbito da liberdade de expressão expande-se quando, mediante ela, se exterioriza a liberdade ideológica*”.^{31/32}

Harmoniosamente, proclama a nossa Lei Fundamental, no seu preceito 13.º/2, que “*ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de [...] convicções políticas ou ideológicas [...]*.”

É entendimento cimentado por banda do TEDH que a liberdade de expressão “*constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, o que vale mesmo para as ideias que ferem, chocam ou inquietam*”.³³

O art. 10.º da CEDH protege não apenas as “*informações e ideias recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que [...] irritam, impactam ou perturbam o Estado ou uma parte da população*”.³⁴

Isto posto, apresenta-se pacífico e meridianamente claro que a liberdade ideológica ampara as ideias ou opiniões contrárias à própria essência da Constituição - ainda que “*repulsivas desde o ponto de vista da dignidade humana constitucionalmente garantida*”,

²⁸ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 136.

²⁹ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, pp. 104-105.

³⁰ *Ibidem*, p. 137.

³¹ *Ibidem*, p. 138.

³² Para mais desenvolvimentos acerca da relação entre *liberdade de expressão* e *liberdade ideológica*, vide LIERN, Göran Rollnert. 1998. “*Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)*”, in *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, N.º 99, 1998.

³³ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

³⁴ *Case of Haes and Gijssels v. Belgium (Application no. 7/1996/626/809)*, ECHR 24 Feb. 1997.

“desprezíveis [...] do ponto de vista dos valores que fundamentam a nossa Constituição” ou “execráveis por resultar contrárias à dignidade humana”.

É garantido, pois, o direito a professar uma ideologia contrária à Constituição, e mesmo a exercê-la para uma finalidade anticonstitucional.³⁵ Exclui-se de tal cobertura, logicamente, a imposição da mesma por meios anticonstitucionais.³⁶

Sob este prisma, o Tribunal Constitucional espanhol, exigindo a máxima amplitude da liberdade ideológica, prescreveu a sua extensão “*não só no que coincide com a Constituição e com o resto do ordenamento jurídico, mas também no que resulta oposto aos valores e bens neles consagrados, excluída sempre a violência para impor os seus próprios critérios, mas permitindo a livre exposição dos mesmos, nos termos impostos por uma democracia avançada.*”³⁷

A liberdade ideológica, “*por ser essencial [...] para a efectividade dos valores superiores e, especialmente, do pluralismo político, torna necessário que o âmbito deste direito não seja recortado nem contenha mais limitações [...] nas suas manifestações do que as necessárias para a manutenção da ordem pública protegida pela lei*”.^{38/39}

Acompanhando GÖRAN LIERN, da interacção da liberdade ideológica com a liberdade de expressão (como sua principal manifestação externa) resulta um “*direito à dissidência ideológica pacífica*” - ou “*dissenso ideológico não violento*” - relativamente aos valores e princípios constitucionais.⁴⁰

Em face disto, “*a existência de uma corrente ideológica que, negando a realidade histórica, procura justificar ou negar o genocídio praticado em nome de uma ideologia*”⁴¹ reveste uma especial importância e complexidade, em virtude de o *negacionismo* representar, para muitos dos seus prosélitos, a sua verdadeira ideologia - vertida mediante manifestações *negacionistas*.

³⁵ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamentos 4 e 6.

³⁶ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 105.

³⁷ Sentencia TCE 20/1990, de 15 de febrero: fundamento 5.

³⁸ Sentencia TCE 20/1990, de 15 de febrero: fundamento 3.

³⁹ A Constituição Espanhola consagra, no seu artigo 16.º, a *liberdade ideológica*. Sob a epígrafe de “**Liberdade ideológica e religiosa**”, dispõe-se: “*1. É garantida a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem mais limitações, nas suas manifestações, do que as necessárias para a manutenção da ordem pública protegida por lei.*”

⁴⁰ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁴¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

2. A liberdade de expressão como *direito relativo*

Sem prejuízo do que vem de ser dito, parecer-nos-á uma evidência cartesiana a afirmação de que, dentro de uma ordem constitucional, nenhuma liberdade é total e nenhum direito é absoluto. Perfilhando JORGE VANOSSI, “*a ideia de um direito ilimitado pertence a uma concepção anti-social*”.⁴² Também o STJ asseverou que a liberdade de expressão não é - não pode ser - a possibilidade de um exercício sem quaisquer limites, alheio à possibilidade de colisão com outros valores de igual ou superior dignidade constitucional.⁴³

Na medida em que se não refere a um direito que “*aborde especificamente a vida e a integridade psicofísicas*”, pode registar limites.⁴⁴ Todas as liberdades têm limites, com a única excepção da liberdade de pensamento.⁴⁵

A protecção constitucional deste direito não abrange todas as situações, formas ou modos pensáveis do seu exercício. Contém, antes, limites: “*O seu domínio de protecção pára, ali, onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional*”.⁴⁶

A liberdade de expressão está, por conseguinte, sujeita a concordância prática com outros direitos da mesma gradação constitucional, designadamente com os direitos pessoais (art. 25.º/1 e 26.º), estabelecendo a lei garantias efectivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana de informações relativas às pessoas e às famílias (26.º/2).^{47/48/49} Tais direitos ou valores tanto podem emanar de uma necessidade de defesa de bens

⁴² VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 141.

⁴³ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

⁴⁴ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...*”, p. 317.

⁴⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS. 2010. “*Constituição portuguesa anotada...*”, p. 430.

⁴⁸ Na Alemanha, o art. 5.º da *Grundgesetz* admite a limitação da liberdade de opinião, de modo a proteger a juventude e o direito à honra pessoal. O Estatuto da Protecção da Juventude Alemã (1961) é bastante mais amplo do que a legislação comparativa (designadamente dos EUA), envolvendo não apenas a protecção contra a pornografia, mas também a escrita e outros meios que encorajem a violência, o ódio racial, ou a guerra, ou *neguem e/ou trivializem* os crimes do regime Nacional-Socialista.

[LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth*”. Salt Lake City: The University of Utah Press, cop. 2014, p. 9].

⁴⁹ Também a CEDH assinala, no art. 10.º/2, a natureza *relativa* deste direito:

“*2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção 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.*”

jurídicos radicados na ordem constitucional - cuja valoração é intuitiva -, como podem resultar de uma necessidade de tutela de valores inscritos no espaço jurídico em que o nosso país se insere - nomeadamente o comunitário.⁵⁰

Não devendo esta liberdade ser entendida, em todos os casos, como uma liberdade preferencial, cujo conteúdo deva sempre prevalecer, mas antes como uma ferramenta para fortalecer o sistema democrático - ao contribuir para a consolidação de um parecer livre⁵¹ -, compreende-se que a violação dos seus limites, por meio de condutas que extravasem a protecção concedida pelo direito constitucional à liberdade de expressão, possa conduzir à punição criminal ou administrativa.⁵²

Façamos uma impressiva remissão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1969). Esta convenção estatui, no §2 do art. 20.º, o seguinte: “*Toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estará proibida por lei.*”

Quer isto significar que a livre expressão de ideias e valores contrários à Constituição tem como limite, por um lado, a utilização da violência, e, por outro lado, o direito à honra - no que respeita a expressões ofensivas ou injuriosas. Daí se justificarem os tipos penais que incriminam, nas suas distintas variantes, a *incitação* ou *provocação* ao ódio, à discriminação ou à violência.⁵³

Aqui chegados, desponta-nos a “*vexata quaestio*” de inteligir se/em que circunstâncias é que o discurso *negacionista* constitui uma modalidade de *incitação* ou *provocação* ao ódio, à discriminação ou à violência.

A resposta a esta *quaestio* ensaiaremos adiante.

3. Proibições ou imposições constitucionais de tutela penal?

Dissemos *supra*, e repisamo-lo, parafraseando o aresto do Supremo Tribunal de Justiça: Em Portugal, tal como na Alemanha, existem limites ao exercício do direito de exprimir, e divulgar, livremente o pensamento - limites esses que visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de tal modo importantes que gozam de

⁵⁰ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

⁵¹ VANOSSO, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 155.

⁵² Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

⁵³ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 143.

protecção, inclusive, penal. Por conseguinte, a sua violação pode conduzir mesmo à punição criminal ou administrativa.⁵⁴

A Lei Fundamental corrobora-o no seu preceito 37.º/3: “*As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.*”

Esta disposição prevê uma dupla garantia. A **garantia substantiva** - que sujeita aos princípios gerais de Direito Criminal ou do ilícito de mera ordenação social - veda, e.g., a existência de um regime especial de crimes de liberdade de imprensa. No que se refere à **garantia adjectiva**, esta assegura o julgamento das infracções criminais pelos tribunais judiciais - que nunca podem ser tribunais com competência exclusiva para o seu julgamento (209.º/4) - e a apreciação das contraordenações por autoridade independente (268.º), com possibilidade de recurso da decisão, nos termos gerais, para os tribunais.⁵⁵

Isto dito, o recurso à locução “*ficam submetidas*” poderá remeter-nos para uma certa ideia de *automaticidade* ou de *imposição*. Situação que nos remontaria, inelutavelmente, para a complexa problemática de aquilatar se deste preceito da Constituição da República procede ou não uma imposição constitucional de criminalização. Ou, no reverso da medalha, se no mesmo se contemplam proibições de incriminação fundadas em direitos fundamentais - *in casu*, no direito à liberdade de expressão.

Sim ou não? Ser ou não ser? “*To be, or not to be, that is the question*”, recordando-nos do indelével *Hamlet*.

Um ponto é assente: ao reconhecer um direito de liberdade, a Constituição disciplina, de forma cabal, os pressupostos do seu exercício, impedindo, assim, o legislador ordinário de submeter o exercício do direito à presença de ulteriores pressupostos.⁵⁶

Às normas penais está vedado invadir o conteúdo constitucionalmente garantido dos direitos fundamentais, encontrando a liberdade de configuração do legislador penal o seu limite no conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão.⁵⁷

Mister será, num primeiro momento, discernir as questões da *legitimidade de criminalização* e da *imposição de criminalização* - questões essas que, esclarece

⁵⁴ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS. 2010. “*Constituição portuguesa anotada...*”, p. 430.

⁵⁶ DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI. 1994. “*Constituição e escolha dos bens jurídicos*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. Ano 4, fasc. 2 (Abr.-Jun. 1994). Trad. José de Faria Costa, p. 156

⁵⁷ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 6.

CONCEIÇÃO CUNHA, embora relacionadas e decorrentes dos mesmos princípios constitucionais, não se sobrepõem.⁵⁸

Na sua ilustração, se tentássemos visualizar dois círculos concêntricos, o mais amplo seria o da *legitimidade*; já um hipotético círculo interior, a determinar, seria o da *imposição* - que, a existir, situar-se-ia como que no núcleo do outro. Certo é que quanto mais nos afastarmos do centro “*mais indefensável será a afirmação de imposições de criminalização.*” O espaço que medeia entre o círculo interior e o exterior, esse, será um “*espaço de liberdade legislativa*”.⁵⁹

As infracções cometidas no exercício das liberdades de expressão e de informação envolvem, em razão da sua gravidade, umas vezes responsabilidade penal e outras contra-ordenacional.⁶⁰ Sabemo-lo.

Não obstante, é entendimento da doutrina que o parâmetro constitucional do art. 37.º/3 CRP não constitui uma *imposição constitucional de criminalização*.

Um argumento mobilizado pela Conselheira MARIA JOÃO ANTUNES reporta-se à evolução histórica do mesmo preceito. A redacção actual do preceito - que foi conferida pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro - não corresponde à primeira redacção, nem tão-pouco à que, entretanto, lhe foi atribuída pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.⁶¹

A formulação ora em vigor prevê que as infracções cometidas no exercício da liberdade de expressão “*ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente*”.

Formulação esta distinta da sua versão primitiva - que determinava que aquelas ficariam “*submetidas ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais*” -, bem assim da redacção subsequente, introduzida em 1982, que estatuiu que as referidas infracções ficariam “*submetidas aos princípios gerais de Direito Criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.*”⁶²

⁵⁸ CUNHA, Conceição. 1995. “*Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*”. Porto: Universidade Católica Portuguesa - Editora, p. 299.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 299.

⁶⁰ MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS, *op.cit.*, p. 430.

⁶¹ Acórdão TC n.º 224/2010: fundamento 8.

⁶² Alteração esta, na óptica da Juíza Conselheira, não propriamente significativa, porquanto não representou mais do que uma “*correção técnica de linguagem*”. [Acórdão TC n.º 224/2010: fundamento 8].

Significativa foi já a revisão de 1997 e a nova redacção que foi conferida - mas não porque se retire da letra da lei que as infracções cometidas no exercício do direito de expressão passaram a poder ser sancionadas quer no âmbito do Direito Penal quer no do Direito de mera ordenação social. Diversamente.

Esta alteração foi antes determinada “*pela criação e expansão do ilícito contraordenacional*”, indo ao encontro daquela que era a interpretação que no Palácio Ratton se já vinha fazendo da norma. Nos termos dessa interpretação, esta regra constitucional “*não impõe que todas as infracções cometidas no exercício dos direitos de expressão e de informação sejam sancionadas criminalmente*”.⁶³

Visto que nos quedamos pela conclusão negativa à *quaestio* de saber se o art. 37.º/3 configura uma *obrigação constitucional* de tutela penal, vejamos, numa análise mais perfunctória e genérica, se a Lei Fundamental consagra, efectivamente, normas que imponham, *expressa* ou *implicitamente*, ao legislador a incriminação de factos ofensivos de determinados bens jurídicos.⁶⁴

Fácil será de compreender que a *ratio* inspiradora das normas que, nas várias Constituições, impõem a criminalização deste ou daquele facto reside numa dupla ordem de considerações, a saber: (i) a importância atribuída ao bem ou aos bens contra os quais se dirige o facto a incriminar; e (ii) a *necessidade* do recurso à pena, considerada como único instrumento capaz de assegurar ao bem uma tutela eficaz.⁶⁵

A resposta à questão da existência de *imposições expressas* de incriminação afigura-se pacífica. Repousa sob o preceito n.º 117.º/3 CRP - referente ao “*Estatuto dos titulares de cargos políticos*” - o único caso de “*imposição de criminalização expressa*” presente na nossa Lei Fundamental. Dispõe o artigo: “**3. A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato.**”⁶⁶

Bem mais controverso resulta deslindar a existência de *imposições implícitas*.

Tradicionalmente a favor da resposta afirmativa costuma ser invocado um “*principio de harmonia da ordem jurídico-penal*”, que acolhemos. Partindo das *imposições expressas*, dir-se-á que faz sentido, por referência à “*ordem valorativa constitucional*” e a

⁶³ Acórdão TC n.º 224/2010: fundamento 8. Neste sentido, *vide* Acórdãos TC n.ºs 81/84 e 631/95.

⁶⁴ DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI. 1994. “*Constituição e escolha dos bens jurídicos...*”, p. 170.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 172.

⁶⁶ CUNHA, Conceição, *op. cit.*, p. 309.

um princípio da razoabilidade (“*ragionevolezza*”), pretender encontrar um ponto de apoio para a afirmação de outras *imposições de criminalização*.⁶⁷

Mais: até porque as *imposições expressas* não se situarão todas de modo inequívoco no topo da hierarquia de valores, poder-se-á ter considerado desnecessária a sua consagração expressa.^{68/69} Acreditamos situar-se neste plano a perspectiva de MARIA JOÃO ANTUNES, que respalda no art. 24.º da Lei Fundamental e na consagração da *inviolabilidade da vida humana* a compreensão de que o *direito à vida* funda uma *imposição constitucional implícita de criminalização do homicídio*.

Historicamente associadas às *imposições* figuram as *proibições constitucionais de criminalização*.

Resulta inequívoco para DOLCINI e MARINUCCI que, do reconhecimento nas Constituições “*deste ou daquele direito de liberdade*”, procedem para o legislador ordinário *proibições de incriminação* mais ou menos vastas.⁷⁰

A questão que ora nos prende é a de saber se o direito fundamental à liberdade de expressão - lapidado no art. 37.º CRP - funda, ele mesmo, uma *proibição constitucional de criminalização* em matéria de liberdade de expressão.

Dois pontos são assentes: *i)* o legislador não pode transformar em delito o *puro e simples exercício* de um direito; e *ii)* não pode tutelar penalmente os bens ofendidos por quem exerce o direito, a não ser que se trate de bens constitucionalmente relevantes.⁷¹

Demanda a liberdade de expressão que “*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento [...] sem impedimentos nem discriminações.*”

Por conseguinte, devem rejeitar-se, por inconstitucionais, as normas penais em que se opere a *incriminação de puras e simples manifestações do pensamento*, não ofensivas de qualquer bem constitucional.⁷²

⁶⁷ CUNHA, Conceição, *op. cit.*, pp. 311-312.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 316.

⁶⁹ Em sentido contrário posicionam-se DOLCINI e MARINUCCI, para quem a inexistência de *implícitas imposições* encontra o seu fundamento no *princípio da subsidiariedade do Direito Penal*, nos termos do qual sempre cabe ao legislador ordinário verificar se é necessário recorrer à pena ou se, ao invés, é suficiente o recurso a sanções civis ou a controlo administrativo. [DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI, *op. cit.*, p. 188].

⁷⁰ *Ibidem*, p. 156.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 156-157.

⁷² Foi essa a atitude do TC italiano em várias ocasiões, declarando inconstitucionais as normas penais em que vislumbrou a *incriminação de “puras e simples manifestações do pensamento”*. [*Ibidem*, p. 159].

Rematando este tópico, é tempo de concluir: o legislador ordinário, aquando da decisão de criminalizar o *negacionismo*, é confrontado com um limite intransponível: não pode reprimir comportamentos que sejam expressão de um direito de liberdade - como o é a liberdade de expressão - garantido pela Constituição.⁷³ Enquanto o comportamento *negacionista* reproduza uma “*pura e simples manifestação do pensamento*” do indivíduo, erige-se uma *proibição constitucional de criminalização*.

Por outro lado, insistimos, o art. 37.º da CRP não impõe uma obrigação constitucional de tutela penal, pelo que a opção pela criminalização daquele comportamento se situa num “*espaço de liberdade legislativa*”.

4. A proporcionalidade das restrições à liberdade de expressão

4.1. Generalidades

Nas civilizações que adoptam Estados de Direito democráticos, existem direitos sobre os quais a *relatividade* do seu exercício deve ser menor em virtude de um maior interesse social estar envolvido. É manifestamente o caso da liberdade de expressão, porquanto se refere ao rosto espiritual do indivíduo - “*que não reconhece as fronteiras*” - e ao desenvolvimento cultural da sociedade - “*que não pode ter fronteiras a priori*”.⁷⁴

A liberdade de expressão é, por isso, o *menos relativo* dos direitos, em razão de ser o prolongamento habitual do dom absoluto de pensar. Não admitir a expressão de um pensamento constitui, precisamente, uma mutilação do espírito do ser humano.⁷⁵

São as exigências materiais dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e liberdade ideológica que guiarão a resposta à pergunta de se a tipificação penal do *negacionismo* resulta constitucionalmente legítima - dependendo, logicamente, da própria natureza da ingerência.⁷⁶

Como declara LUÍSA ARNAU, quando abordamos o estudo dos tipos penais que incidem no direito fundamental à liberdade de expressão é imprescindível recordar que nem o legislador - a redigir a lei - nem o juiz - a aplicá-la - podem desconhecer os direitos fundamentais em presença: “*Frente ao legislador, lança-se o conteúdo essencial desses direitos como limite intangível. Ante o juiz, os direitos fundamentais afirmam-se*

⁷³ DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI, *op. cit.*, p. 164.

⁷⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 142.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 138.

⁷⁶ ARNAU, Maria Luísa Cuerda. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción ...*”, p. 120.

integralmente e, por conseguinte, impedem-no de ignorar a delimitação constitucional que de tais liberdades tem vindo o TC a realizar na sua tarefa de máximo intérprete da Constituição".⁷⁷

Acreditamos que apelar tão-somente ao dano social que as manifestações *negacionistas* geram olvida, como evidencia VIVES ANTÓN, a circunstância de que comportamentos que, *“desde uma perspectiva naturalística, poderiam ser considerados lesivos, não-de ter-se por juridicamente inócuos em virtude de que não representam senão o exercício de um direito fundamental”*.⁷⁸

Não desvalorizemos o facto de que a lesão das liberdades também pode produzir-se quando se sancionam condutas que se relacionam com o exercício dos referidos direitos, ignorando-se, com isso, a diferença de bom critério existente entre o *excesso no exercício de um direito* e a *relevância penal* - em si, ou no *quantum* - *desse excesso*.⁷⁹

Antecipando-nos desde já ao que será dito ulteriormente, propugnamos pela rejeição da restrição preventiva das liberdades na ausência de riscos concretos, objectivos, que sejam resultantes da actuação *negacionista*.⁸⁰

4.2. O teste da proporcionalidade

A liberdade de expressão é, seguramente, um direito que encerra um conceito jurídico certamente indeterminado e variável, cuja delimitação depende das normas, valores e ideias sociais vigentes em cada momento histórico.⁸¹ Em virtude disto, deve ser analisada em cada caso concreto, e mediante um *juízo de ponderação* (ou *teste tripartido de proporcionalidade*), a sua optimização, comparativamente com outros direitos ou bens jurídico-constitucionais.⁸²

Remetemo-nos, inescusavelmente, para as ideias de proporcionalidade - *“regra fundamental no exercício e gozo de todos os direitos”* -, emergentes da *“Europa decimonónica”*, e sobre as quais foram erigidas as bases de um Estado de Direito que acolhe uma codificação penal humanista e respeitadora dos direitos fundamentais.⁸³

⁷⁷ ARNAU, Maria Luísa Cuerda, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. 2007. *“Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 4/5 (2007), p. 186.

⁷⁹ ARNAU, Maria Luísa Cuerda, *op. cit.*, p. 118.

⁸⁰ Assim, LIERN, Göran Rollnert. 2008. *“Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...”*, p. 139.

⁸¹ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. *“El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...”*, p. 317.

⁸² VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 155.

⁸³ ARNAU, Maria Luísa Cuerda, *op. cit.*, p. 113.

Destarte, as restrições à liberdade de expressão - diz-nos o TEDH - devem atender às exigências do art. 10.º/2 da CEDH, a saber: (i) devem ser *previstas por lei*; (ii) devem *perseguir um fim legítimo* (v.g. a segurança nacional, a protecção da honra ou dos direitos de outrem); e (iii) devem ser *necessárias* numa sociedade democrática.⁸⁴

Isto dito, compreende-se que a doutrina e a jurisprudência insistam que a liberdade de expressão deve, por vezes, ceder aos valores mais elevados da moral e da honra, e que a salvaguarda destes valores constitui dever do estado.⁸⁵

Se os limites forem *necessários* e considerados *proporcionais* aos fins que inspiram esses valores como “*liberdade preferida*” (“*preferred freedom*”), resulta, então, que a expressão de ideias e de pensamentos se não pode situar fora da regra geral que inclui todos os direitos.⁸⁶

5. O bem jurídico

O princípio da *proporcionalidade* encontra no conceito de *bem jurídico* o seu *prius lógico*, guiando o legislador na difícil tarefa de decidir que condutas penalizar.⁸⁷

Escreve, a este respeito, MIR PUIG que o bem jurídico “*faz depender a legitimidade de uma norma penal da protecção de valores merecedores dessa tutela*”.⁸⁸ Daí frequentemente dizer-se que é atribuída a este uma função de “*legitimação decisiva*”.^{89/90}

O princípio jurídico-constitucional do “*Direito Penal do bem jurídico*” - enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incriminatórias a partir dos critérios da *dignidade penal* do bem jurídico e da *necessidade da intervenção penal* (da *carência de tutela penal*) - encontra, na visão de MARIA JOÃO ANTUNES, presentemente, o seu

⁸⁴ *Case of Chauvy and others v. France (Application no. 64915/01)*, ECHR 29 Jun 2004, p. 14

As mesmas exigências prescreve a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vide, por todos, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Sentencia de 2 de julio de 2004)*: capítulo X, parágrafo 120.

⁸⁵ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 49.

Na Alemanha, é comum os tribunais, na tarefa de equilíbrio com os demais bens jurídicos em jogo, salientarem a protecção da personalidade.

⁸⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, pp. 148-149.

⁸⁷ ARNAU, Maria Luísa Cuerda, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁸ ROXIN, Claus. 2013. “*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal...*”, p. 11.

⁸⁹ Contrariamente aos ordenamentos franceses e norte-americanos, sistemas em que o conceito de *bem jurídico* “*não desempenha qualquer papel*”. [*Ibidem*, pp. 8-9].

⁹⁰ Dilucida FARIA COSTA que a categoria do *bem jurídico-penal* assume não apenas “*um papel sistemático-interpretativo*”, “*mas também e por sobre tudo uma dimensão crítico-liberal*”, enquanto condição ou parâmetro capaz de limitar a intervenção do legislador na esfera jurídica do cidadão. [FARIA COSTA, José de. 2013. “*Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142.º, N.º 3978, p. 158.]

fundamento no *princípio da proporcionalidade*, expressamente aflorado no art. 18.º/2 da Constituição.⁹¹

A tipificação penal do *negacionismo*, na sua essência problematizante, suscita pertinentes questões relativas à função cabida ao *bem jurídico* no âmbito do Direito Penal.⁹²

Tendo nós consciência de que o Direito Penal pode ser liberal no plano da estrutura mas não no plano dos conteúdos⁹³ e de que a norma penal, como explica POLAINO NAVARRETE, “*não pretende (...) proteger-se a si mesma, mas antes proteger os bens e valores nela contidos*”,⁹⁴ ergue-se a dificuldade de deslindar que bens jurídicos são ofendidos pelos comportamentos *negacionistas*.

Neste contexto, a primeira operação lógica a realizar prende-se com a demanda de se é possível **identificar um bem jurídico** protegido e, em caso afirmativo, **qual é esse bem**. A jusante desta operação, uma outra se impõe: responder à pergunta de se esse bem que o tipo penal pretende proteger é um **bem que merece** a protecção penal.

Quanto a esta segunda etapa - explica LUÍSA ARNAU -, o *busílis* da questão não reside no facto de esses interesses não constituírem um valor - nem de as condutas descritas serem inócuas -, mas sim em aquilatar se para defendê-los se justifica o recurso à sanção penal. Numa palavra: “*há que perguntar-se se a tutela penal desses interesses está justificada.*”⁹⁵

No que respeita à identificação do bem jurídico, prontamente denunciámos diferenças significativas relativamente à eleição do mesmo, em conformidade com o ordenamento jurídico em que o tipo *negacionista* se encontre previsto.

Desvenda E. FRONZA: em função do ordenamento, o bem jurídico protegido “*identifica-se com a ordem pública, a paz pública, a segurança nacional ou a protecção da reputação ou de direitos alheios à honra*”. Outrossim, autores há que fazem referência “*à dignidade humana ou à necessidade de as vítimas do Holocausto serem protegidas.*”⁹⁶

Em Portugal, encontrando-se o tipo legal de crime integrado no preceito relativo à

⁹¹ Dispõe o preceito: “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*” [ANTUNES, Maria João. 2012. “*A problemática penal e o Tribunal Constitucional*”, in “*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*”, volume I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”. Coimbra Editora, p. 101].

⁹² ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁹³ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 139.

⁹⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵ ARNAU, Maria Luísa Cuerda, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁶ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 136.

discriminação⁹⁷ racial e religiosa, considera MARIA JOÃO ANTUNES que o bem jurídico se identifica com a “*igualdade entre todos os cidadãos do mundo*”, independentemente da raça, da cor, da origem étnica ou nacional ou religião.⁹⁸

Também PINTO DE ALBUQUERQUE adere a este entendimento, invocando, outrossim, os valores da *integridade física*, da *honra* e da *liberdade de outra pessoa*.⁹⁹

5.1. A “*dignidade humana*”

Em alguns ordenamentos, como o francês ou o germânico, o bem jurídico que *ab initio* é mobilizado para respaldar a criminalização do *negacionismo* identifica-se com a *dignidade humana*, enquanto “*standard de protecção universal*”,¹⁰⁰ reconhecida como “*o marco dentro do qual se deve desenvolver o exercício dos direitos fundamentais*”.¹⁰¹

Como enunciado na STC 235/2007, “*a incitação indirecta à comissão de algumas das condutas tipificadas [...] como delito de genocídio [...], cometidas com o propósito de exterminar todo um grupo humano, afecta de maneira especial a essência da dignidade da pessoa, enquanto fundamento da ordem política (art. 10.º CE) e sustento dos direitos fundamentais.*”

Refere ainda o TCE: é esta “*tão íntima vinculação com o valor nuclear de qualquer sistema jurídico baseado no respeito aos direitos da pessoa*” que enseja o legislador à perseguição de modalidades de provocação, ainda que indirecta, que, noutro caso, poderiam ficar fora do âmbito da reprovação penal.^{102/103}

⁹⁷ Explicita PINTO DE ALBUQUERQUE que a discriminação consiste “*na distinção, exclusão, restrição ou preferência de uma pessoa ou de um grupo de pessoas com base em uma característica ou qualidade dessa pessoa ou grupo de pessoas, com vista a que não goze dos mesmos direitos e liberdades das outras pessoas.*” [ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2010. “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. 2ª ed. actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 729-730].

⁹⁸ A criminalização da *discriminação racial* decorre directamente da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR). [ANTUNES, Maria João. 1999. “*Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.]. - Tomo 2*”. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 565-566].

⁹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 729.

¹⁰⁰ CANOTILHO, Gomes, e Vital MOREIRA. 2007. “*Constituição da República Portuguesa ...*”, p. 200.

¹⁰¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁰² *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 9.

¹⁰³ Também nos tribunais italianos faz carreira o entendimento segundo o qual é a *dignidade humana* que impõe a luta contra toda a ofensa à memória das vítimas de crimes contra a humanidade. [FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 132].

5.2. A “paz pública”

Entendimentos há, outrossim, que correlacionam a criminalização do *negacionismo* com a inescusável protecção do interesse jurídico essencial da *paz pública*.¹⁰⁴ É o caso notório do Código Penal Alemão (*StGB*), cujo §130.3 - “*Incitação ao ódio*” (“*Volksverhetzung*”) - estatui: “*Quem, publicamente ou numa reunião, aprovar, negar ou minimizar um acto cometido sob o regime do Nacional-Socialismo [...], de forma adequada a perturbar a paz pública, será punido com pena de prisão não superior a cinco anos ou com pena de multa.*”¹⁰⁵

Subjacente a esta tese repousam as “*condições de uma desejável tranquilidade pública*”, cujas bases são seriamente abaladas com “*a negação da real existência da prática de crimes execráveis*” - conduta presumivelmente considerada idónea a turvar a *paz pública*.

É esta a posição de BERLY SUÁREZ, que considera o *negacionismo* uma deformação deliberada e desonesta do “*curso histórico de certos factos inegáveis para a cidadania*”, propícia a “*produzir uma espécie de amnésia*” e a “*incentivar a adopção de acções similares e mais sofisticadas destinadas a criar ansiedade na população.*” Na óptica do autor, *negar* constitui, pois, “*a conduta mais evidente para alterar as condições mínimas de tranquilidade pública, pois refuta frontalmente a inegável verdade histórica.*”¹⁰⁶

Distanciamo-nos parcialmente desta percepção, a nosso ver excessivamente impregnada dessa “*inegável verdade histórica*”. Não sendo a nossa tese, reconhecemos como mais meritória uma outra perspectiva - que tem sido adoptada pelos tribunais alemães¹⁰⁷ - que enfatiza as “*preocupações dos sobreviventes do Holocausto que vivem na*

¹⁰⁴ A *paz pública*, referida no *StGB*, pode ser definida como uma “*situação na qual os cidadãos têm a sensação de que os seus interesses legítimos, garantidos pela ordem jurídica, estão e estarão protegidos.*” Esta concepção subjectiva alude ao “*sentimento de segurança pública dos cidadãos*”. Por seu turno, a concepção objectiva considera a *paz pública* “*como uma situação justamente objectiva, caracterizada pela ausência de violência entre as diferentes classes.*” Estas duas concepções fundiram-se numa concepção única, dualista, que entende que a *paz pública* pode ser colocada em perigo tanto por uma ameaça “*face a um estado efectivo de segurança*”, como por uma ameaça “*face ao sentimento de segurança.*” [FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 124].

¹⁰⁵ Este n.º 3 foi aditado ao *StGB* em Dezembro de 1994, na sequência do caso Deckert, que constituiu um autêntico *terramoto* no sistema jurídico alemão - e que veremos sinteticamente *infra* -, bem assim da nova onda de incidentes anti-semitas registada no país. O estopim terá sido um incêndio numa sinagoga judaica, em Março do mesmo ano, o que originou que o Parlamento Alemão, enfim, aprovasse uma lei que explicitamente criminalizava a *negação* do Holocausto. [LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: ...*”, p. 23].

¹⁰⁶ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...*”, p. 314

¹⁰⁷ Diga-se que a *aprovação* do Nacional-socialismo é perseguida na Alemanha também sob a forma de protecção da *dignidade humana*, senão veja-se o exemplo do n.º 4 do §130: “*Quem, publicamente ou numa reunião, perturbar a paz pública de uma forma que viole a dignidade das vítimas ao aprovar, glorificar, ou justificar o governo Nacional-Socialista de força arbitrária, será punido com pena de prisão não superior a três anos ou pena de multa.*”

Alemanha”, e que devem “receber uma consideração especial” e ser “poupados aos temores da sua segurança”.^{108/109}

5.3. Outros bens jurídicos

É mobilizado, frequentemente, um vasto catálogo de bens jurídicos pela doutrina. Não podendo abordar todos eles, consideramos oportuno não deixar de referir os próximos.

Na já aludida sentença espanhola, a determinado momento, foi referida a natureza *difusa* do bem jurídico protegido.

Havia argumentado o Tribunal *a quo* que, na medida em que a conduta sancionada pelo art. 607.º/2 CP era exclusivamente a de difundir ideias ou doutrinas que *negassem ou justificassem* os crimes de genocídio, poder-se-ia depreender que o interesse em questão se prendia com o de “*evitar que se crie um clima favorecedor de condutas discriminatórias*”.

¹¹⁰ Entendimento este, diga-se, rejeitado pelo Tribunal *ad quem* (TC espanhol).¹¹¹

Noutras ocasiões, ainda, é arrazoado que o bem jurídico em causa se relaciona com a “*proteção das vítimas*” ou dos *familiares*.

Nisto, alerta BERLY SUAREZ que tal hipótese, decerto, deixaria aberta a porta a uma interpretação extensiva da regra, com os sérios riscos daí advenientes para a liberdade individual.¹¹² No mesmo sentido se posiciona ROGER YON. O autor peruano, a respeito de um projecto de lei que tinha por objecto a criminalização da *negação* do terrorismo no

¹⁰⁸ É entendimento alargado na seio da doutrina germânica que a *negação* do genocídio, acompanhada da afirmação de que “*os judeus tiram partido do Holocausto para extorquir dinheiro*”, estigmatiza a população judaica alemã inteira. Também por esse motivo se não mostra desrazoável o receio da criação de uma atmosfera hostil, propiciadora de um massacre, daí considerar-se uma ameaça à *paz pública*. [LEWY, Guenter, *op. cit.*, pp. 9; 49-50].

¹⁰⁹ É nesta lógica que deve ser perspectivada a Sentença de Abril de 1995, do Tribunal de Karlsruhe, que condenou o líder do partido de extrema-direita NPD, Günter Deckert, a 2 anos de prisão efectiva, na sequência das suas afirmações, referindo-se à “*mentira das câmaras de gás*”. A fundamentação da decisão alicerçou-se na ameaça à *paz pública* que aquelas afirmações consubstanciavam, porquanto os judeus da Alemanha recebavam o retorno das perseguições. Ademais, atendendo ao “*perigoso crescimento do radicalismo da extrema-direita*”, afigurava-se imperioso o cumprimento de prisão efectiva, considerando-se a pena suspensa fora de questão. [*Ibidem*, p. 23].

¹¹⁰ Escrevia, então, o Magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS: “[...] Tais atitudes visam criar estados de opinião distorcidos [...], pelo que o preceito não busca punir a livre divulgação de ideias ou opiniões [...], mas antes **proteger a sociedade daqueles comportamentos que, numa sistemática preparação psicológica da população [...], gerariam um clima de violência e hostilidade que, de forma mediata, poderia concretizar-se em actos específicos de discriminação racial, étnica ou religiosa; certamente este é um perigo que uma sociedade democrática não se pode permitir correr nas actuais circunstâncias, em que se não pode negar o recrudescimento dessas atitudes.**” [Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: Voto Particular - Rodríguez Arribas].

¹¹¹ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 112.

¹¹² SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 315.

seu país, assinalou a inconveniência daquele, mormente em virtude de o bem jurídico que se visava proteger não ser apropriado. Declarava YON: “*pretende-se proteger os mortos (vítimas) [do terrorismo], e isso é absurdo*”.^{113/114}

¹¹³ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 315.

¹¹⁴ Também o *BundesVerfassungsGericht* já teve oportunidade de se pronunciar acerca do bem jurídico tutelado. Em Acórdão datado de 13 de Abril de 1994, o Tribunal de Karlsruhe invocou a *proteção da personalidade*. Sob este prisma, punir o *negacionismo* afigurar-se-ia constitucionalmente legítimo, em virtude de atentar contra a *personalidade* - “*bem supremo que pode limitar a liberdade de expressão*”. [FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 126].

§ Capítulo II - O crime de *negacionismo*

1. O Surgimento

Imediatamente após o epílogo da Segunda Guerra Mundial, assistiu-se a um movimento de recodificação e de cristalização dos valores que caracterizavam o novo sistema ético-jurídico do Velho Continente.

As Constituições e as leis dos vários Estados europeus irrompem como “*reação às infelizes ideias que causaram a deriva homicida dos regimes totalitários.*”¹¹⁵ Reconhece-se o horror e o repúdio do nazismo, do anti-semitismo e da Shoah como um dos pilares fundamentais “*dell’ordine pubblico ideale della comunità internazionale.*”^{116/117}

No entanto, é ao dealbar da década de 1970 que são datados os primórdios do *negacionismo* - que desponta, nos dizeres de ODILON NETO, “*como uma tentativa intolerante e predatória da memória da Segunda Guerra Mundial.*”¹¹⁸

Os fenómenos *negacionistas* manifestaram-se com medidas e alcances distintos nos diferentes países - que reagiram em tempos e com respostas diversas -, sendo a França, a Alemanha, a Áustria, a Suíça e a Itália os terrenos mais férteis a nível de produção *negacionista.*^{119/120}

A *negação* do Holocausto foi estimulada por três factores: (i) o desejo de reabilitar Adolf Hitler e de estabelecer um regime neo-nazista; (ii) a renovação do antigo flagelo do anti-semitismo; e (iii) o recrudesimento dos aderentes às teses que visavam *negar* a legitimidade do Estado de Israel relativamente ao da Palestina.^{121/122}

¹¹⁵ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 624.

¹¹⁶ DI GIOVINI, Alfonso. 2006. “*Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*”, in *Rivista: Diritto pubblico comparato ed europeo*. Vol. I. G. Giappichelli Editore, p. 27.

¹¹⁷ Podemos referir o art. 4º da CIEDR (1969): “*Os Estados Partes condenam a propaganda e as organizações que se inspiram em ideias ou teorias fundadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio ou de discriminação raciais, obrigam-se a adoptar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar os incitamentos a tal discriminação [...].*”

¹¹⁸ NETO, Odilon Caldeira. 2009. “*Memória e justiça: o negacionismo e a falsificação da história...*”, p. 1107.

¹¹⁹ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, pp. 107-108.

¹²⁰ PANKOWSKA justifica-o por referência a duas ordens de ideias: (i) “*o desaparecimento gradual de uma geração de testemunhas dos crimes do nazismo*”; e (ii) “*o colapso do comunismo na Europa Central e Oriental*”. [SINEAEVA-PONKOWSKA, Natalia. 2008. “*Cómo comprender y luchar contra el negacionismo del holocausto*” (*UNITED Thematic Leaflet - "How to Understand and Confront Holocaust Denial"*). p. 1].

¹²¹ ATKINS, STEPHEN E. 2009. “*Holocaust Denial as an International Movement*”. Westport, Connecticut : Praeger Publishers, p. 1.

¹²² Eis a tese: “*Graças à história do suposto Holocausto, foi tomado para os Judeus um pedaço de terra no Médio Oriente chamado Palestina, que agora se chama Israel. O Estado de Israel até hoje recebe biliões de dólares de indemnização da Alemanha pelos supostos crimes para se armar contra o Estado palestiniano.*” [SANTANA, Monica da Costa. 2015. “*Revisionismo histórico online: Valhalla88, o difusor da intolerância na América do Sul (1997-2007).* *Em Tempo de Histórias*”, v. I .p. 36].

Foi nos anos 1990 que maior desenvolvimento e atenção recebeu este fenómeno por parte dos Estados. Subjacente estava, nas palavras do STJ, a “*circunstância de não se poder transigir em tal matéria*”, que “*nega a essência da democracia e a própria dignidade humana.*”¹²³

A consciencialização acerca do perigo de contagiar as mentes e desviar os comportamentos da população - especialmente das gerações mais distantes, que poderiam vir a receber com benevolência essas atrocidades¹²⁴ - levou muitos Estados do Velho Continente a decidir eleger o instrumento penal como reacção ao *status quo*.

Tipificou-se expressamente, sobretudo, a *negação*, a *minimização* ou a *justificação* do Holocausto ou de outros genocídios ou crimes contra a humanidade, justamente para combater a “*tentação à analogia*” - expressamente proscribida pelos sistemas constitucionais respeitadores dos princípios do Direito Penal liberal.^{125 /126/127}

2. A União Europeia

A atenção crescente que a União Europeia empenhou nesta matéria contribuiu para a adopção da *Acção Comum, de 15 de Julho de 1996* - relativa à acção contra o racismo e a xenofobia (96/443/JAI)¹²⁸ -, e, no ano seguinte, da *Recomendação núm. R(97)20*, solicitando aos Estados a actuação contra todas as formas de expressão que *propaguem*,

¹²³ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹²⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 148.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 137.

¹²⁶ HENRI-LEVY explica a criminalização do *negacionismo* recorrendo a um “*Teorema de Lanzmann*”: o crime perfeito é um crime sem vestígios e em que o apagamento das impressões digitais faz parte do próprio crime. Ora, a *negação* não constitui a continuação, mas sim um momento do próprio genocídio, do qual faz parte. O que os *negacionistas* fazem é completar e perpetuar o crime. Como tal, é necessário que haja uma lei contra o *negacionismo*, que representa o estágio supremo do genocídio. [*Ibidem*, p. 150].

Já MICHEL TROPER serve-se de uma analogia: “*da mesma maneira que gritar “fogo” numa sala lotada não é punido como embuste, mas como uma acção perigosa*”, o *negacionismo* não é criminalizado enquanto expressão de uma opinião mendaz, mas sim “*como uma mentira que faz parte de uma campanha de propaganda anti-semita*”. [TROPER, Michel. 2001. “*Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución*”, in *Anuario de derechos humanos*, nº. 2, 2001, p. 979].

¹²⁷ É impressiva a afirmação de LEWY: “*Holocaust denial is regarded as an implicit stamp of approval for nazi doctrine, and criminalizing such views is held to be the best protection against the inroads of neo-nazis and the return of nazism.*” [LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the ...*”, p. 50].

¹²⁸ “*Título I - A. Para facilitar a luta contra o racismo e a xenofobia, os Estados-membros comprometem-se [...] a tomar medidas no sentido de tipificar esses comportamentos como infracções penais [...]: c) Negação pública dos crimes definidos no artigo 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional [...], na medida em que inclua um comportamento desdenhoso ou degradante em relação a um grupo de pessoas definido por referência à cor, à raça, à religião ou à origem nacional ou étnica*”.

incitem ou *promovam* o ódio racial, a xenofobia, o anti-semitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância.¹²⁹

Estas orientações parecem corroboradas pela *Decisão-Quadro 2008/913/JAI*, relativa à luta por via do Direito Penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, que requereu a todos os Estados-Membros a **criminalização** da **apologia**, **negação** ou **banalização grosseira** dos crimes de genocídio ou contra a humanidade.^{130/131/132}

3. Explicitação do crime

3.1. Distinção do *revisionismo*

O conceito de *negacionismo* deve ser distinguido do de *revisionismo*, com que é frequentemente confundido.

No contexto do estudo da Segunda Guerra Mundial, a corrente *revisionista* não *nega* o Holocausto, mas pretende desafiar a visão convencional da responsabilidade pelo mesmo, ao *relativizar* a questão do extermínio e *contestar* a interpretação dos eventos.¹³³

Diversamente, a corrente *negacionista* *nega* a própria existência do Holocausto, dispensando qualquer regra historiográfica pré-estabelecida e evitando o problema da relação do genocídio com a realidade histórica.¹³⁴

¹²⁹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹³⁰ **Art 1.º - Infracções de carácter racista e xenófobo:** “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os seguintes actos sejam puníveis como infracções penais quando cometidos com dolo: c) A apologia, **negação** ou banalização grosseira públicas de **crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra** [...] contra um grupo de pessoas ou seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica, quando esses comportamentos forem de natureza a incitar à violência ou ódio contra esse grupo ou os seus membros”.

¹³¹ O parecer da FRA parece reforçar o entendimento: “A apologia, **negação** ou banalização grosseira públicas dos crimes de genocídio [...] insulta as vítimas e a sua memória e reforça a discriminação.” [FRA, European Union Agency for Fundamental Rights. 2016. “Assegurar justiça para vítimas de crimes de ódio: perspectivas profissionais”, p. 8].

¹³² Também a AG da ONU havia aprovado, em Janeiro de 2007, uma resolução que condenava “qualquer tentativa de negar ou minimizar o Holocausto”, na sequência das intervenções *negacionistas* do presidente do Irão, Mahmoud Ahmadinejad. [FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo?...”, pp. 110-111].

¹³³ FRONZA, Emanuela. 2006. “The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...”, p. 613].

¹³⁴ FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 106.

Os “*negadores*” do Holocausto têm a particularidade de invocar a natureza “*ever-changing*” do conhecimento histórico, apresentando-se eles como *revisionistas*, cujo único objectivo é expor provas recentemente descobertas sobre o genocídio. [LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 6].

3.2. Explicação

A nível europeu, afigura-se possível identificar características comuns entre as heterogéneas respostas normativas.

Em particular, três verbos são usados regularmente na descrição da *fattispecie* do *negacionismo*: *negar*, *justificar* e *minimizar*. Na terminologia de E. FRONZA: “*revisionismo negacionista*”; “*revisionismo justificacionista*” e “*negacionismo minimizador*”.^{135/136}

Dissequemos cada um dos termos.

Negar um evento implica, fundamentalmente, questionar a sua existência ou simplesmente afirmar que não teve lugar.¹³⁷ A *negação* pode ser entendida como uma mera expressão de um ponto de vista sobre determinados factos, sustentando-se que estes não sucederam ou não ocorreram de modo que possam ser qualificados como genocídio.¹³⁸

Ilustra FRONZA que aqueles que afirmam que o regime nacional-socialista nunca pretendeu eliminar o povo judeu *negam* o genocídio.¹³⁹

Justificar significa preconizar que o evento está justificado como resposta a um massacre ou, mais genericamente, a um acontecimento anterior. Não se contestam as acções cometidas contra um determinado grupo, antes pretende-se fornecer provas da sua legitimidade.¹⁴⁰

Como aclarado pelo TCE, a *justificação* “*não implica a negação absoluta da existência de determinado delito de genocídio, mas a relativização ou negação da sua anti-juridicidade, partindo de certa identificação com os autores*”.¹⁴¹ No exemplo de FRONZA, seria o caso de um massacre sério que é considerado como uma acção de legítima defesa contra um povo ou um grupo hostil ao governo.¹⁴²

Por sua vez, ao **minimizar** - *id est*, ao “*diminuir a importância de actos [...] inconcussamente acreditados*”¹⁴³ -, relativiza-se a magnitude de um crime contra a

¹³⁵ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 106.

¹³⁶ Em Portugal, distintamente - mas não podemos dizer que em aberta contradição -, os termos utilizados no art. 240.º CP são os da “*apologia, negação ou banalização grosseira*”, em conformidade com as exigências da Decisão-Quadro.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 120.

¹³⁸ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 7.*

¹³⁹ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 619.

¹⁴⁰ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 120.

¹⁴¹ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 7.*

¹⁴² FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 619.

¹⁴³ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...*”, p. 314.

humanidade,¹⁴⁴ sugerindo tratar-se de “*um entre tantos outros massacres*”, e contestando o seu carácter hediondo. Constitui exemplo referir a existência de câmaras de gás meramente como um detalhe da história.¹⁴⁵

Em suma: fundamental na conduta *negacionista* é “*a rejeição do facto de ter existido uma politica de perseguição e extermínio dos judeus, elaborada pelo estado nacional-socialista alemão, com a finalidade de sua exterminação enquanto povo; que mais de cinco milhões de judeus foram sistematicamente mortos [...]; e que o genocídio foi realizado em campos de extermínio, recorrendo a formas de extermínio em que prevalece a utilização de ferramentas de assassinato em massa, tais como câmaras de gás.*”¹⁴⁶

3.3. Formulação legal

O Código Penal português incluiu o *negacionismo* no catálogo normativo do *Título III - “Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal”*-, residindo a sua *sedes materiae* no artigo 240.º, cuja epígrafe é “**Discriminação e incitamento ao ódio e à violência**”. Com a redacção atribuída pela *Lei n.º 94/2017, de 23/08*, o n.º 2 deste preceito dispõe do seguinte modo:

“2 - *Quem, publicamente, por qualquer meio destinado a divulgação, nomeadamente através da apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade:*

(a) Provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; (b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

¹⁴⁴ Distingue-se a *minimização quantitativa* - que reduz o número de mortos - da *minimização qualitativa*, de que constitui exemplo a afirmação de que o Holocausto “*não foi, afinal de contas, uma coisa tão terrível*”. Curiosa e muito criticada foi a decisão do caso relativo a um autor que, em 1994, “*com o intuito de minimizar o genocídio*”, alegou que apenas 125.000 pessoas morreram em Auschwitz. O Tribunal de Grande Instance de Paris entendeu que tal hipótese se não enquadrava no âmbito do delito de *negação de crimes contra a humanidade*, porquanto, no momento do Julgamento de Nuremberga, ainda se não haviam determinado o número das mortes em Auschwitz. [FRONZA, Emanuela. 2011. “*El delito de negacionis...*”, pp. 125 e 131].

¹⁴⁵ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 619.

Foi justamente este o caso que sucedeu com Jean-Marie Le Pen - presidente da *Front National* francesa e um dos mais famosos rostos do *negacionismo*. O político veio a ser condenado em 1997 por *minimização* do Holocausto, na sequência de declarações em que qualificava as câmaras de gás como um “*detalhe da história*”. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 309].

¹⁴⁶ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

(c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; ou (d) Incitar à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; é **punido** com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.”

3.4. O tipo de ilícito

Nos ensinamentos de PINTO DE ALBUQUERQUE, o comportamento descrito no art. 240.º/2 configura um **crime de dano** e de **resultado**, em relação ao qual se coloca a questão da imputação objectiva do resultado à acção.

Outrossim, ao requerer-se para o preenchimento do tipo objectivo de ilícito que a **negação** seja manifestada “**publicamente**”, através de “**meio destinado a divulgação**”, este delito poderá ainda ser qualificado como um **crime de execução vinculada**.¹⁴⁷

No que concerne à conduta típica, esta consiste em *provocar actos de violência; difamar ou injuriar; ameaçar; ou incitar à violência ou ao ódio* contra pessoa, ou grupo de pessoas, por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião, por intermédio da **negação** de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade.¹⁴⁸

Essa conduta deve ser, sublinhe-se, “**adequada ao incitamento ou encorajamento da discriminação, do ódio ou da violência**”. É por este motivo que PINTO DE ALBUQUERQUE opta, ainda, por categorizar o delito como “**crime de perigo abstracto-concreto**”.^{149/150}

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2015. “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. 3ª ed., actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 901.

¹⁴⁸ ANTUNES, Maria João. 1999. “Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial...”, p. 576.

¹⁴⁹ O “ódio” é definido como o “sentimento de aversão, repulsa ou repugnância de outra pessoa ou grupo de pessoas.” [ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 901].

¹⁵⁰ No resumo de BERLY SUÁREZ, a “descrição típica não se restringe, no plano da tipicidade objectiva, a criminalizar per se as ações de” negar, justificar, ou minimizar, mas antes condiciona que tais acções sejam “executadas publicamente e que tenham orientação activa de corte lesivo, como meios idóneos para ofender ou desonrar um grupo social, auspiciar o retorno de acções de violência e gerar [...] mais e novas vítimas”. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, pp. 314-315].

3.5. “Publicamente”

Para o preenchimento do tipo objectivo de ilícito é, ainda, necessário que o agente leve a cabo as condutas “*publicamente*” e através de “*meio destinado a divulgação*”.

A actuação não deverá ter um destinatário específico, excluindo-se, naturalmente, como esclarece SUÁREZ, as conversas particulares ou simples comentários sem alcance ou repercussão pública.^{151/152}

Esta exigência, poderíamos dizê-lo, constitui, tão-somente, a transposição da sujeição constitucional - salientada por JORGE MIRANDA - do direito fundamental à liberdade de expressão ao condicionamento em lugares públicos, *in casu*, relativamente a manifestações.^{153/154}

3.6. Condições de punibilidade

Determinante para precisar as condições em que poderá o comportamento *negacionista* ser punido revela-se o “*animus*” do agente.

Nas luminares palavras de MARIA JOÃO ANTUNES, a “*negação, em si, de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade não pode ser criminalizada, sob pena de violação do princípio jurídico-constitucional da liberdade de expressão (art. 37.º CRP)*”.¹⁵⁵ Repisamos e inserimos a tónica em “*negação em si*”.

Consequentemente, elucida o STJ, impõe-se a exigência de que a *negação* encerre a intenção de “*incitar à discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar*”,¹⁵⁶ sendo

¹⁵¹ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 315.

¹⁵² GUENTER LEWY nomeou uma lista não exaustiva de meios através dos quais pode este requisito ver-se preenchido, na qual constam: livro, panfleto, carta a uma autoridade pública, discurso num ajuntamento público, testemunho em tribunal, música reproduzida num bar ou *post* num *website*. [LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 9].

¹⁵³ MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS. 2010. “*Constituição portuguesa anotada...*”, p. 430.

¹⁵⁴ Relativamente à determinação do *carácter público* de uma conduta, refiramos o caso *Latussek*, ocorrido na Alemanha. Um dirigente de uma associação de expulsos e deportados apresentou, na reunião da associação, um relatório de trabalho em que *negava* e *minimizava* muitos dos factos ocorridos em Auschwitz (“*A mentira de Auschwitz*” - “*Auschwitzlüge*”) - como o número de vítimas -, relatório esse disponibilizado aos jornalistas convidados. Por este facto, foi indiciado por *minimizar* o Holocausto. O *Landgericht* de Erfurt absolveu-o, julgando que o relatório escrito seria apenas entregue mediante solicitação, pelo que não estava disponível *publicamente*; e mesmo a disseminação a jornalistas não preenchia a conduta de distribuição tipificada. No recurso, o *Bundesgerichtshof* (BGH) reverteu o veredicto, em virtude de o conceito de disseminação requerer, somente, que o texto seja disponibilizado para várias pessoas e que, após essa disseminação, o agente não mais tenha o controlo sobre o material; ademais, os jornalistas eram parte do público e iriam disseminar o material. [GUENTER, Lewy, *op. cit.*, p. 25].

¹⁵⁵ ANTUNES, Maria João, *op. cit.*, pp. 576-577.

¹⁵⁶ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

apenas possível a sua configuração a título de *dolo* - *i. e.*, a consciência e a *voluntas* de realizar o tipo penal.¹⁵⁷

Ainda na esteira de MARIA JOÃO ANTUNES - a que nos associamos -, tratando-se de um “*crime de intenção específica*”, exige-se que o agente tenha actuado com um *dolo específico* – o da incitação ou encorajamento à discriminação racial ou religiosa.¹⁵⁸

Distinta é a visão de PINTO DE ALBUQUERQUE - de que nos apartamos -, para quem o tipo subjectivo “*admite qualquer modalidade de dolo*”, não sendo, ademais, “*necessário que este incitamento ou encorajamento se verifiquem*”. Subjaz a esta postura o entendimento que o próprio autor professa de que a *negação* do genocídio judeu constitui uma forma de incitamento.¹⁵⁹

Arrimando-nos na suma de JORGE VANOSSI, rematamos este capítulo: “*A tipificação de um delito de negacionismo requer para a sua autonomia que se reúnam, na sua comissão, o dolo e a manifestação de actos públicos, com os rasgos próprios do ódio, da perseguição e da ofensa colectiva, ou seja, o dolo mais um elemento subjectivo do tipo penal - o ânimo de causar um mal.*”¹⁶⁰

¹⁵⁷ Na terminologia de SUÁREZ, exige-se que a conduta revista uma peculiar “*aptidão lesiva*”, perturbadora e desestabilizadora da tranquilidade pública. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 316].

¹⁵⁸ MARIA JOÃO ANTUNES distingue este tipo subjectivo de ilícito do plasmado no n.º 1, em que considera exigir-se *dolo, qualquer que seja a sua modalidade*, relativamente à totalidade dos elementos constitutivos do tipo de ilícito.

Reza esse preceito: “*1-Quem: a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver actividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas [...], ou que a encorajem; ou; b) Participar na organização ou nas actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento; é punido com pena de prisão de um a oito anos.*” [ANTUNES, Maria João, *op. cit.*, pp. 567].

¹⁵⁹ O autor emprega ainda o exemplo da “*publicação de artigos de jornal onde se recomenda soluções para problemas relacionados com a imigração baseadas na discriminação racial*” como forma de ‘incitamento’. [ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2010. “*Comentário do Código Penal à luz da ...*”, pp. 729-730].

¹⁶⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 159.

§ Capítulo III - A Constitucionalidade da incriminação à luz da liberdade de expressão

O presente capítulo versará sobre a apreciação da conformidade do crime de *negacionismo* com a Lei Fundamental, enquanto lei suprema e norma de valor paramétrico.

Propomo-nos perquirir se esta incriminação vulnera de modo directo ou indirecto o direito fundamental à *liberdade de expressão*, mediante uma ponderação de interesses entre o direito à expressão e o que resultaria da constrição do mesmo.

1. Entendimento dos Tribunais Nacionais

1.1. A “mera negação” e a “adesão valorativa”

Discorramos, a princípio, acerca daquele que tem vindo a ser o parecer dos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros.

Em Portugal, o Tribunal Supremo pronunciou-se a este respeito no Acórdão datado de 05-07-2012. Resultam lapidares as palavras do Relator Santos Cabral: “*A mera difusão de conclusões sobre a existência, ou não, de determinados factos, sem emitir juízos de valor sobre os mesmos, ou a sua ilicitude, não se pode considerar como uma excepção à liberdade de expressão, mas sim como o produto de uma eventual elaboração intelectual, porventura injustificada ou patética, mas admissível.*”¹⁶¹

Vejamos a postura do Tribunal Constitucional do nosso País Vizinho. Na *Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre*, o tribunal começou por reconhecer, em abstracto, a legitimidade constitucional do “*revisionismo histórico*”. Assumiu-o categoricamente: “[...] *é indubitável que afirmações, dúvidas e opiniões acerca da actuação nazi em relação aos judeus e aos campos de concentração, por reprováveis ou tergiversadas que sejam - e certamente o são ao negar a evidência da história - , são amparadas pelo direito à liberdade de expressão (art. 20.º/1 CE), em relação com o direito à liberdade ideológica (art. 16.º), pois, independentemente da valoração que das mesmas se faça[...], só podem ser entendidas como o que são: opiniões subjectivas e interessadas sobre acontecimentos históricos.*”¹⁶²

Isto dito, mostra-se compreensível e congruente a argumentação vertida, bem mais recentemente, na paradigmática *Sentencia 235/2007*: “*uma finalidade meramente preventiva ou de garantia não pode justificar constitucionalmente uma restrição tão radical*

¹⁶¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁶² *Sentencia TCE 214/1991, de 11 de noviembre*: fundamento 8.

destas liberdades”, pelo que a constitucionalidade, *a priori*, da incriminação estaria dependente de um elemento adicional não expresso no artigo, qual seja, o de que a conduta *negacionista* fosse “*idónea para criar uma atitude de hostilidade para a colectividade afectada*”.¹⁶³

Esta asserção repousa na premissa de que a ***mera negação*** de práticas genocidas, sempre e quando não contenha insultos nem vexação, e sem que concorram elementos de *enaltecimento* ou *incitação* ao seu cometimento, constitui um **exercício legítimo da liberdade de expressão**. Quer isto significar que o âmbito constitucionalmente protegido pela liberdade de expressão não pode ser restringido pelo facto de esta ser utilizada para a difusão de ideias ou opiniões contrárias à própria essência da Constituição.

A liberdade de expressão compreende a liberdade de crítica, ainda quando a mesma seja desagradável e possa perturbar, incomodar ou desagradar a quem se dirige, como exigido pelo pluralismo, tolerância e espírito de abertura, sem os quais não existe uma sociedade democrática.¹⁶⁴

A conduta sancionada pelo art. 607.º/2 CP é, antecipemos, “*exclusivamente a de difundir ideias ou doutrinas que neguem ou justifiquem os delitos de genocídio.*”¹⁶⁵

Neste sentido, afiança o Tribunal que “*a mera negação do delito, em comparação com outras condutas que comportam uma determinada adesão valorativa ao acto criminal, promovendo-o através da externalização de um juízo positivo, resulta, em princípio, inane.*”¹⁶⁶

Remetemo-nos, pois, para a diferença de critério existente entre a ***mera negação*** do genocídio e as condutas que comportam uma “***adesão valorativa***” ao mesmo crime de genocídio.¹⁶⁷

Relativamente a estas, afirmou o juiz constitucional: “*o legislador pode, dentro da sua liberdade de configuração, perseguir tais condutas, incluindo fazê-las merecedoras de reprovação penal, sempre que não se compreenda incluída nelas a mera adesão ideológica a posições políticas de qualquer tipo*” - hipótese esta última que se acharia “*totalmente amparada pelo art. 16.º CE*”, em conexão com o art. 20.º CE.¹⁶⁸

¹⁶³ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 8.

¹⁶⁴ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 4.

¹⁶⁵ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, pp. 121-122.

¹⁶⁶ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 8.

¹⁶⁷ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁶⁸ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 129.

1.2. As “*meras afirmações*” e os “*juízos ofensivos*”

Uma distinção que mereceu a consideração por banda do Tribunal de Madrid foi aquela que opõe as “*meras afirmações, dúvidas ou opiniões*” sobre o Holocausto judeu àquelas “*opiniões que apresentam juízos ofensivos*”.

As primeiras, por mais equivocadas ou reprováveis que possam ser - podendo mesmo estender-se à tomada de posição em relação à inexistência do Holocausto ou atacar o próprio sistema democrático -, encontram-se escudadas no âmbito de protecção do direito fundamental à liberdade de expressão.

Distinto será se as manifestações se verterem em *juízos ofensivos* “*que não se limitam a fornecer correções exclusivamente pessoais do história sobre as perseguições dos judeus, ou sobre qualquer outro tipo de homicídio cometido, mas que envolvem imputações realizadas em descrédito ou depreciação das próprias vítimas do mesmo*”.¹⁶⁹ Neste caso, estas afirmações já se não poderiam considerar amparadas pela liberdade de expressão, sendo legítima a sua criminalização.

Esta apreciação, consideramos, é coerente com aquela que havia proferido na STC 214/1991. Nestoutra Sentença, afirmou o Tribunal que as liberdades ideológica e de expressão “*não garantem, em todo o caso, o direito de expressar e difundir um determinado entendimento da história ou concepção do mundo com o deliberado ânimo de menosprezar e discriminar [...] pessoas ou grupos, em virtude de qualquer condição ou circunstância pessoal, étnica ou social, pois seria como admitir que, pelo simples facto de se realizar um discurso mais ou menos histórico, a Constituição permite a violação de um dos valores mais superiores do ordenamento jurídico, como o a igualdade [...] e um dos fundamentos da ordem política e da paz social: a dignidade da pessoa*”.^{170/171}

Também em Portugal se tem por inconcusso que violam o “*núcleo intocável de valores nucleares de sistema constitucional*” os *juízos ofensivos* contra o povo judeu que, emitidos na sequência de posições que *negam* a evidência do genocídio, pressupõem uma

¹⁶⁹ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 8.

¹⁷⁰ Sentencia TCE 214/1991, de 11 de noviembre: fundamento 8.

¹⁷¹ Um entendimento próximo perfilha SUÁREZ ESPINO, ainda que menos exigente com a norma. Advoga a autora a constitucionalidade da tipificação penal quando a *negação* do genocídio, “*ainda que não contendo insultos, tenha uma clara intencionalidade de trivializar ou minimizar crimes tão atroz, pois tal suporia um menosprezo que ataca a dignidade das vítimas.*” Destarte, a criminalização achar-se-ia em consonância com o art. 10.º/2 CEDH e em sintonia com as recomendações europeias na matéria. [ESPINO, María Lidia Suárez. 2008. “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, in *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, p. 2].

incitação ao ódio, pelo que se não podem reclamar de manifestações da liberdade de expressão.¹⁷²

Sirvamo-nos do inusitado caso que foi objecto da decisão do STJ. Neste, um cidadão alemão, de ideologia nazi, e autointitulado funcionário do Reich Alemão, foi condenado por diversos crimes, como resultado do *desmentimento* e da *minimização* dos crimes do Terceiro Reich contra a população judaica. O agente referiu-se ao mesmos crimes como representando a “*maior e mais profitável mentira na história da raça humana.*”

Em consequência, julgou o Tribunal que o recorrente “*não se limitou a negar a existência de um crime contra a humanidade, como é o genocídio, mas emitiu um juízo valorativo negativo e ofensivo da dignidade das vítimas, considerando o mesmo como a maior mentira da história da humanidade.*”¹⁷³

1.3. A “*manifestação de uma opinião*” e a “*afirmação de um facto*”

Na Alemanha, uma nova dicotomia foi inserida no tratamento jurídico desta matéria. O Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), em acórdão datado de 13 de Abril de 1994, firmou a distinção entre “*manifestação de uma opinião*” e “*afirmação de um facto*”.¹⁷⁴

Tanto a *opinião* - enquanto “*relação subjectiva entre o indivíduo e o conteúdo da sua afirmação*” - como o *facto* - que encerra uma “*relação objectiva entre a afirmação e a realidade*” - se encontram protegidos pelo art. 5.º da *Grundgesetz* alemã, consagrador da liberdade de expressão.¹⁷⁵

As afirmações *negacionistas*, essas, devem ser inseridas na categoria das “*afirmações de um facto*” (“*Tatsachenbehauptungen*”). Não obstante, foi a convicção do Tribunal que as afirmações não são incluídas nessa categoria quando forem fundadas na mentira - como são exemplo estas declarações em que a falsidade está amplamente demonstrada -, em razão de não constituírem um pressuposto para a formação de uma opinião e de serem gravemente lesivas dos direitos de personalidade.¹⁷⁶

¹⁷² Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁷³ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁷⁴ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 125.

¹⁷⁵ Dispõe o artigo: “***Liberdade de opinião, de arte e ciência***” - (1) “*Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. [...]*”

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 125.

Posto que a liberdade de expressão não merece uma protecção absoluta, e encontrando-se a tutela de *afirmações de um facto* dependente da sua veracidade, conclui o Tribunal que somente nos casos em que a distinção entre *manifestação de uma opinião* e *afirmação de um facto* não seja possível, ou seja muito difícil, o comportamento deve considerar-se como *manifestação de opinião*. Isto de modo a que se não limite excessivamente aquele direito fundamental.¹⁷⁷

1.4. A “negação” e a “justificação”

“Diferente é a conclusão a propósito da conduta que consiste em difundir ideias que justifiquem o genocídio.”¹⁷⁸

Tomamos esta sintomática asserção do Tribunal de Madrid como mote para introduzir uma outra pertinente dicotomia de conceitos: a “negação” e a “justificação”.¹⁷⁹

A *justificação* do crime de genocídio supõe, di-lo o Tribunal, “a expressão de um juízo de valor”, que exterioriza e revela “um ânimo, finalidade ou objectivo desculpante das práticas genocidas.”¹⁸⁰

Neste contexto, diz-se, é a “especial perigosidade de delitos tão odiosos e que põem em risco a própria essência da nossa sociedade” que dá ensejo a que, *excepcionalmente*, o legislador penal, sem “quebranto constitucional”, criminalize a *justificação* pública do genocídio. Tal circunstância, evidencie-se, contanto que tal justificação “opere como incitação indirecta à sua comissão”, *i.e.*, que as condutas “suponham”, ainda que de forma indirecta, “uma provocação ao genocídio.”¹⁸¹

A este respeito, posicionou-se o Supremo Tribunal de Justiça de perfil com o Tribunal de Madrid. Legitimou o tribunal nacional a criminalização do discurso *negacionista* quando o mesmo consubstancie uma “incitação indirecta ao genocídio, apresentando-o como justo ou resultante de alguma espécie de provocação por parte daqueles que foram as suas vítimas.”¹⁸²

¹⁷⁷ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹⁷⁸ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 9.

¹⁷⁹ Condutas estas que, aos olhos de JORGE VANOSSI, “entram em aberta contradição com os valores constitucionais”, na medida em que “exteriorizam mediatamente pressupostos ideológicos racistas”. [VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...”, p. 125].

¹⁸⁰ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...”, pp. 126-127.

¹⁸¹ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 9.

¹⁸² Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

Em tal hipótese, compreende-se, a *justificação* do genocídio representaria “*um perigo certo de gerar um clima de violência e hostilidade*” e perseguiria a criação de um ambiente propício de se concretizar em actos específicos de discriminação face a determinados grupos (“*definidos por referência à sua cor, raça, religião ou origem nacional ou étnica*”). Seria como que “*uma espécie de conduta preparatória da provocação à discriminação, ao ódio ou à violência*”.¹⁸³

Em suma, considera-se constitucionalmente legítima a criminalização da *justificação*, distintamente da *negação* que, em princípio, não deverá ser punível.¹⁸⁴

Refira-se, ainda, que esta opção de penalização da *justificação* - enquanto manifestação do *discurso de ódio* -, se encontra em clara consonância com as exigências do Direito comunitário, *maxime* da *Decisão-Quadro 2008/913/JAI*.¹⁸⁵

1.5. A “*negação*” e a “*apologia*”

Aqui chegados, uma nova dúvida: constituirá a “*negação*” uma forma de “*apologia*”? Eis um imbróglio de difícil resolução.

A *apologia* representa, para SUÁREZ, um *enaltecimento*, por qualquer meio de difusão pública, dos delitos ou daqueles que tenham participado na sua execução, “*tingindo as ações como legais ou legítimas*”. Traduz uma conduta de elogio ou de exaltação dos autores ou responsáveis - *apologia subjectiva* - ou dos actos em si - *apologia objectiva*. A sua punição radica no perigo de comissão de novos crimes, tendo-se em vista a salvaguarda da *tranquilidade pública*.¹⁸⁶

Destarte, mostra-se de meridiana clareza a asseveração de que “*carece de suporte constitucional a admissibilidade do uso da liberdade de expressão na apologia do crime de genocídio, glorificando a sua imagem e justificando a sua existência.*”¹⁸⁷ Nas categóricas palavras do TCE: “*a apologia dos verdugos, glorificando a sua imagem e justificando os seus actos, à custa da humilhação das suas vítimas, não cabe na liberdade de expressão.*”¹⁸⁸

¹⁸³ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁴ Escreve, a este respeito, VANOSSI que “*a liberdade de expressão é superada pela suma gravidade da justificação pública do genocídio, devendo aquela ser axiologicamente preservada através da penalização - entre outros motivos - para romper a barreira de repugnância social que impede o alento da sua temível repetição.*” [VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 133].

¹⁸⁵ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁸⁶ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el ...*”, pp. 320-321.

¹⁸⁷ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

¹⁸⁸ *Sentencia TCE 176/1995, de 11 de diciembre*: fundamento 5.

A punição das condutas *apologéticas* supõe, portanto, uma “*ingerência legítima no âmbito da liberdade de expressão dos seus autores, na medida em que possam ser consideradas como uma manifestação do discurso do ódio, por propiciar ou alentar, ainda que indirectamente, uma situação de risco para as pessoas ou direitos de terceiros, ou para o próprio sistema de liberdades.*”¹⁸⁹

No mesmo sentido, havia já, igualmente, a *Corte Costituzionale* italiana defendido que a *apologia* de um ou mais delitos é punível só quando não configure “*manifestação pura e simples do pensamento, mas pela sua natureza integre um comportamento concretamente idóneo a provocar a prática de delitos.*”¹⁹⁰

Num plano distinto se encontra a *figura criminis* da **negação** - que consiste em questionar a realidade do facto criminoso, sem elogiá-lo ou incentivar a sua repetição.¹⁹¹

Dada esta explicitação, da mesma depreendemos que a resposta à questão com que encetámos este tópico - se a *negação* representaria uma forma de *apologia* - só poderá ser negativa. O próprio TCE veio a concluir que o comportamento *negacionista* “*não pode integrar-se na definição genérica da apologia*”.¹⁹²

Como certifica GÖRAN LIERN, não há, pois, na *negação*, “*nem apologia que possa ser punível como forma de provocação (na medida em que não há exaltação do crime nem enaltecimento do seu autor que, por sua natureza e circunstâncias, pudessem considerar-se como uma incitação directa constitutiva de provocação ao delito de genocídio, [...]), nem tampouco incitação indirecta*”.¹⁹³

Assim sendo, a categoria da *negação* deverá permanecer à margem da repressão penal.

¹⁸⁹ *Sentencia STE núm. 79/2018, de 15 de febrero*: - respeitante ao crime de *enaltecimento do terrorismo*, mas de que cujo conteúdo nos servimos - fundamento de direito 2.

¹⁹⁰ *Sentença TC italiano, de 4 de Maio de 1970, n.º 65 [DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI. 1994. “Constituição e escolha dos bens jurídicos...”, p. 160].*

¹⁹¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 157.

¹⁹² *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 3.

¹⁹³ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, pp. 122-123.

1.6. A “negação” e a “incitação”

Principiemos com a destrição de VANOSSI: “*uma coisa é não gostar de outrem (“no querer a uno o a muchos”), outra é proferir o ‘discurso de ódio’, incitando à acção ofensiva e degradante de outrem, com o propósito deliberado de impulsar motivações para afectar [...] quem se odeia e discrimina*”.

Ainda: “*O discurso de ódio é mais grave - quantitativa e qualitativamente - que a mera intolerância*” e “*a sua perigosidade é maior*” do que a das expressões que possam ser vertidas sob o manto da investigação científica ou do *revisionismo histórico*.¹⁹⁴

Incitar, explicita o Tribunal Supremo espanhol, “*supõe sempre levar a cabo uma acção que, ex ante, implique elevar o risco de que se produza tal conduta violenta*”, criando “*um certo terreno fértil, uma atmosfera ou ambiente social propenso a acções*” crimínógenas -, “*antecâmara do delito em si.*”¹⁹⁵

A correcta digitação do *negacionismo* será aquela, segundo AGUSTÍN ROBLEDO, que não situe no mesmo plano o **discurso de negação** e o **discurso de incitação**.¹⁹⁶

Assim, não havendo uma *incitação* [ao ódio], a *negação* não deverá ser punida, mas antes coberta pelo manto protector da liberdade de expressão.¹⁹⁷ Solução inversa deverá ser atribuída à figura da *incitação*.

1.7. A exigência de um “elemento adicional”

Revisitemos a lição de MARIA JOÃO ANTUNES, adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça, e também por nós previamente convocada.

É concludente o parecer da ilustre penalista: “*a negação em si de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade não pode ser criminalizada, sob pena de violação do princípio jurídico-constitucional da liberdade de expressão*”.

Com efeito, para que a criminalização do *negacionismo* seja compatível com a Lei Fundamental impõe-se um quesito imprescindível: “**a exigência no sentido de a negação**

¹⁹⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁵ *Sentencia STE núm. 79/2018, de 15 de febrero*: - que, embora se referindo à *incitação ao terrorismo*, projectamos as palavras para o *incitamento ao genocídio*, porquanto se nos aparentam ser oportunas - fundamento de direito 1.

¹⁹⁶ ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. “*Los riesgos de penalizar el negacionismo...*”, p. 444.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 442. Em aberta contradição com esta perspectiva se achava a Lei Francesa de 29 de Julho de 1881, sobre a liberdade de imprensa - antes da declaração de inconstitucionalidade por banda do *Conseil Constitutionnel* -, que se fundava na presunção de que qualquer *negação* do Holocausto é equivalente a um acto de *incitamento* [ao ódio].

difamatória ou injuriosa ser com intenção de incitar à discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar".¹⁹⁸

Neste sentido aponta uma das críticas tecidas na *Sentencia 235/2007* ao art. 607.º/2 CPE. Explanou o Tribunal Constitucional espanhol que, ao criar um “*tipo criminoso independente*”, o legislador rompe, irremediavelmente, a conexão da factualidade típica do n.º 1 do art. 607.º - que reivindica o “*dolo específico concretizado no propósito de destruir um grupo social*” - com a do n.º 2. Destarte, aquela factualidade deixa de estar presente e esta modalidade de dolo deixa de lhe ser aplicável, penalizando-se somente “*a difusão de determinadas ideias e doutrinas*”.^{199/200}

Como já reiteradamente mencionado, mostra-se, pois, necessário um *propósito adicional* - “*que o agente actue com intenção de incitar à discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar (dolo específico)*”²⁰¹ - não presente na conduta *negacionista*.

Exige-se, por conseguinte, que as expressões vertidas pelo agente contenham a “*entidade lesiva idónea e suficiente*” para colocar em perigo os interesses colectivos²⁰² - algo que, a nosso ver, a *negação* não é *per se* capaz de alcançar.²⁰³

Destarte, a constitucionalidade do preceito só seria defensável se, hermeneuticamente, fosse incluído um “*elemento de intencionalidade tendencial*”, de acordo com o qual se depreende que “*toda a negação de condutas juridicamente qualificadas como delito de genocídio persegue, objectivamente, a criação de um clima social de hostilidade contra aqueles que pertençam aos mesmos grupos que já foram vítimas do concreto delito*”.^{204/205}

Pois bem, não sendo esse o conteúdo legal, e não sendo admissível tal interpretação *contra legem* - porquanto isso implicaria “*desfigurar e manipular os enunciados legais*”, algo que não incumbe ao Tribunal -, a tese da inconstitucionalidade resultou prevalente.²⁰⁶

¹⁹⁸ ANTUNES, Maria João. 1999. “*Comentário conimbricense do Código Penal : parte ...*”, pp. 576-577.

¹⁹⁹ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 6.

²⁰⁰ Ao tempo da Sentença, era esta a redação do art. 607.º:

“1- Aqueles que, com o propósito de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, perpetrarem algum dos seguintes actos, serão punidos [...].

2 - A difusão, por qualquer meio, de ideias ou doutrinas que neguem ou justifiquem os delitos tipificados no número anterior deste artigo, será punida com pena de prisão de um a dois anos.”

²⁰¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

²⁰² Expressão de Suárez. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo...*”, p. 315].

²⁰³ Assim, FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 99.

²⁰⁴ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 125.

²⁰⁵ Elemento este conhecido na doutrina peruana como “*elemento de tendência interna transcendente*”. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 315].

²⁰⁶ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 7.

Sem prejuízo da convicção que transportamos neste domínio - e que é nossa -, a solução a esta querela não se afigura assim tão unívoca ou consensual. SALA SÁNCHEZ, Magistrado do TCE, apresenta-se como rosto da dissonância.

No seu voto particular, SÁNCHEZ reputou como contraditório considerar compreendida na conduta de difusão de doutrinas que “*justifiquem*” o genocídio a presença do “*elemento tendencial*”, mas, concomitantemente, recusar a presença desse mesmo elemento na tipificação da difusão das doutrinas que o “*neguem*”.

O Magistrado arrazoa um primeiro argumento por referência ao elemento gramatical do preceito. Sugere-lhe a literalidade deste que “*a figura delitiva*” identifica as condutas da *negação* e da *justificação* quando as dispõe na mesma posição, simplesmente separadas pelo disjuntivo “*ou*”.²⁰⁷

Deste modo, alvitra SÁNCHEZ que se estenda a interpretação que é feita da factualidade típica da *justificação* do genocídio outrossim à conduta de *negação*. No seu parecer, a exigência do *elemento tendencial* na conduta de *negação* não poderá ser tida como uma “*desfiguração ou manipulação do texto legal*”, visto que a mesma exigência não resulta, tampouco, explicitada na factualidade típica da *justificação*.

Afiança o Magistrado: “*não seria nunca admissível interpretar que o legislador [...] havia querido incriminar somente uma asséptica conduta de negação fáctica, desprovida de toda a intencionalidade.*” Esta sim seria uma “*interpretação abusiva*” e “*sacada do contexto*”, que constituiria uma “*restrição desnecessária*” à liberdade de expressão.²⁰⁸

Da nossa banda, a concordância é apenas parcial. Aquiescemos com a lógica utilizada no segmento respeitante à vontade do legislador - que não seria a de criminalizar uma “*asséptica conduta de negação fáctica*”. A despeito disso, a nossa discordância prende-se com o inarredável e inexorável sentido e significado que os vocábulos encerram.

Ora, não poderemos estabelecer uma identificação e uma similitude automáticas naquilo que consideramos ser desigual.

Negar tem o sentido de: “**1. Afirmar que algo não existe ou não é verdadeiro; Desmentir. 2. Recusar.**”.

²⁰⁷ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: Voto Particular - Sala Sánchez, parágrafo 1. No mesmo sentido foi o voto de Rodríguez Arriba.

²⁰⁸ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: Voto Particular - Sala Sánchez, parágrafo 3.

Distinto é o significado de *justificar*: “1. Declarar justo. 2. Provar que não podia deixar de ser. 3. Dar razão plausível de; fundamentar.”²⁰⁹

Testemunhada a controvérsia e manifestada a nossa aderência ao entendimento maioritário, prossigamos.

TERUEL LOZANO, ademais de ratificar o entendimento de que perfilhamos, enfatiza que não basta que um discurso possa considerar-se como genericamente *incitador*. Ao invés, para o privar da protecção constitucional, este deverá revelar, efectivamente, uma “*perigosidade real e certa para dar lugar à comissão do delito ou acto ilícito que se pretende evitar*”.²¹⁰

Esta perspectiva, de que nos acercamos, encontra-se consideravelmente mais em consonância com os princípios absorvidos no sistema americano - que permite a violação da liberdade de expressão somente nos casos de “*a clear and present danger*” - do que com aquela que é a prática jurídica alemã - que, nas hipóteses de *negação* do Holocausto, protege os judeus residentes no país de qualquer “*probable danger*”.²¹¹

Enfim, ultimando este *topos*, fiquemos com a síntese de VANOSSÍ: “*nos atritos de prevalência axiológica que possam produzir-se entre a penalização de manifestações verbais ou escritas do [...] negacionismo e, por outro lado, o exercício da liberdade de expressão, sem outro ânimo ou propósito que o de externalizar uma elaboração do pensamento crítico ou o fruto de uma investigação científica, é coerente priorizar o direito de expressão e opinião.*”²¹²

²⁰⁹ “*justificar*”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha]*, 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/justificar> [consultado em 01-04-2019]; “*negar*”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha]*, 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/negar> [consultado em 01-04-2019].

²¹⁰ LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. “*La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*”. Murcia: Universidad de Murcia, p. 539.

²¹¹ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 9.

²¹² VANOSSÍ, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 140.

2. Entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)

2.1. O art. 10.º CEDH e o art. 17.º CEDH

As fricções entre a *liberdade de expressão* e as exigências de punir o *negacionismo* conhecem, não raro, o seu desfecho em contendas a dirimir pelo TEDH, com o veredicto deste.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) - dissemo-lo numa fase vestibular do presente excuro - tutela particularmente, no seu art. 10.º, a *liberdade de expressão*, basilar numa sociedade democrática.

Concomitantemente, o diploma demarca os seus limites.

O art. 17.º (“*Proibição do abuso de direito*”) prescreve o seguinte: “*Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.*”²¹³

Esta norma exprime a outra regra fundamental do diploma, que impede o exercício abusivo dos direitos protegidos pela própria Convenção - *in casu*, a *livre expressão do pensamento*. É sobre a *dialéctica confrontante* entre a cláusula consagradora da liberdade de expressão (art. 10.º) e a cláusula do “*abuso de direito*” (art. 17.º) que o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a edificar a sua construção argumentativa. É por recurso a esta fórmula que o Tribunal aquilata se as doutrinas *negacionistas* se vêem ou não subtraídas à guarida da liberdade de expressão.²¹⁴

Adiantamos, desde já, que o Tribunal Europeu tende a admitir a restrição da liberdade de opinião. Reconhece, por um lado, “*a importância de combater todas as formas e manifestações de discriminação*”, e, por outro, assegura que um dos instrumentos previstos para esse efeito é, precisamente, o art. 17.º CEDH, que impede que os direitos protegidos

²¹³ Preceito este em perfeita sintonia com o art. 30.º da DUDH (1948): “*Nada na presente Declaração pode ser interpretado de maneira a conceder a qualquer Estado, grupo ou indivíduo o direito de se entregar a alguma actividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.*” Disposição, outrossim, em harmonia com o art. 5.º do PIDCP (1966): “*Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de conceder qualquer direito a um Estado, grupo ou indivíduo para empreender actividades ou realizar actos que levem à violação de qualquer dos direitos e liberdades reconhecidos no Pacto ou à sua limitação em maior medida do que nele previsto.*”

²¹⁴ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 116.

pela Convenção sejam exercidos de forma a representar uma violação dos mesmos. Deste modo, excepciona-se a regra geral de liberdade de expressão garantida no art. 10.º.²¹⁵

É jurisprudência reiterada do TEDH que a invocação da excepção prevista no art. 17.º “*não se basta com a constatação de um dano*”. Afigura-se, ainda, imprescindível “*comprovar a vontade expressa daqueles que pretendem amparar-se na liberdade de expressão para destruir com o seu exercício as liberdades e o pluralismo ou atentar contra as liberdades reconhecidas na Convenção.*”²¹⁶

Somente nesses casos - assevera o Tribunal - poderiam os Estados, dentro da sua margem de apreciação, permitir no seu direito interno “*a restrição da liberdade de expressão daqueles que negam factos históricos claramente estabelecidos, com o bom entendimento de que a Convenção estabelece, tão somente, um mínimo comum europeu que não pode ser interpretado no sentido de limitar as liberdades fundamentais reconhecidas pelos ordenamentos constitucionais internos (art. 53.º CEDH)*”.²¹⁷

Foi nesta lógica que o Tribunal de Estrasburgo considerou, na Decisão *Garaudy v. France*, de 24 de Junho de 2003, que se não pode considerar legitimada pela liberdade de expressão a *negação* do Holocausto na medida em que a mesma implique um propósito “*de difamação contra os judeus e incitação ao ódio contra os mesmos*”.²¹⁸

Constituiu entendimento do Tribunal, neste caso, que o verdadeiro objectivo do agente havia sido o de “*reabilitar o regime nacional-socialista*” e “*acusar as próprias vítimas de falsificar a história*”. Como tais actos se mostravam manifestamente incompatíveis com os valores fundamentais da Convenção, aplicou, pois, o Tribunal o art. 17.º, recusando ao recorrente o direito a invocar o art. 10.º, relativo à liberdade de expressão, que argumentava haver sido violado.²¹⁹

²¹⁵ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 113.

²¹⁶ Vide, a este respeito, os casos *Refah Partisi and others v. Turkey ECHR 13 Feb 2003* e *Fdanoka v. Latvia ECHR 17 Jun. 2004*. [Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV].

²¹⁷ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 5.*

Art. 53.º CEDH: “*Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via*”- “*Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos [...]*”.

²¹⁸ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

²¹⁹ O recorrente, autor do livro “*Os Mitos Fundadores do Israel Moderno*”, foi, por isso, condenado por *contestar* a existência de crimes contra a humanidade, difamação em público de um grupo de pessoas - a comunidade judaica - e incitamento ao ódio racial. [EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2019. “*Hate speech - factsheet*”. Council of Europe, pp. 3-4].

Reiterou o Tribunal Europeu que se não pode interpretar o art. 10.º no sentido de implicar um direito a realizar actividades ou actos tendentes à destruição dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção.

Porém, ao tentar desviar esse preceito do seu verdadeiro propósito, utilizando o direito à liberdade de expressão para fins que são contrários ao texto e ao espírito da Convenção - declarou o Tribunal na Decisão *Lehideux and Isorni v. France* -, o agente estava a contribuir, precisamente, para a destruição dos direitos e liberdades garantidos pela mesma Convenção - algo proscrito pelo art. 17.º. Consequentemente, sentenciou o colectivo de juízes que o demandante não poderia ver o conteúdo das suas afirmações ser resguardado perante as exigências do *abuso de direito*.²²⁰

Fundamental se revela, na esteira do posicionamento do TEDH, distinguir se a conduta concreta se configura, ou não, como uma modalidade do denominado “*discurso de ódio*”, posto que só nesse caso não terá cobertura no direito à liberdade de expressão.²²¹ A *mera negação* de um genocídio, julgamos, não pode por si só ser considerada como uma modalidade desse discurso.²²²

Referindo-nos, a título de exemplo, aos casos *Ergogdu & Ince v. Turquia, Gündüz v. Turquia*, ou mesmo *Erbakan v. Turquia*,²²³ os juízes de Estrasburgo prescreveram, coerentemente, a exclusão da protecção da liberdade de expressão nesses casos de “*discurso de ódio*” - tido como aquele que se desenvolve “*em termos que suponham uma incitação directa à violência contra os cidadãos em geral, ou contra determinadas raças ou crenças em particular*”.²²⁴

Já a *Recomendação No. R (97) 20* determinava que o mesmo “*discurso de ódio*” deveria ser entendido como “*abrangendo todas as formas de expressão que difundam, incitem, promovam ou justifiquem o ódio racial, a xenofobia, o anti-semitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: intolerância expressa pelo nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem imigrante.*”²²⁵

²²⁰ *Case Lehideux and Isorni v. France (Application 55/1997/839/1045) ECHR 23 Sep 1998.*

[LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, pp. 117-119].

²²¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

²²² Assim, FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 99.

²²³ Decisões do TEDH de 8 de Julho de 1999; 4 de Dezembro de 2003; e 6 de Julho de 2006, respectivamente.

²²⁴ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 115.

²²⁵ Apêndice da Recomendação No. R (97) 20 : Escopo.

2.2. “Factos históricos claramente estabelecidos”

Nestas decisões a que vimos aludindo, o Tribunal de Estrasburgo tem sido chamado a resolver o problema dos limites do debate histórico a respeito dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial.

Neste particular, os juízes introduziram uma relevante distinção entre uma “*categoria de factos históricos claramente estabelecidos*” e uma **categoria de factos** em relação aos quais, todavia, “*está vigente um debate entre os historiadores sobre como se produziram e como se pode interpretá-los*”.

Nos termos desta segunda categoria, caberá ao julgador aquilatar se, tendo em conta o objectivo prosseguido, o método utilizado e o conteúdo das afirmações, certos “*factos históricos*” devem ser discutidos novamente ou não.²²⁶

No que concerne ao “*debate aberto entre historiadores*” acerca de aspectos relacionados com os actos genocidas do regime nazi, considera o Tribunal que “*a busca da verdade histórica constitui parte integrante da liberdade de expressão*”. Mais: não lhe competindo “*arbitrar a questão histórica de fundo*”, aquele encontra-se, indiscutivelmente, avalizado pelo art. 10.º da Convenção.²²⁷

No que diz respeito à existência do Holocausto, não obstante julgar necessário que qualquer país tenha um debate aberto e sereno sobre a própria história, aquela - a existência do genocídio - acha-se abrangida pela primeira das categorias, referente aos “*factos históricos claramente estabelecidos*”. Por conseguinte, é entendimento dominante do Tribunal Europeu que a garantia do art. 10.º se não aplica em favor do discurso *negacionista*.²²⁸

Longe disso, digamos.

A jurisprudência firmada pelas Decisões *Lehideux & Isorni v. France* e *Chauvy & others v. France* encaminha-se, precisamente, no sentido de permitir que os Estados possam subtrair aquele discurso à protecção do mesmo art. 10.º, por aplicação da cláusula do art. 17.º.²²⁹

Sob a mesma lógica repousou a já aludida Decisão *Garaudy*. O Tribunal, que declarou inadmissível o pedido, considerou que o conteúdo das afirmações equivalia à *negação* do Holocausto - uma das formas mais graves de difamação racial e de incitamento

²²⁶ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, pp. 127-128.

²²⁷ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 119.

²²⁸ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, pp. 127-128.

²²⁹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

ao ódio contra os judeus. Ao *negar* o Holocausto, estava a contestar-se a existência de “*eventos históricos claramente estabelecidos*” - actividade essa não representativa de uma “*pesquisa científica ou histórica*”.²³⁰

Distinta foi, como já abordado *supra*, a compreensão do Tribunal Constitucional espanhol. Particularmente na Sentença 214/1991 (mas também na Sentença 176/1995), o Tribunal admitiu a legitimidade constitucional da discussão histórica em torno da existência de genocídio, discurso esse que goza da cobertura das liberdades ideológicas e de expressão.

²³¹ Da nossa parte, a inclinação para esta última perspectiva é acentuadíssima, em razão de se mostrar consideravelmente mais consentânea com o valor da liberdade de expressão.

Tragamos à colação as lustrosas palavras de 2004 dos juízes do Tribunal de Madrid: “*se a história somente pudesse construir-se com base em factos inquestionáveis, a historiografia, concebida como ciência social, seria impossível.*”²³²

2.3. Críticas à formulação

Autores há, todavia, que se não deslumbram com a fórmula arquitectada pelo Tribunal de Estrasburgo para debelar esta dificuldade. Bem pelo contrário, diga-se. Referimo-nos, nomeadamente, a JORGE VANOSSI ou ROBLEDO.

No entender do constitucionalista argentino, a aplicação da doutrina do “*abuso de direito*” ao exercício da liberdade de expressão nem sempre facilita a clarificação do problema. Diversamente, nas mais das vezes redundamos numa contradição, num paradoxal “*pensar o mesmo*”. Qual “*cuadratura del círculo*”.²³³

No Velho Continente, a discussão prossegue e as decisões judiciais nacionais divergem, não raro, das soluções que são granjeadas pelo Tribunal Europeu por recurso ao conhecido *modus decidendi*. O mesmo sucede no seio do próprio TEDH.²³⁴

Também AGUSTÍN ROBLEDO assinala o “*carácter vacilante*” da jurisprudência do TEDH, circunstância que “*torna muito difícil extrair standards claros*” da mesma, acarretando uma “*certa insegurança jurídica*”.²³⁵

²³⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2019. “*Hate speech - factsheet...*”, p. 3.

²³¹ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 132.

²³² *Sentencia TCE 43/2004, de 23 de marzo*: fundamento 6.

²³³ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 126.

²³⁴ *Ibidem*, p. 126. O autor destaca, como exemplo, decisões dos Tribunais Superiores de alguns Estados europeus, designadamente da Suíça, Espanha, França ou Itália.

²³⁵ ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. “*Los riesgos de penalizar el negacionismo...*”, p. 441.

A natureza oscilante das decisões do Tribunal revela-se em um número considerável de sentenças em que, somente a jusante de uma análise detalhada dos factos, logra a sua conclusão de cuidar-se (ou não) de declarações protegidas pela liberdade de expressão - garantida pelo art. 10.º.

Não obstante, em outras decisões essa análise ausenta-se e a correspondente ponderação é postergada. Com efeito, o juízo é baseado na proibição geral de *abuso do direito* do art. 17.º, denegando-se o amparo aos recorrentes.²³⁶

Particularmente emblemática é uma outra contradição.

Em especial, aprecia-se o que poderíamos considerar ser “*um absoluto respaldo*” às sanções dos condenados com fundamento na *negação* do Holocausto, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem habitualmente concebe como um “*facto histórico incontestável*”.²³⁷

Controversamente, a actuação do Tribunal de Estrasburgo revela-se heterogénea quando se encontra na presença de recorrentes cuja condenação haja sido fundada na *negação* ou *minimização* de outros crimes massivos, como é exemplo paradigmático o genocídio arménio. Relativamente a estes, o TEDH admite o debate histórico.²³⁸

Podemos facilmente reportar ao caso *Perinçek*, em que o TEDH experimentou diferentes dificuldades interpretativas.

Dogu Perinçek, professor de Direito e presidente do Partido dos Trabalhadores da Turquia, participou em conferências na Suíça onde, em 2005, *negou* publicamente a existência de qualquer genocídio praticado pelo Império Otomano contra o povo arménio entre 1915 e 1923.²³⁹ Do seu ponto de vista, tais massacres não poderiam ser qualificados como *genocídio* - “*the lie of the ‘Armenian genocide’*” -, motivo pelo qual a ideia de um genocídio arménio constituía uma “*mentira internacional*” (“*international lie*”).

O Tribunal de Lausanne, em Março de 2007, condenou Perinçek pela prática de um crime de discriminação racial, por meio da *negação* do genocídio, punido pelo art. 261 *bis* § 4 do Código Penal suíço.²⁴⁰

²³⁶ ROBLEDO, Agustín Ruiz, *op. cit.*, p. 441.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 441-442.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 441-442.

²³⁹ Para mais desenvolvimentos acerca do genocídio arménio, *vide* MARCHAND, Laure. 2015. “*Turkey and the Armenian ghost: on the trail of the genocide*”. Montreal: McGill-Queen's University Press.

²⁴⁰ *Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08)*, ECHR 15 Oct 2015, pp. 4-7.

O agente recorreu, invocando opiniões de historiadores e factos históricos variados. Contudo, a sua condenação foi confirmada, tendo o Tribunal *ad quem* julgado que a questão do genocídio arménio não carecia de discussões históricas, e que havia já sido reconhecida a sua realidade pela legislação helvética.

Com efeito, Perinçek apresentou uma queixa no TEDH, alegando ter sido violada a sua liberdade de expressão, consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Chamada a decidir, a *Grand Chamber* do Tribunal de Estrasburgo diferenciou as hipóteses de *negação* do genocídio arménio e de *negação* do Holocausto Judeu.

Considerou o Tribunal que, atendendo ao contexto em que foram proferidas e à posição do requerente, aquelas declarações revestiam uma “*natureza histórica, jurídica e política*” - “*a historical, legal and political nature*” -, concluindo não ser necessária a sua condenação numa sociedade democrática.²⁴¹

Reconhecendo que as *declarações* “*não correspondiam ao incitamento ao ódio para com o povo arménio*”, não “*expressavam desprezo pelas vítimas*” nem visavam “*justificar o genocídio*”, julgou o Tribunal que Perinçek “*não tinha usado a sua liberdade de expressão para fins contrários ao texto e espírito da Convenção*”.²⁴²

Arrazoou, ainda, o julgador europeu ser difícil vislumbrar a existência de uma “*necessidade social premente*” - “*a pressing social need*” - de penalizar estas declarações, por oposição às declarações que *negam* o Holocausto, que encerram outras implicações e são susceptíveis de produzir outras repercussões.²⁴³

Decidiu, enfim, a *Grand Chamber*, por maioria - mas não de forma unânime -, que não havia, pois, motivos para aplicar o instituto do *abuso de direito* (art. 17.º) e rejeitar a aplicação da liberdade de expressão, que fora violada pela Suíça.^{244/ 245/246}

²⁴¹ *Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08), ECHR 15 Oct 2015*, pp. 70-ss.

²⁴² *Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08), ECHR 15 Oct 2015*, p. 57.

²⁴³ *Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08), ECHR 15 Oct 2015*, p. 71.

²⁴⁴ *Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08), ECHR 15 Oct 2015*, p. 57.

²⁴⁵ Relativamente ao “*carácter vacilante*” e à dificuldade de “*extrair standards claros*” que ROBLEDO apontava à jurisprudência do TEDH, diga-se que nesta Decisão o Tribunal recorreu a sete critérios de balanceamento distintos. Mais: a sentença foi adoptada por uma maioria de apenas dez votos contra sete. [MORTE, Gabriele Della. 2016. “*Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*”. Università Cattolica di Milano, p. 6].

²⁴⁶ Destaque para a opinião parcialmente dissidente (“*partly dissenting opinion*”) de PINTO DE ALBUQUERQUE, para quem o genocídio arménio representa um “*facto histórico claramente estabelecido*” (“*clearly established historical fact*”), motivo pelo qual julgou que a condenação do agente não violava o art. 10.º da Convenção.

§ Capítulo IV - Problemas da incriminação

No que diz respeito ao *negacionismo* - um campo muito significativo no plano ideológico e onde as respostas emotivas e irracionais prevalecem ²⁴⁷ -, afigura-se de tamanha dificuldade a tipificação irrepreensível ou a criminalização inatacável de uma conduta.

O presente capítulo - presumivelmente derradeiro - versará sobre aqueles que são reconhecidos como os maiores óbices e inconvenientes à criminalização e as mais comuns objecções suscitadas. Em face destes, e como decorrência dos mesmos, ensejaremos alvitrar aquela que seria a postura que privilegiaríamos ser adoptada pelas legislações do Velho Continente.

1. A questão do bem jurídico

1.1. A lesão de bens jurídicos

“Uma política criminal que se queira válida para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”. ²⁴⁸

Ao Direito Penal compete-lhe, somente, as ações nas quais o perigo de uma lesão se manifesta como um facto. ²⁴⁹ O termo “*facto*” revela, em última análise, o seu tradicional significado liberal: “*facto*” é sinónimo de ofensa a bens jurídicos. ²⁵⁰

Declarava FIGUEREIDO DIAS que “*todo o Direito Penal é um direito do bem jurídico-penal.*” ²⁵¹ Esta teoria do bem jurídico - que está sempre presente - “*enquanto garantia de liberdade*”, consiste, di-lo ROXIN, na ilegitimidade das incriminações quando referidas a comportamentos que não ponham em causa nem o livre desenvolvimento do indivíduo, nem as condições necessárias a esse desenvolvimento. ²⁵²

²⁴⁷ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 140.

²⁴⁸ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de. 2016. “*O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º, N.º 3998”, p. 251.

²⁴⁹ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 138.

²⁵⁰ DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI. 1994. “*Constituição e escolha dos bens jurídicos...*”, p. 152.

²⁵¹ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, p. 251.

²⁵² ROXIN, Claus. 2013. “*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal...*”, p. 13.

Pois bem, esclarece HELMUT FRISTER, “*um comportamento que não ponha em causa de algum modo as possibilidades de desenvolvimento dos outros não deve ser valorado como ilícito penal.*”²⁵³

Ora, na tipificação do *negacionismo*, contrariamente, as consequências jurídicas penais parecem não estar dependentes dessa ameaça ao livre desenvolvimento do indivíduo, mas antes estar determinadas, nos dizeres de FRONZA, pela “*concreção*” de uma perigosidade típica das ideias.²⁵⁴

Assoma, aqui, o cenário efectivo de estarmos na presença de uma violação da exigência de ofensa a um bem jurídico. Este receio é reforçado, como refere FRONZA, por nos encontrarmos numa hipótese em que existe um retrocesso da protecção penal. O Direito Penal não pode interferir no âmbito das ideologias se elas não representarem o início de uma actividade executiva de tentativa de lesão de bens jurídicos.²⁵⁵

Revisitando o art. 607.º/2 CPE: ao aplicarmos a literalidade do preceito, tal-qual era a sua formulação, estaríamos a sancionar uma conduta que permanece num estágio prévio ao que justifica a intervenção do Direito Penal. Isto porquanto tal comportamento não constitui, sequer, um perigo potencial para os bens jurídicos tutelados, supondo a vulneração do direito à liberdade de expressão.²⁵⁶

Afirma categoricamente LEWY GUENTER: “*Não há motivo para punir ideias a menos que resultem num imediato e tangível dano.*”²⁵⁷

Fazendo-nos valer das melhores palavras de HELENA MONIZ, a criminalização do *negacionismo* “*confere ao Direito Penal uma missão perigosa, afastando cada vez mais a tutela penal de uma efectiva lesão de bens jurídicos.*”²⁵⁸

Está dado o mote para o nosso derradeiro capítulo.

²⁵³ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁴ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 138.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 138.

²⁵⁶ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 126.

²⁵⁷ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 160.

²⁵⁸ Palavras de Helena Moniz respeitantes ao delito de “*Instigação pública a um crime*” (art. 297.º), que transpomos para o ilícito de *negacionismo*. [MONIZ, Helena. 1999. “*Comentário coimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.]. - Tomo 2*”. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1130].

1.2. A dificuldade de escolha do bem jurídico

Escreve STUCKENBERG que o “*topos protecção de bens jurídicos persegue certamente o propósito indubitavelmente desejável de uma política racional e de um direito penal liberal e humano*”.²⁵⁹

Porém, uma primeira dificuldade se mostra a eclodir: a identificação desse mesmo bem jurídico - que se deseja cabalmente prestável.

Uma premissa é insofismável: a lei penal não pode dispensar a sua protecção a bens jurídicos proscritos pela Constituição ou socialmente irrelevantes.²⁶⁰

A *imoralidade*, outrossim, jamais poderá ser considerada como fundamento bastante que justifique a intervenção coercitiva do Estado na vida dos cidadãos.

Como manifesta FRONZA, se eliminarmos mentalmente o “*carácter execrável*” de tais ideias, “*desde um ponto de vista especificamente moral*”, não permanece nada no ataque *negacionista* que seja “*exteriormente visível e socialmente certo*”.²⁶¹

1.2.1. “A protecção da verdade histórica”

Muitos autores identificam o bem jurídico protegido pelas normas que reprimem o *negacionismo* com a *protecção da verdade histórica*.

É nosso entendimento, não obstante, que, mesmo quando se trate de uma “*interpretação compartilhada, definida e definitiva*”, a *verdade histórica* jamais pode ser concebida como um bem jurídico.²⁶²

Como salienta ROXIN, “*a verdade histórica como tal deveria poder afirmar-se sem Direito Penal.*”²⁶³ A nós, mostra-se-nos claro que não é função do Direito Penal enfrentar tais fenómenos.²⁶⁴

²⁵⁹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁰ CUSSAC, José L. González. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad*”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, p. 237.

²⁶¹ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 140.

²⁶² Assim, *ibidem*, p. 140.

²⁶³ *Ibidem*, p. 143.

²⁶⁴ Bem pelo contrário. Declara ROXIN que “*a missão do Direito Penal consiste em assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica, garantindo todos os direitos jurídico-constitucionalmente estabelecidos*”. [ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 12.]

Mesmo existindo uma interpretação geralmente aceite, não deve o Direito Penal proteger essa interpretação nem punir as afirmações que a contestem. Pois, em tal hipótese, o que a lei estaria a proteger seria, essencialmente, uma ideologia. ²⁶⁵

Dito isto, naturalmente que exprimimos a nossa discordância com as teses que apregoam que a protecção da *verdade histórica* e a defesa do Estado democrático são valores maiores relativamente à liberdade de expressão. ²⁶⁶ Situar ambos os valores - protecção da verdade histórica e defesa do Estado democrático - no mesmo plano afigura-se-nos um raciocínio absolutamente equivocado.

Não conseguimos deslindar a premência da tutela de uma *verdade histórica*. Como firmou PIERRE NORA, num Estado livre nenhuma autoridade política tem o direito a definir a *verdade histórica* e, com isso, restringir a liberdade dos historiadores, sob a ameaça de sanções criminais. ²⁶⁷

Enfim, a selecção de uma interpretação histórica de entre as plúrimas possibilidades e a sua identificação como o interesse protegido não se revela, de todo, aceitável.

Distintamente, somente quando as manifestações prejudicarem os interesses ou os direitos doutrem, ou se revelarem ofensivas para um grupo, se justificará a sua punição. ²⁶⁸

Pensar de modo antagónico, e, dessarte, reconhecer uma exigência legal de *verdade histórica*, seria, na nossa óptica, o mesmo que compactuar com o dantesco cenário de criação de um *Ministério da Verdade* - produto de um regime opressor e hostil às liberdades fundamentais -, como o retratado na ficção de George Orwell. ²⁶⁹

1.2.2. “Evitar um clima favorecedor de condutas discriminatórias”

Na antecâmara da ubíqua *Sentencia 235/2007* do Tribunal Constitucional espanhol, o Tribunal *a quo* - a *Audiência Provincial de Barcelona* - havia invocado que o bem jurídico protegido teria natureza difusa e identificar-se-ia com o de “evitar que se crie um clima favorecedor de condutas discriminatórias”.

²⁶⁵ Assim, FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 621.

²⁶⁶ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 7.

²⁶⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 125.

²⁶⁸ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 621.

²⁶⁹ George Orwell, 1984.

Sem prejuízo, julgou o mesmo Tribunal que tal bem jurídico não era merecedor de protecção penal. Ademais do seu carácter difuso, a criminalização da conduta *negacionista* para a tutela deste interesse supõe um limite ao direito à liberdade de expressão.²⁷⁰

Na mesma decisão, o Tribunal *ad quem* - o TCE - afiançou que a *negação* do genocídio só “*de forma preventiva ou cautelar*” poderia criar um risco de geração de um “*clima social de animosidade contra as vítimas*”.²⁷¹

Além do mais, “*nem mesmo tendencialmente*” se pode afirmar que “*toda a negação de condutas juridicamente qualificadas como delito de genocídio persegue objectivamente a criação de um clima social de hostilidade*” contra aquelas pessoas pertencentes aos grupos vítimas do genocídio.²⁷²

Finalizando, a conduta *negacionista* - considera o Tribunal Constitucional espanhol - permanece “*num estágio prévio ao que justifica a intervenção do Direito Penal, enquanto não constitui, sequer, um perigo potencial*” para o bem jurídico tutelado. Isto dito, conclua-se, a sua inclusão supõe a “*vulneração do direito à liberdade de expressão*”.²⁷³

1.2.3. A “*paz pública*”

“*Não é admissível que num Estado, ainda que democrático, sejam toleradas mensagens que atentem contra a tranquilidade pública, pois dirigem-se a tingir de legalidade factos passados marcada, legal e eticamente declarados [...] como graves delitos*”.²⁷⁴

A partir desta proposição de SUÁREZ, tenhamos presente que na legislação penal germânica a criminalização do *negacionismo* se afigura como resposta à ameaça à *paz pública* e ao sentimento de segurança da população judaica residente na Alemanha.

Daí o *StGB* criminalizar a conduta *negacionista* “*de forma adequada a perturbar a paz pública*”.²⁷⁵

²⁷⁰ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 112.

²⁷¹ Assim, *ibidem*, p. 139.

²⁷² *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 8.

²⁷³ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 8.

²⁷⁴ Afirmações de SUÁREZ referentes à *negação* do terrorismo, mas de que aqui nos valemos. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...*”, pp. 317-318].

²⁷⁵ Recorrendo à literatura italiana, descreve CRISTINA LÍBANO MONTEIRO a *paz pública* como “*a boa ordem e o normal funcionamento do viver civil, a que correspondem, na colectividade, a opinião e o sentido da tranquilidade e da segurança*”. [MONTEIRO, Cristina Líbano. 1999. “*Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.]. - Tomo 2*”. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1198].

A ofensa deverá, pois, conter um elemento típico que implique que a mesma revista uma *concreta aptidão* para perturbar a *paz pública*.²⁷⁶ Isto porque - já o havemos dito antes - nem toda a *negação é per se* capaz de consegui-lo.

A este respeito, considera-se que a *paz pública* é ofendida quando as pessoas se possam sentir intimidadas pelo simples facto de pertencerem a um círculo ou a um grupo, ainda que circunstancial.²⁷⁷

O “*juízo sobre a idoneidade da acção*” deverá ter em conta o conteúdo das afirmações, o modo, as circunstâncias em que se manifestem e todos os elementos presentes em cada caso concreto.²⁷⁸

Em princípio, e desde a perspectiva do conceito de bem jurídico crítico da legislação, a criminalização destes factos mostra-se a ROXIN “*perfeitamente legítima*”, na medida em que ameacem a segurança de grupos da população.²⁷⁹

Para um segmento da doutrina, a atenção aos sobreviventes deveria ser razão suficiente para permitir a proscricção do *negacionismo*. Desse modo, presumivelmente, a lei resultaria justificada, ainda que na ausência de algum perigo para a ordem pública.²⁸⁰

Não somos, de modo algum, seguidores desta tese.

Contrariamente, corroboramos da perspectiva de ROXIN, nos termos da qual, na presença de situações em que não chegue a existir qualquer agitação ou discriminação - e esteja apenas em causa a discussão de factos históricos -, deve negar-se a lesão de um bem jurídico.²⁸¹

Outrossim, numa lógica confluyente, patenteia E. FRONZA que aquele requisito da *idoneidade* - que parece delimitar a área do que é punível - resulta, na realidade, não obstante, anulado pelo requisito da *perturbação da paz pública*.²⁸²

²⁷⁶ CUNHA, José Manuel Damião da. 1999. “*Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.] - Tomo 2*”. Coimbra: Coimbra Editora, p. 632.

²⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. 2016. 1999. “*Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.] - Tomo 2*”. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1168.

²⁷⁸ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 124.

²⁷⁹ ROXIN, Claus. 2013. “*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal...*”, p. 18.

²⁸⁰ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 49.

²⁸¹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 18..

²⁸² FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 124.

Pois bem: quer na ausência de violação da *paz pública* - em caso de conduta *adequada a* -, quer na presença de efectiva violação da mesma *paz pública* - mas à míngua de conduta *adequada* -, os embaraços perduram.

O inultrapassável carácter “*abstracto e multiforme*” da *paz pública* acarreta sérios e bem conhecidos riscos, especialmente devido à natureza incerta que a caracteriza e à possível inexistência de lesão ao bem jurídico que dela pode derivar.²⁸³

Escrevia FIGUEIREDO DIAS que “*um dever estadual de protecção desligado da ideia de bem jurídico apresentar-se-ia inevitavelmente vazio de sentido e de conteúdo, por lhe faltar o referente essencial para a definição do rumo da acção protectora estadual*”.²⁸⁴

Ora, o bem jurídico da *paz pública* não apenas sub-roga amiúde a carência de um referente imediato de lesividade, como também se apresenta como um conceito que não é neutro - resulta antes como o produto de valores ideológicos.²⁸⁵

À noção de *dignidade penal* deve acrescer, ainda, na concretização dos comportamentos proibidos, o critério adicional da *carência de tutela penal*. Destarte, a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requer que esta intervenção seja indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade.²⁸⁶

Enfim, fundando-nos na proposição de que a função do Direito Penal só pode ser a de tutela *subsidiária* de bens jurídicos dotados de *dignidade penal* e *carentes de pena*²⁸⁷ -, e não duvidando que a *paz pública* reveste essa *dignidade penal* -, temos para nós que, quando aferida no caso do discurso *negacionista*, aquela revela a sua **não carência de pena**.

1.2.4. “*A dignidade humana*”

Principiava deste modo, a determinado momento, o Supremo Tribunal de Justiça uma proposição jurídica: “*Adquirido que a criminalização é o instrumento eleito para tutelar a dignidade, e a não discriminação ofendida pela negação [...]*”.²⁸⁸

Partindo desta asserção, no presente tópico constituirá nosso intento, precisamente, o de contraditá-la e refutá-la.

²⁸³ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 137.

²⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. 2016. “*O «direito penal do bem jurídico» como princípio ...*”, p. 265.

²⁸⁵ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, pp. 138-139.

²⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, p. 266.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 251.

²⁸⁸ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV [negrito nosso].

Tem-se desenvolvido uma sensibilidade doutrinária caracterizada por um “*profundo cepticismo quanto às virtualidades*” do princípio da *dignidade humana* ²⁸⁹ - *maxime* decorrente dos riscos associados à sua nefasta utilização -, o que contribui, sobremaneira, para que o não divisemos como bem jurídico prestável a ser tutelado na criminalização do *negacionismo*.

Lá chegaremos.

Sendo pacífico revestir este princípio “*constitucionalmente reconhecido como princípio dos princípios*” ²⁹⁰ dos predicados da “*normatividade, objectividade e incondicionalidade*”, não nos parece, porém, que lhe seja aplicável a propriedade da “*autonomia*”. “*Autonomia*” esta que lhe possibilite “*operar como parâmetro imediato e único*” de uma incriminação. ²⁹¹

A *dignidade* surge, antes, “*como fundamento dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais estruturantes.*” ²⁹²

Na esteira de FIGUEIREDO DIAS, o pior serviço que se pode prestar “*ao primeiro e mais elevado princípio de toda a ordem jurídica democrática*” é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo, “*dotado de um conteúdo fixo e imutável*”, e, como tal, imediatamente aplicável a concretas situações da vida. ²⁹³

Não é, pois, essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim a de se erguer “*como veto inultrapassável a qualquer actividade do Estado que não respeite aquela dignidade essencial*”.

Assim, antes que como *fundamento*, a *dignidade* apresenta-se como “*limite de toda a intervenção estadual*”. ²⁹⁴

Mais: o princípio da *dignidade humana* encerra uma “*vaguidade de conteúdo*” e um “*subjectivismo de concretização*” que impossibilita que se retire do mesmo “*um sentido normativo claro e inequívoco*”, produzindo-se, ao invés, “*uma significativa insegurança jurídica*” e “*resultados sempre controversos*”. ²⁹⁵

²⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. 2015. “*A dignidade da pessoa humana*”. Vol. I - “*Dignidade e Direitos Fundamentais*”. Coimbra: Almedina, p. 155.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 20.

²⁹¹ Acórdão TC n.º 225/2018: Declaração de Voto do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, a respeito da eleição da “*dignidade humana*” como fundamento de um juízo de inconstitucionalidade.

²⁹² Acórdão TC n.º 225/2018: Declaração de Voto do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro.

²⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, p. 260.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 260.

²⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *op. cit.*, pp. 65-66 e 104.

Esta “*indeterminabilidade congénita*”²⁹⁶ da *dignidade humana* concorre para que a não possamos conceber como um bem jurídico penalmente relevante - constituindo antes a mais importante *proposição ideológica* que preside a um Estado de Direito.²⁹⁷

Enquanto *proposição ideológica* pode - isso sim - concretizar-se em outros concretos bens jurídicos,²⁹⁸ mas, assegura terminantemente ROXIN, “*a ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico*”.²⁹⁹

Isto dito, julgamos, também aqui, que o bem jurídico não é satisfatório para sustentar e legitimar a criminalização do *negacionismo*.

2. O teste da proporcionalidade da incriminação

2.1. Generalidades

Ainda que na velha Europa do século XX tenham predominado os exemplos de sistemas de Direito Penal de utilização máxima - em contraposição ao *Direito Penal de última ratio* -, a evolução dos tempos veio resgatar a ideia do princípio da intervenção mínima, de acordo com o qual o Direito Penal só deve dedicar-se aos casos de ataques graves a bens jurídicos fundamentais.³⁰⁰

Estes ideais humanistas traduziram-se na adopção do *princípio da proporcionalidade* - na sua função precípua de proibição de excesso³⁰¹ - enquanto postulado e critério material para a aferição da bondade das soluções penais.

Não obstante as dificuldades salientadas no número anterior relativas à prestabilidade dos bens jurídicos sugeridos, assumamos a sua existência para proceder ao teste seguinte.

Aludiremos à “*igualdade entre todos os cidadãos do mundo*” e à “*honra*”, alvitradas por MARIA JOÃO ANTUNES, como as hipóteses mais plausíveis.³⁰²

As medidas penais - sabemo-lo - apenas serão constitucionalmente *admissíveis* quando sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas* à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (art. 18.º CRP), e só se terão por

²⁹⁶ Expressão feliz de REIS NOVAIS. [NOVAIS, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 121].

²⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, p. 261.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 261.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. 2013. “*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal...*”, p. 20.

³⁰⁰ ARNAU, Maria Luísa Cuerda. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción...*”, pp. 113-114.

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2004. “*Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 47, p. 12.

³⁰² ANTUNES, Maria João. 1999. “*Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial...*”, p. 575.

constitucionalmente *exigíveis* quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância, e essa protecção não possa ser *suficiente e adequadamente* garantida de outro modo.”³⁰³

Desta forma, procura-se que se não produza um sacrifício *desnecessário* ou *excessivo* dos direitos, que sucederia em caso de *desnecessária* reacção penal.³⁰⁴

Parafraseando LUÍSA ARNAU, o legislador deve estar em condições de responder a estas duas indagações: *a)* está seguro de ter traçado adequadamente a fronteira entre o eticamente reprovável e o penalmente sancionável?; *b)* reparou nos efeitos indirectos que pode ter o facto de sancionar penalmente comportamentos que se encontram muito próximos do âmbito protegido pelos direitos fundamentais?

A resposta é categórica: “*o legislador não pode responder com solvência a nenhuma das perguntas formuladas*”.³⁰⁵

2.2. O Princípio da adequação

A exigência (ou subprincípio) da *adequação* dirige-se no sentido de um controlo da viabilidade (*i.e.*, da *idoneidade técnica*) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s).³⁰⁶

Da nossa parte, afigura-se-nos pacífico considerar que a criminalização do *negacionismo* representa uma medida *adequada/idónea* para tutelar os bens jurídicos em jogo da *honra* e da *igualdade*.

2.3. O Princípio da necessidade

O Direito Penal é imprescindível para a protecção de valores fundamentais à vida do homem em sociedade. Porém, com esta afirmação, na esteira de CONCEIÇÃO CUNHA, não pretendemos significar que ele seja sempre e em qualquer caso imprescindível para a defesa de todo e qualquer valor fundamental e em toda a sua extensão.³⁰⁷

As normas que sancionam o *negacionismo* colocam-nos, na óptica de E. FRONZA, diante de um *paradoxo* ou *aporia* do sistema jurídico: por um lado, “*é evidente o perigo ou a gravidade destes textos deploráveis*”, enquanto que, por outro, deve perguntar-se se para

³⁰³ ANTUNES, Maria João. 2012. “*A problemática penal e o Tribunal Constitucional...*”, pp. 101-102.

³⁰⁴ CUSSAC, José L. González. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción...*”, p. 237.

³⁰⁵ ARNAU, Maria Luísa Cuerda, *op. cit.*, p. 117.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 12.

³⁰⁷ CUNHA, Conceição. 1995. “*Constituição e crime ...*”, p. 289.

deter ou conter a difusão deste fenómeno é *necessário*, antes que oportuno, reagir com o instrumento penal.³⁰⁸

A segunda operação a empreender no teste da proporcionalidade consiste na exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objecto da restrição - *critério da exigibilidade*³⁰⁹ -, impondo-se que a escolha se faça em termos de comprimir o menos possível os valores em causa, segundo o seu peso na situação.³¹⁰

Neste particular, a resposta aparenta-nos ser bastante distinta.

Como dito no douto aresto do STJ, existe uma enorme quantidade de evidências históricas que provam que ocorreu o assassinato em massa de judeus da Europa durante a Segunda Guerra Mundial. Se alguém não acredita em tais evidências, não será convencido do contrário por força de uma lei. Diversamente. Na melhor das hipóteses - disse-se -, essa pessoa sentir-se-á ameaçada de dizer publicamente o que realmente pensa.^{311/312}

Pois bem. Existem, na enunciação do Conselheiro SANTOS CABRAL, duas formas de encarar a maneira de combater o *negacionismo*: ou no campo das ideias do debate livre e aberto, ou na valorização do bem jurídico fundamental que está em causa, tutelando-o com o recurso à criminalização.³¹³

O direito positivo, indubitavelmente, tem a função de proteger valores, mas a conjugação de normas ético-sociais e legais é muito complexa. As normas penais, criminalizando condutas, modelam os valores fundamentais das sociedades e constituem, por conseguinte, uma das técnicas de protecção daquilo que é socialmente considerado merecedor de protecção penal.³¹⁴

Ora, da nossa parte, considerando a circunstância de o *negacionismo* do Holocausto ser explícita ou implicitamente ilegal em cerca de dezena e meia de países, mas não criminalizado noutros países,³¹⁵ preservamos muitas desconfianças quanto à *necessidade* da sua incriminação.

³⁰⁸ FRONZA, Emanuela. 2011. "*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*", p. 142.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 12.

³¹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. 2016. "*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*". 5ª ed., reimp. Coimbra: Almedina, p. 303.

³¹¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

³¹² É a situação que se regista na Turquia. Apesar da grande quantidade de evidências disponíveis e de testemunhos existentes relativos ao genocídio arménio, o governo turco insiste em *negar* esse massacre. [ANTARAMIÁN, Carlos. 2016. "*El Holocausto y otros genocidios - Esbozo histórico del genocidio armenio*", in *Rev. mex. cienc. polít. soc.*, vol.61, nº.228, México Sep./Dec. 2016, p. 358].

³¹³ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

³¹⁴ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 104.

³¹⁵ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

2.3.1. As Leis de Memória

Alicerçados nesta retórica, conjecturemos um modo distinto de conceber e debelar as manifestações do *negacionismo*. Propendemos para a realocização da tónica em outras formas de combater este fenómeno.

E. FRONZA explicita as duas principais modalidades de intervenção jurídica que emergem da intersecção entre *lei* e *memória* - particularmente a memória dos eventos da Segunda Guerra Mundial.

Uma é simbolizada por leis criminais, adoptadas a nível nacional e supranacional, que punem o *negacionismo* do Holocausto. A outra, diversamente, é representada pela adopção de leis nacionais e supranacionais que convidam os cidadãos a “*recordarem*”.³¹⁶

Cura-se de expedientes de ídoles bastante distintas e que são exteriorizados por recurso a duas actividades mnemónicas diversas.

Neste segundo caso, o Estado ou a comunidade internacional, com a instituição de um “*Dia de Lembrança*”, dedica um certo dia a *recordar*. Este marco opera como que um convite público que exprime: “*precisamos de nos lembrar*”, constituindo um passo “*no longo caminho em direcção ao despertar da consciência cívica*”, e tutelando os bens jurídicos sem o recurso a leis criminais.³¹⁷

Contrariamente, no caso das leis que punem o comportamento *negacionista*, “*o Estado supervisiona uma reconstrução mnemónica comum do passado*” e prescreve o imperativo “*precisamos de nos lembrar de uma certa forma.*”

Com efeito, a intervenção legal não se limita a estender um convite para lembrar, antes estatui uma única interpretação da história, por meio da imposição de uma sanção penal.³¹⁸

Exemplo notório da perspectiva que preconizamos é evidenciado no sistema jurídico italiano. A Lei 211, de 20 de Julho de 2000, introduziu no calendário italiano de comemorações oficiais o dia 27 de Janeiro como o dia dedicado “*à memória do Holocausto, das leis racistas e de todos aqueles que se opuseram à barbárie*” (“*giornata della memoria della Shoah*”). Este convite geral, apresentado aos cidadãos para promover iniciativas e comemorar para “*não esquecer*”, encontra-se em harmonia com leis análogas de outros Estados europeus.

³¹⁶ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, pp. 609-611.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 624.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 609 e 613.

Concretamente, referimo-nos ao exemplo gaulês, em que a França adoptou uma lei, também em 2000, instituindo um Dia Nacional para lembrar as vítimas de crimes racistas e anti-semitas, cometidos pelo Estado francês.

Outrossim, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou uma Resolução a 1 de Novembro de 2005 designando o mesmo dia 27 de Janeiro como Dia da Memória do Holocausto.³¹⁹

2.3.2. O papel da Educação

Observa BERLY SUÁREZ que *“não é suficiente uma norma que erija como delito o negacionismo”*.³²⁰ A efectividade desse tipo de legislação mostra-se, como salienta LEWY GUENTER, muito duvidosa.³²¹

Torna-se, pois, *“indispensável que esse acto execrável só possa ser efectivamente erradicado na medida em que, apelando à racionalidade e, sobretudo, à educação, asseguremos uma formação [...] que internalize em cada um a cultura e a história que fazem parte da sua identidade e cultura.”*³²²

Fundando-nos nesta asserção do jurista peruano - ainda que respeitante à *negação* do terrorismo ocorrido no país durante a última vintena do século pretérito -, projectamos e concebemos a *educação* como meio e método alternativo ao da criminalização do *negacionismo* de genocídios e de outros crimes contra a humanidade.

A lei somente pode focar-se nos sintomas. Verdadeiramente decisivo se revela o *“esforço educacional concertado”*, especialmente entre os jovens.³²³

No mesmo sentido, propugna VANOSSI que *“o melhor antídoto para afugentar”* estas manifestações reside no fortalecimento - a partir da *educação* - de uma cultura *“que forme e ajude a prevenir a exaltação dos instintos baixos que as motivam ou alentam”*.³²⁴

Sob este prisma, mostra-se-nos plausível conceber a *educação* e a promoção do debate como meios qualificados para que as populações compreendam o significado do *negacionismo* e, com isso, o refutem sem necessidade de recurso à sanção penal.³²⁵

³¹⁹ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, pp. 609 e 611-612.

³²⁰ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. *“El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...”*, p. 319.

³²¹ LEWY, Guenter. 2014. *“Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...”*, p. 47.

³²² SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 319.

³²³ LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 47.

³²⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. *“La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...”*, p. 138.

³²⁵ Assim, SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 323.

Aventemos uma particularidade registada na Alemanha. Num estudo levado a cabo pela Agência Federal de Educação Cívica (*Bundeszentrale für politische Bildung*), apurou-se que a maioria da população aceitava a veracidade do Holocausto e concordava que os crimes hediondos, de facto, ocorreram. O grupo de trabalho, confiante na democracia alemã, sugeriu que, para aqueles que pensassem de modo diverso, o resultado pretendido deveria ser alcançado com recurso à *pedagogia*.³²⁶

Face ao exposto, e baseando-nos no arrazoado de E. FRONZA - nos termos do qual a criminalização do *negacionismo* se não mostra *necessária* à tutela do bem jurídico da *memória histórica* -, permitamo-nos erigir uma lógica confluyente, que torne este raciocínio extensível a outros bens jurídicos em jogo.

Representando a “*aquisição de conhecimentos*” o melhor meio para “*modificar condutas que colidem com o sistema democrático*”,³²⁷ vislumbramos nas Leis de Memória - ainda que com uma nova roupagem - e na educação válidas vias alternativas à da incriminação, não apenas no que respeita à tutela da *memória histórica*, como também dos bens jurídicos da *honra* ou da *igualdade*.

2.4. O Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Num exercício puramente hipotético ou conjectural, em que se haja julgado a criminalização como o instrumento *adequado* e *necessário* à tutela dos bens jurídicos em presença - cenário do qual conservamos muitas reservas -, passemos à análise do terceiro subprincípio concretizador do exame da *proporcionalidade*.

O subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* requer a manutenção de um equilíbrio, proporção, e, portanto, de uma análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados. Também é designado de *razoabilidade* ou *justa medida da medida restritiva* - pela literatura brasileira -, posto que pode dar-se o caso de uma medida *adequada* e *necessária* ser, todavia, *desproporcional*.³²⁸

Numa palavra, cura-se de ponderar se os meios legislativos são ajustados aos fins³²⁹ - *i.e.*, trata-se de uma questão de “*conformidade dos meios com os fins*”.³³⁰

³²⁶ LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 47.

³²⁷ Expressão de Suárez. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 323].

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. 2004. “*Constituição e proporcionalidade: o direito penal...*”, p. 12.

³²⁹ Na expressão anglo-saxónica de FRONZA, “*whether the legislative means are appropriately fitted to the ends*”. [FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 622].

³³⁰ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 140.

Prenunciando a nossa perspectiva nesta matéria, associamo-nos a E. FRONZA quando arrazoa que, não obstante a punição dos actos *negacionistas* possa servir de meio de luta contra o *negacionismo*, revela-se *contraproducente* adoptar uma reacção protectora e confiar em leis e instrumentos penais nestes casos.³³¹

Na próxima trintena de páginas intentaremos, por conseguinte, legitimar e firmar o nosso entendimento conforme o qual a criminalização do *negacionismo* se mostra *desproporcionada*, pelo que seria preferível a opção oposta.

3. A violação da liberdade de expressão

Um ponto crucial no exame da *razoabilidade* da restrição do direito fundamental à liberdade de expressão reside na circunstância de da criminalização do *negacionismo* ao cerceamento da liberdade de pensamento e opinião poder distar um pequeno passo.

Nisto, as boas intenções - como “*a irresistível reacção à jactância dos crimes cometidos*” - podem fazer assomar um espectro de censura ou de enfraquecimento da liberdade de expressão.³³²

O nosso ordenamento constitucional baseia-se na mais ampla garantia de direitos fundamentais. Em razão disso, os direitos fundamentais não podem ser limitados, nem, tampouco, o âmbito constitucionalmente protegido da liberdade de expressão pode ver-se restringido pelo facto de serem utilizados para a difusão de ideias ou opiniões contrárias à própria essência da Constituição ou com uma finalidade anticonstitucional.³³³

Como declarado pelo Parlamentar peruano OMAR CHEHADE, se o delito de *negacionismo* só se limitasse a sancionar a acção de *negar*, *justificar* ou *minimizar* [o terrorismo], tratar-se-ia de um “*excesso provavelmente violador dos direitos fundamentais.*”³³⁴

Mais: o recurso a estes termos permite evidenciar que, na realidade, corremos o risco não apenas de punir a *negação* - sem em tempo algum *aprovar*³³⁵ ou incentivar a repetição do genocídio -, bem como o de reprimir, inclusive, aqueles que reinterpretem ou

³³¹ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, pp. 624-625.

³³² VANOSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 141.

³³³ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 4.

³³⁴ Declaração proferida no contexto da apresentação ao Congresso do projecto de lei que criminalizava o *negacionismo* do terrorismo no país. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 312].

³³⁵ Termo “*aprovar*” descrito como “*a qualificação expressa de um facto como bom ou correcto*”. [*Ibidem*, p. 314].

discutam os episódios históricos - sem de modo algum os *negar*.³³⁶ A linguagem pouco precisa prejudica a liberdade de expressão.³³⁷

Fazendo nossas as palavras da *Human Rights Watch* (HRW), “a melhor maneira de combater expressões objectáveis é refutando-as com argumentos e não através da censura”.³³⁸

4. A rejeição de um modelo de “*democracia militante*”

As liberdades fundamentais, designadamente a liberdade de expressão, são direitos que se baseiam numa concepção personalista, e sem mais limites que a aceitação das regras do jogo democrático.³³⁹

Como aclarou o Tribunal de Madrid, no sistema espanhol - bem assim no português, dizemo-lo nós -, e diferentemente de outros do nosso espaço comunitário,³⁴⁰ não tem lugar um modelo de “*democracia militante*”. “*Democracia militante*”, esta, concebida como modelo em que se impõe não só o respeito mas outrossim a adesão positiva ao ordenamento e, em primeiro lugar, à Constituição.^{341/342/343}

Na improcedência de aplicar ao nosso ordenamento constitucional os cânones de uma “*democracia militante*” (ou beligerante), torna-se, por conseguinte, necessária a distinção entre duas práticas que se inserem em planos distintos: as *actividades* ou *meios*

³³⁶ FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 120.

³³⁷ Assinala, ainda, SUÁREZ que esta legislação acarreta o risco de “*inibir expressões legítimas, como criticar uma decisão judicial relacionada com actos terroristas ou publicar uma entrevista a pessoas condenadas por terrorismo*”. [SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, p. 316].

³³⁸ *Ibidem*, p. 316.

³³⁹ ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. “*Los riesgos de penalizar el negacionismo...*”, p. 443.

³⁴⁰ É exemplo o ordenamento alemão. A *Grundgesetz* (1949) incorpora o princípio da *democracia militante* (“*wehrhafte demokratie*”), reflectindo a consciência da necessidade de aprender com os erros de Weimar. [LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 7].

³⁴¹ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 4; e *Sentencia TCE 48/2003, de 12 de marzo*: fundamento 7. Esta última Sentença declarou não ser possível sustentar que o sistema espanhol preconize um modelo de “*democracia militante*”, na medida em que isso seria incompatível com a possibilidade de postular a reforma da Constituição sem exclusões *ratione materiae*. Ora, se é constitucionalmente legítimo ensejar a reforma total da Constituição, não pode ser ilegítimo divergir da mesma [fundamento 7].

³⁴² Este concepção, que perfilhamos, não pode ser julgada consensual. Diverso é o entendimento do Magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS, vertido no seu voto de vencido: “*Non se trata de favorecer a fórmula ‘de uma democracia militante’, mas sim de impedir a conversão das instituições que garantem a liberdade numa ‘democracia ingénua’ que levará aquele valor supremo da convivência até ao extremo de permitir a actuação impune de quem pretenda sequestrá-la ou destruí-la.*” [Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre].

³⁴³ Para mais desenvolvimentos nesta matéria, vide MONTEIRO, Alessandra Pearce. 2015. “*Democracia militante na actualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa*”. Coimbra: Dissertação de Mestrado.

contrários à Constituição - que são “órfãs da sua protecção” - e a mera difusão de ideias ou ideologias professadas.

Relativamente a estas últimas, diga-se, as declarações ou afirmações que possam ser contrárias, por exemplo, à *igualdade* e à *dignidade humana* não supõem, em si mesmas, uma vulneração do dever de respeito à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico (art. 9.º/1 CE).³⁴⁴

5. A criação do “delito de opinião”

Revisitemos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, *maxime* o seu preceito 19.º. Neste artigo está consagrado, como dissemos preliminarmente, o *direito à liberdade de opinião e de expressão*. Este princípio assegura ao indivíduo o direito “*de não ser inquietado pelas suas opiniões*” e o de as difundir “*sem consideração de fronteiras*” e “*por qualquer meio de expressão*”.

É o valor do pluralismo e da necessidade da livre troca de ideias como substrato do sistema democrático representativo que impede, como sustentou o TCE, qualquer actividade dos poderes públicos tendente a controlar, seleccionar ou condicionar seriamente a mera circulação pública de ideias ou doutrinas.³⁴⁵

Sob estas condições, resulta inequívoco para VANOSSSI - e também para nós por irreprimível concordância - que a criação do “*delito de opinião*” pela simples expressão de ideias não é viável.³⁴⁶

A despeito disto, o legislador germânico, mesmo incorporando a cláusula (de perigo) da perturbação da *paz pública*, não parece afastar o risco da persecução penal de opiniões.³⁴⁷

Ora, na medida em que o que seja penalizado seja não “*a difusão de ideias ou doutrinas qualificada por uma determinada intencionalidade ofensiva ou vilipendiadora*”, mas sim “*a transmissão pura e nua de ideias, pensamentos e opiniões*”, não podemos dizer que esteja a estabelecer-se um limite externo à liberdade de opinião.³⁴⁸

³⁴⁴ LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la ...*”, pp. 113 e 141-142.

Dispõe o art. 9.º/1 CE: “*Respeito à lei*” - “*Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.*”

³⁴⁵ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 4.

³⁴⁶ VANOSSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 137.

³⁴⁷ Assim, FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 124.

³⁴⁸ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 123.

Em tal hipótese, estar-se-ia antes a reprimir a expressão do pensamento e das crenças, prefigurando, substancialmente, um cenário de tipificação do “*delito de opinião*”.

Ora, o “*delito de opinião*”, na medida em que sanciona a mera difusão de ideias ou doutrinas, representa a criminalização de uma ideologia. Pois bem, a criminalização de uma ideologia - por mais nefasta que esta seja - não constitui, de todo, uma atitude própria de um Estado democrático, pelo que a sua legitimidade se afigura absolutamente discutível.³⁴⁹

Estes crimes requerem, aos olhos de E. FRONZA, uma reflexão mais geral sobre as relações entre normas ético-sociais e normas jurídico-penais.³⁵⁰ Não nos ocuparemos de tal reflexão, antes atentaremos na reação do Tribunal Supremo a este nível.

Aqui, a resposta mostra-se unívoca: “*a exclusão constitucional da possibilidade de qualquer tipo de limitação ou censura é tão vincado que se exclui obviamente qualquer ‘delito de opinião’.*” Esta exclusão opera, inclusive, quando se trate de opiniões que se traduzam em ideologias ou posições anticonstitucionais, como é o caso de ideologias extremistas. Clarifica o Tribunal: o art. 46.º/4 CRP proíbe apenas as organizações de ideologia fascista e racista, e não a expressão individual de opiniões fascistas ou racistas.³⁵¹

O *delito de opinião* prefigura, pois, uma reacção típica e característica dos sistemas penais de regimes totalitários como a União Soviética, a Alemanha nazi, a Itália “*mussoliniana*”,³⁵² ou mesmo o Estado Novo, na vigência do Código Penal português de 1886.

Relativamente a este último sistema, preservemos o art. 20.º do Decreto-Lei n.º 37:447, de 13 de Junho de 1949, como memorial e paradigma da criminalização de uma ideologia, terminantemente em colisão com uma ideia de Estado de Direito democrático.

Rezava este preceito:

“*Serão sujeitos à medida de segurança de internamento por um a três anos em estabelecimento adequado: 1.º Aqueles que fundarem associações ou agrupamentos de*

³⁴⁹ Descreveu TAMARIT SUMILLA o art. 607.º/2 CPE como se tratando de “*uma espécie de delito de opinião*”. [LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 122].

³⁵⁰ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 136.

³⁵¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III.

No caso objecto do aresto em questão, a defesa do recorrente [do Acórdão TRE (05-06-2012)] alegava que o artigo 46.º/4 CRP, ao proibir expressamente a constituição de organizações racistas ou que perfilhassem a ideologia fascista, proibia, por maioria de razão, a propaganda dos seus fundamentos ideológicos. Ora, sugeria, então, o recorrente que tal proibição não correspondia a outra coisa que não a “*uma verdadeira constitucionalização de ‘delitos de opinião’*”. Em virtude disto, manifestava o seu sentimento de identificação e de solidariedade com os “*mais de cem mil presos políticos hoje existentes na R.F. da Alemanha, condenados pelo “crime” eufemisticamente chamado de ‘delito de opinião’*”.

³⁵² VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 137.

carácter comunista ou que tenham por fim a prática de crimes contra a segurança exterior do Estado [...], e bem assim aqueles que aderirem a tais associações ou agrupamentos, com eles colaborarem ou seguirem as suas instruções;

2.º Aqueles que facilitarem conscientemente as referidas actividades subversivas, fornecendo local para reuniões, subsidiando-as ou permitindo a sua propaganda.”

6. O Direito Penal do *facto* e o Direito Penal do *autor*

Ainda na mesma linha, pode dar-se o caso, repisamo-lo, de o Direito Penal, a despeito de ser liberal no plano da estrutura, ser iliberal no seu conteúdo.

Um dos corolários de um ordenamento jurídico-penal de matriz liberal repousa no axioma nos termos do qual nenhum indivíduo pode ser perseguido pelo que é ou quer, mas apenas pelo que faz.³⁵³

Esse ordenamento liberal concebe o destinatário da norma como um ‘cidadão’ e não como um ‘inimigo’. No decurso do regime autocrático da “*Segunda República Portuguesa*” - em que a segurança interior e exterior do Estado prevalecia sobre a função estadual de protecção dos direitos fundamentais - é que se dava a circunstância de o cidadão ser perspectivado como um inimigo.

Nos termos do décimo mandamento do Decálogo do Estado Novo, de 1934, “*os inimigos do Estado Novo são inimigos da Nação. Ao serviço da Nação – isto é: da ordem, do interesse comum e da justiça para todos – pode e deve ser usada a força, que realiza, neste caso, a legítima defesa da Pátria*”.³⁵⁴

Por contraposição a esse regime, reconhece-se, logicamente, ao cidadão um âmbito de autonomia inacessível ao Direito Penal³⁵⁵ - autonomia essa que não deve ser cerceada por recurso a leis penais.³⁵⁶

Desta sorte, ter-se-ão por inconstitucionais aquelas interpretações dos preceitos que, por um lado, perturbem ou impeçam objectivamente a simples expressão de posições políticas - por muito radicais e anticonstitucionais que possam ser -, e, por outro, se fundem precisamente na sustentação das mesmas ideias ou crenças.³⁵⁷

³⁵³ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 622.

³⁵⁴ Discurso da Sr.ª Doutora Maria João Antunes na Assembleia Municipal de Viseu, por ocasião das cerimónias de 25 de Abril de 2018, que muito gentilmente nos facultou.

³⁵⁵ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 140.

³⁵⁶ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 622.

³⁵⁷ Assim, LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 140.

As atitudes, as ideias e os pensamentos, por mais diametralmente opostos ou em contradição que se achem com a ordem constitucional, em caso algum a vulneram. Nisto, ressalve-se, naturalmente, os casos em que seja postulada a violência como forma de acção política, ou em que haja tradução em actos ou comportamentos concretos que ofendam direitos alheios.³⁵⁸

Também por isto, a abundante literatura salienta a indispensável distinção entre, por um lado, *opinião* e, por outro, *acção* ou *actividade*.

A *opinião* acha-se abrigada com a cobertura da liberdade de expressão. As *acções* ou *actividades*, essas, diversamente, são enquadradas no seio das disposições legislativas repressivas do ódio, do insulto, da incitação à discriminação, da apologia, etc., enquanto representativas de “*atentados anticonstitucionais*”.³⁵⁹

A liberdade ideológica, compreendida num sistema de Direito Penal do *facto* - por oposição a um Direito Penal do *autor* -, impede que se persiga, *exempli gratia*, um indivíduo que se declare nazi, por mera e automática associação da profissão do nazismo com a *negação*, *minimização* ou *justificação* do Holocausto.

O agente poderá, não obstante, ser perseguido por *negar* ou *banalizar grosseiramente* o Holocausto, mas sob a condição de que tais manifestações sejam materializadas em actividades concretas de provocação de actos de violência, de difamação ou injúria ou de incitação à violência ou ao ódio - que lhe sejam pessoalmente imputáveis.

O que não resultará legítimo será, evidentemente, a presunção de que pelo facto de se ser nazi se incorre *per se* no delito de *negação* do genocídio - com o fundamento de a ideologia nazi estar necessariamente associada ao *negacionismo*. Isto, sem embargo de empírica e estatisticamente essa correlação efectivamente existir.³⁶⁰

Senão cogitemos numa outra vicissitude do Direito Penal do Estado Novo.

Este sistema previa uma inusitada figura de agentes, designada de “*vadios e equiparados*”. Reportava-se a “*elementos a-sociais*”, que se caracterizavam “*por uma aversão ao trabalho honesto ou por outro defeito de carácter*”. Levando “*uma vida parasitária*”, cometendo “*frequentemente pequenas faltas (como furtos, ofensas à autoridade ou à moral, etc.)*”, e “*embora não fossem as mais das vezes gravemente*

³⁵⁸ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 142.

³⁵⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 126.

³⁶⁰ Assim, LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 140.

perigosos”, estes indivíduos constituíam, no entanto, “*um injustificado peso morto para a sociedade*”.

Em virtude disto, os cidadãos eram objecto da medida de segurança de internamento - em estabelecimentos que especialmente lhes estavam destinados (casas de trabalho ou colónias agrícolas).³⁶¹

Ora, esta hipótese espelhava um caso paradigmático de um Direito Penal do *autor*. Aqui, ademais de se sancionar alguém por aquilo que é ou pela sua debilidade de carácter,³⁶² está a perseguir-se um cidadão pelas suas atitudes, opções sociais ou padrões de vida - que, sem prejuízo de serem tidos como indesejáveis, se não vertem ou materializam em concretas actividades ou ofensas a bens jurídicos.

Mutatis mutandis, a persecução do *negacionismo* deverá apresentar-se, por conseguinte, muito cautelosa, evitando-se a utilização dos tipos incriminadores como mecanismos de criminalização de opções políticas socialmente consideradas indesejáveis.

Tal utilização inconveniente ocorreria se se instrumentalizasse esses tipos incriminadores para fundar condenações penais baseadas em juízos de intenções ou em presunções de equiparação de determinadas posturas políticas à *negação* do Holocausto.³⁶³

Nesse cenário, posicionar-nos-íamos de perfil com E. FRONZA, quando a autora sugere que a legislação *negacionista* tem, na prática, um propósito político-criminal distinto do que aparenta ter: dirige-se primordialmente aos cidadãos, mais do que aos verdadeiros autores do crime de *negacionismo*. Converte-se, assim, num “*gesto*”, num “*símbolo*”, que toma posição sobre uma série de perspectivas éticas e políticas.³⁶⁴

VANOSI ilustra muito impressivamente o quadro: o que se mostra determinante e penalmente repreensível é o *dolo*, a *intencionalidade*, o “*direccionamento*” do sujeito, cuja conduta é motivada ou “*animada*” pela explícita finalidade de cumprir um objectivo determinado: “*que se mate, se fira, se destrua, se persiga, se silencie, se segregue, se discrimine quem se odeia.*” Mas o ódio, em si, não é um crime.³⁶⁵

³⁶¹ Decreto-Lei n.º 40 550, de 12 de Março de 1956. Neste diploma questionava-se se não se justificaria a possibilidade de um internamento sem máximo predeterminado, à semelhança do que se preconizava para os delinquentes perigosos.

³⁶² Descritos no Decreto-Lei como “*elementos difíceis: instáveis, com aversão ao trabalho, deficientes de vontade ou até débeis mentais*”.

³⁶³ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 140.

³⁶⁴ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 622.

³⁶⁵ Constitui antes, para o autor, “*uma demonstração de ressentimento, e é uma doença mental que promove uma força que impulsiona a eliminação ou exclusão do ‘outro’ ou ‘dos outros’*”. [VANOSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 136].

7. O papel do juiz

Afigura-se imperiosa a diferenciação de três planos distintos e incomensuráveis no *multiversum* jurídico: o plano *del giudice, del legislatore e dello storico*.³⁶⁶

Todavia, a criminalização do *negacionismo* encerra o risco, precisamente, de confundir esses papéis e funções distintas e, desse modo, de converter amiúde o juiz no árbitro da história.

Em algumas das decisões já reportadas (referimo-nos, *e.g.*, à doutrina formulada pelo TEDH dos “*factos históricos claramente estabelecidos*”, ou mesmo ao Acórdão do BVerfG, de 13 de Abril de 1994) admitiu-se oferecer guarida somente às opiniões verdadeiras.³⁶⁷

Ora, esta circunstância - acreditamos - denuncia a difícil posição em que é disposto o julgador. Ao transformar-se este num historiador a quem está confiado o delicado labor de analisar o valor histórico dos factos, está a desnaturalizar-se a própria essência da sua função³⁶⁸ - a de julgar os factos que são objecto de acusação. Neste contexto, autores há que sugerem que está a outorgar-se aos juízes um elemento adicional de manipulação da justiça, empreendendo um caça às bruxas (“*cacerías de brujas*”).³⁶⁹

Senão vejamos: para decidir-se se estamos perante uma opinião que pode ser enquadrada na garantia constitucional - e somente as opiniões verdadeiras são admissíveis - recorreremos ao critério decisório da verdade objectiva do facto que queremos afirmar.

E pergunta-se: não se estará a fazer perigar ou vulnerar a liberdade de expressão ao aceitar-se como parâmetro decisório central o da comprovação dessa verdade objectiva? Propendemos a responder afirmativamente, na esteira de E. FRONZA, para quem a comprovação da verdade - dos confins entre a verdade histórica e a verdade legal - representa uma difícil tarefa que, indubitavelmente, é alheia às incumbências do juiz.³⁷⁰

Neste sentido, também o *Tribunal de Grande Instance* de Lyon reafirmou a importância de não transformar os juízes em guardiões de uma *verdade histórica oficial*³⁷¹

³⁶⁶ MORTE, Gabriele Della. 2016. “*Sulla legge che introduce la punizione...*”, p. 6.

³⁶⁷ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 126.

³⁶⁸ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el ...*”, pp. 313-314.

³⁶⁹ Por todos, *ibidem*, p. 320.

³⁷⁰ FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 126.

³⁷¹ Neste aresto de 3 de Janeiro de 2006, o Tribunal condenou George Theil a pena de prisão de seis meses e a pena de multa de 10.000 euros por “*contestação de crimes contra a humanidade*”, na sequência de uma entrevista televisiva em que havia *negado* a existência das câmaras de gás. [*Ibidem*, p. 132].

- hipótese que redundaria na prescrição de uma interpretação como oficial, desacreditando, dessarte, a ideia da existência de uma pluralidade de escolas históricas.³⁷²

Numa palavra, abrir-se-iam as portas à *arbitrariedade judicial* e à insegurança na aplicação do direito.³⁷³

8. A imposição de uma “*verdade oficial*”

A imposição de uma *verdade histórica oficial* - de que os juízes seriam os guardiões - significaria, outrossim, alentar o risco de se confundirem situações diferentes - cobertas pelo direito de pesquisar factos históricos, com recurso a métodos científicos e com objectividade na orientação na busca pela verdade.³⁷⁴

Pensamos, designadamente, na hipótese de estender-se a criminalização a expressões (orais, visuais ou escritas) que aludam a crenças hipotéticas ou conjecturais, e que se apresentem como o resultado de “*um conhecimento e entendimento leais*” por parte de quem não deseje aprovar ou incitar à aprovação dos delitos, nem tampouco incitar a condutas desprezíveis aos olhos do senso comum.³⁷⁵

Noutros casos, assevera VANOSSI, majora o perigo de ampliar-se a condenação a considerações respeitantes a eventos que suscitam incertezas acerca dos limites entre o que é certo e o que é incerto. Aqui entra em jogo o papel das margens da “*opinabilidad*” na separação entre história e lenda, entre mito e realidade, na destriça entre o proibido e o permitido, ou na discussão da própria existência ou gravidade dos factos.³⁷⁶

Enfim, ao criminalizar-se o *negacionismo* e ao impor-se uma *verdade oficial* - isto é, a “*verdade do Estado*”-, está a afirmar-se uma história única, que não admite prova em contrário. Afirmando-se a história única, assistimos à imposição de um discurso que cerceia ou pretende enclausurar as manifestações de uma polémica ou debate, “*deixando flutuar no ambiente a inexorabilidade da verdade com categoria de dogma e não como ponto de chegada*” da própria perquirição histórica.³⁷⁷

³⁷² FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, pp. 621-622.

³⁷³ LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. “*La lucha del Derecho contra el negacionismo...*”, p. 510.

³⁷⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 159.

³⁷⁵ Assim, *ibidem*, p. 136.

³⁷⁶ No limite, como sugere VANOSSI, poder-se-ia tanger o ponto de se pretender que o debate concernente aos mais recônditos episódios registados na história da humanidade ainda se encontra aberto: a condenação de Cristo, o fim de Sócrates, se Hitler fugiu ou se suicidou; a morte misteriosa ou o desaparecimento de certas personalidades, como Ettore Majorana, etc. [*Ibidem*, pp. 137 e 140].

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 137 e 141.

9. A extensão do Direito Penal

Como havemos visto, o Direito e a pena são cada vez mais convocados como instrumentos de protecção preventiva ao generalizado temor de que a memória dos eventos traumáticos assista a um esmorecimento “*progressivo e inexorável*”.

Destarte, o Direito Penal é retratado “*como um teatro em que a história é pedagogicamente colocada no palco*” e o Processo Penal é exposto como um lugar para afirmar uma verdade contra o *revisionismo* histórico. Como que se afirma um “*direito à verdade*” e/ou um “*direito ou dever de memória*”, perfazendo-se a tríade: a **pena** infligida, mediante o **Direito**, é concebida como a retribuição pela **memória** violada.³⁷⁸

A criminalização do *negacionismo* apresenta-se como uma expressão das novas realidades com que se debate o Direito Penal. As tendências de *hipertrofia* e de *dinâmica expansiva* - que afectam as legislações penais ao nível nacional e comunitário - deixam identificar uma convergência das políticas criminais europeias pouco respeitosa do princípio da *subsidiariedade* penal e de um Direito Penal de *última ratio*.³⁷⁹

É, a nossos olhos, indesmentível. O cenário que o Direito Penal enfrenta mudou e a sua complexidade vem potenciando uma política expansionista sem precedentes.³⁸⁰ Também “*por obra do populismo punitivo*”, acreditamos - na expressão feliz de MARIA JOÃO ANTUNES.³⁸¹

Num Estado democrático e num Direito Penal laico, a norma penal não deve configurar-se como instrumento de protecção da memória ou de promoção de uma certa ideologia. Nem, tampouco, é função do Direito produzir ou reproduzir uma certa versão da história e dos eventos históricos, entrando em conflito com a autonomia individual.³⁸²

Julgamos, pois, que deve o legislador “*resistir ao impulso de responder às pressões do consenso social para evitar a limitação ilegítima, por meio destas leis, de uma liberdade constitucional que, embora não absoluta, reforça o valor da tolerância.*”³⁸³

Num outro plano, denuncia GABRIELE DELLA MORTE que o campo de acção das disposições que reprimem o *negacionismo* é “*amplíssimo e muito intrusivo.*”³⁸⁴

³⁷⁸ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, pp. 100-104.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 114.

³⁸⁰ Assim, ARNAU, Maria Luísa Cuerda. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción ...*”, p. 91.

³⁸¹ ANTUNES, Maria João. 2016. “*Perigosidade – intervenção estatal em expansão?*”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121, Ano 24”, p. 199.

³⁸² FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, pp. 139-140.

³⁸³ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 623.

³⁸⁴ MORTE, Gabriele Della. 2016. “*Sulla legge che introduce la punizione...*”, p. 3.

No mesmo sentido, como resposta às críticas severas que são apontadas às legislações nacionais europeias e à própria Decisão-Quadro, TERUEL LOZANO alvitra que o “*déficit de taxatividade*” que estas encerram - e que permite sancionar um tão amplo espectro de condutas - deveria ser superado com a inclusão de cláusulas limitativas do âmbito punitivo.³⁸⁵

Assim, somente deveriam ser incluídas neste âmbito aquelas manifestações de *negação grosseira* ou *flagrante* que gerem um “*perigo certo e iminente*” para a comissão dos delitos que se visa evitar, reforçando-se, dessa forma, a “*relação de perigosidade*” e encurtando-se a “*discrecionabilidade valorativa do juiz*”.³⁸⁶

10. A heterogeneidade do crime

À tipificação do *negacionismo* diagnosticamos-lhe, ainda, uma outra vicissitude.

O legislador europeu impõe aos Estados-membros o dever de perseguir a conduta *negacionista*, limitando, com efeito, o direito fundamental à liberdade de expressão. Sem embargo, e como medida de equilíbrio, introduz uma cláusula de perigo.³⁸⁷

Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Decisão-Quadro 2008/913/JAI, “*os Estados-Membros podem optar por punir apenas os actos que forem praticados de modo susceptível de perturbar a ordem pública ou que forem ameaçadores, ofensivos ou insultuosos.*”

Desse modo, como ilustra E. FRONZA, a União Europeia, por um lado, estabelece um “*confim*” para a responsabilidade penal; por outro, concede aos Estados autonomia. Consequentemente, podem criar-se sistemas de tutela paralelos e distintos.³⁸⁸

Os países que introduziram leis *ad hoc* divergem no que concerne à definição da factualidade típica do *negacionismo*. A não uniformidade na formulação do *factum criminis* exterioriza-se nas dissemelhanças relativas que podem ser identificadas mormente no que respeita às condutas puníveis. Ademais da heterogeneidade das respostas normativas.

Nem todas as legislações do Velho Continente punem somente o comportamento *negacionista*. Outrossim, a definição da conduta proscrita varia tanto na forma como no conteúdo de Estado para Estado, bem como na técnica para posterior delimitação do seu âmbito de aplicação.³⁸⁹

³⁸⁵ LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. “*La lucha del Derecho contra el negacionismo...*”, p. 555.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 579.

³⁸⁷ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 116.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 116.

³⁸⁹ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 618.

Utilizando como referencial o conteúdo da *Decisão-Quadro 2008/913/JAI*, que estatui que os Estados-Membros devem punir como infracção penal a “*apologia, negação ou banalização grosseira*” dos crimes de genocídio - proferidas publicamente contra um grupo de pessoas -, não se afigurará necessário um esforço particular de exegese para entender o diferente escopo da norma nas diferentes legislações internas.³⁹⁰

Deste modo, na Alemanha, o §130.3 do *StGB* recorre, designadamente, ao requisito da *adequação para turvar a paz pública*, o que significa que se reprimem apenas as manifestações susceptíveis de perturbar a paz pública. Distintamente, na Bélgica e na França (antes da declaração de inconstitucionalidade) a *negação* do Holocausto constitui(a) uma ofensa em qualquer circunstância.^{391/392}

A legislação gaulesa continha ainda a particularidade, veremos, de fazer depender a delimitação do seu âmbito de aplicação da definição de crimes contra a humanidade prevista no Estatuto do Tribunal de Nuremberga e, outrossim, do facto de tais crimes terem sido julgados por um tribunal nacional ou internacional.³⁹³

Noutras ocasiões, a descrição do crime de *negacionismo* é formulada de modo a incluir actos que deveriam ser qualificados como *reviscionismo*, não contendo uma *negação* directa (“*straight denial*”) de factos. Pensamos, designadamente, no Código Penal alemão, que faz referência à ***aprovação***,³⁹⁴ *negação* e *minimização* [negrito nosso], enquanto que a legislação francesa empregava os termos *contestação*, *negação*, *menorização* e *banalização grosseira* [da existência dos genocídios].³⁹⁵

³⁹⁰ Assim, MORTE, Gabriele Della. 2016. “*Sulla legge che introduce la punizione...*”, p. 3.

³⁹¹ FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 618.

³⁹² Lei belga de 23 de Março de 1995 - “*Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l’approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale.*” Art. 1.º “*É punido com pena de prisão de oito dias a um ano e pena de multa de vinte e seis a cinco mil francos quem, numa das circunstâncias referidas no artigo 444.º do Código Penal*” [i.e., publicamente], “*negar, minimizar grosseiramente, procurar justificar ou aprovar o genocídio cometido pelo regime nacional-socialista alemão durante a Segunda Guerra Mundial.*”

³⁹³ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 121.

³⁹⁴ Eis um exemplo de uma conduta qualificada como *aprovação* do Holocausto: Em Setembro de 1996, na Alemanha, um cantor (“S”), de ideologia nazi, actuou como entertainer num café, interpretando uma música intitulada “*Hitler should receive the Nobel Prize*”. “S.” vociferou slogans nacionais-socialistas, reproduziu a saudação nazi e encorajou a audiência a fazer o mesmo. O *Landgericht* de Wuppertal considerou-o culpado do crime de incitamento ao ódio (§130/3), e sentenciou-o a uma pena de prisão de 2 anos. No recurso, o *Bundesgerichtshof* confirmou a sentença, arrazoando que, ao interpretar uma música que recomendava Hitler para Prémio Nobel, o recorrente havia expressado *aprovação* ao genocídio nazi - ainda que sem fazer referência explícita - numa maneira que perturbava a paz pública. [LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 27].

³⁹⁵ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 618.

Uma particularidade também se regista no ordenamento jurídico italiano, em que o *negacionismo* é retratado como uma “*espécie de circunstância agravante dos delitos de discriminação racial e xenofobia*”.³⁹⁶ A recente “*proposta di legge n. 2874-B che punisce il negazionismo*”, de 3 de Maio de 2016, veio aditar um novo parágrafo 3-*bis* ao art. 3.º da “*legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra*”, prescrevendo o seguinte: “*Aplicase a pena de prisão de dois a seis anos se a propaganda*³⁹⁷ *ou instigação e incitamento, cometidos de modo tal que derive perigo concreto de difusão,*³⁹⁸ ***forem fundados, no todo ou em parte, na negação da Shoah ou nos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, tal como definido pelos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional [...].***”

Em matéria de cominação legal, uma outra desconformidade pode ser detectada por comparação com o referencial da Decisão-Quadro. Nos termos da lei itálica, a pena deverá compreender uma extensão de 2 a 6 anos - estatuição esta em contradição com aquela que é a duração máxima determinada no art. 3.º do parâmetro europeu, que comina uma sanção de entre um e três anos.

Ademais, o acto legislativo comunitário prevê que os crimes sejam aqueles definidos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e no Estatuto do Tribunal Militar Internacional. Todavia, aqui se dá uma nuance: está aberta a porta à possibilidade de os Estados-Membros fazerem uma declaração no sentido de só tornarem punível o acto de *negação* ou *banalização grosseira* dos crimes se esses crimes tiverem sido estabelecidos por uma decisão transitada em julgado de um tribunal nacional desse Estado-Membro e/ou de um tribunal internacional, ou apenas por uma decisão transitada em julgado de um tribunal internacional (art. 1.º/4).

Foi precisamente esta a opção do legislador gaulês. No art. 24.º *bis* da *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* dispunha-se o seguinte: “***1*** *Serão punidos aqueles que tenham contestado [...] a existência de um ou mais crimes contra a humanidade tais*

³⁹⁶ MORTE, Gabriele Della, *op. cit.*, p. 3.

³⁹⁷ Uma crítica adicional de GABRIELE DELLA MORTE: A lei adoptada pelo Parlamento italiano tem por objecto também a “*propaganda*” do genocídio, hipótese essa completamente omissa na *Decisão-Quadro 2008/913 / JAI*. [*Ibidem*, p. 2].

³⁹⁸ Teor literal do preceito: “*in modo che derivi concreto pericolo di diffusione*”. A este respeito, julgamos ser coerente uma outra crítica de MORTE, que interroga como ser possível que, atendendo às tecnologias actuais, esse perigo se não materialize ou consume de facto. Resposta: Não se sabe. Levando a norma à letra, até de um “*simples post*” poderia derivar uma condenação por *negacionismo*. [*Ibidem*, p. 3].

como são definidos pelo artigo 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional”, bem como: 2§ “[...] aqueles que tenham negado, menorizado ou banalizado grosseiramente [...] a existência de [...] um crime de guerra [...] tal como definido nos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. ³⁹⁹

Também aqui se está a condicionar e a fazer depender a criminalização das condutas da existência de prévia decisão judicial, ao estabelecer-se que “*serão punidos [...] aqueles que tenham negado, menorizado ou banalizado grosseiramente [...] um crime de guerra [...] quando: 1. Esse crime tenha dado origem a uma sentença proferida por um tribunal francês ou internacional*”. ⁴⁰⁰

Na verdade, a lei francesa, em consonância com a Decisão-Quadro, ademais de fazer referência à definição de crimes contra a humanidade consagrados noutros diplomas - designadamente nos Estatutos do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Militar Internacional -, determinava, outrossim, a delimitação da conduta que constituía a ofensa do *negacionismo* por referência a outros julgamentos. ⁴⁰¹

Isto dito, cremos que daqui resulta uma nova controvérsia, *maxime* decorrente desta derradeira oração.

Na linha de raciocínio de FRONZA, interroguemos: Quem decide que um acontecimento histórico é abrangido pela definição dos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto de Roma? O legislador ou o juiz? E qual será a solução para um genocídio que não tenha sido definido como tal ou que tenha sido objecto de um júízo no qual não tenha sido qualificado como *crime internacional*? Somente por esta única razão não poderia ser considerado como possível objecto de um crime de *negacionismo*? ⁴⁰²

Numa palavra, o que ora está em causa é o estabelecimento de uma “*criminalização selectiva*” da *negação* dos genocídios, em virtude de apenas serem previstos massacres relativos a factos históricos que hajam sido definidos como tal por um tribunal ou por um legislador. ⁴⁰³

³⁹⁹ Na mesma linha se situa o §130.3 do StGB alemão: “*Quem, publicamente ou numa reunião, aprovar, negar ou minimizar um acto cometido sob o regime do Nacional-Socialismo dos indicados na secção 6 (1) do Código Penal Internacional [alemão (VStGB)] [...], será punido [...]*”.

⁴⁰⁰ Contrariamente, a legislação portuguesa não faz depender a incriminação de prévia sentença de tribunal nacional ou internacional.

⁴⁰¹ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 621.

⁴⁰² FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, pp. 115-116.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 116.

Por conseguinte, preservamos a nossa discordância face às opções legislativas preconizadas pelas Decisão-Quadro e pela legislação francesa, que consideramos não terem sido particularmente felizes, porquanto nos parecem ter olvidado o largo lastro e o amplo espaço existente para diferentes opiniões na definição de eventos históricos.⁴⁰⁴

Ainda uma outra vicissitude.

Volvemos ao princípio das coisas. *“Get back to basics”*. Evoquemos a história, ainda que tenhamos de destoar de HENRY FORD quando o próprio perpetuou que *“a única história que vale alguma coisa é a história que fazemos hoje”*.

O *“negacionismo”*, despontado na Europa, viu o mesmo vocábulo ser-lhe cunhado na França, como modo de aludir à *negação* do Holocausto (*“négationnisme”*). Não obstante, igual termo experimentou uma sucessiva e progressiva aplicabilidade aos episódios de *negação* de outras atrocidades em massa.

Resultam paradigmáticos os casos, *verbi gratia*, do extermínio dos ciganos, das mortes à fome consumadas por Mao Tsé-Tung, dos obituários nos *gulags* na União Soviética, do genocídio cambojano, do *Holodomor* na Ucrânia, do genocídio arménio perpetrado pelos turcos, ou dos massacres sobre os *“tutsis”* no Ruanda (1994).⁴⁰⁵

Revisitemos o prelúdio da incriminação do *negacionismo* a nível europeu: *“Quando uma bem-intencionada ministra da Justiça alemã estipulou, tomando como base uma Decisão-Quadro da União Europeia, que todos os membros deveriam criminalizar a negação de tais atrocidades históricas, ela foi confrontada por países do leste europeu”*. Estes Estados aventavam que a *negação* dos horrores cometidos por regimes totalitários comunistas deveriam, outrossim, ser objecto de criminalização.

Sem prejuízo, em 2010, o Parlamento húngaro aprovou uma lei criminalizando a *negação* do Holocausto. Porém, nesse mesmo ano, como resultado das correntes de pressão providas dos mesmos países levantinos, uma nova maioria no Parlamento modificou tal lei.

Dessarte, a legislação passou a compreender os crimes de genocídio e outros crimes contra a humanidade cometidos tanto pelo regime nazi como pelo comunista, com o aditamento do inciso *“serão punidos aqueles que negarem os genocídios cometidos por regimes comunistas ou socialistas”*.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ No mesmo sentido, FRONZA, Emanuela, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁰⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. *“La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...”*, p. 124.

⁴⁰⁶ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

Passou a dispor o preceito 333.º do Código Penal húngaro - “**Negação aberta de crimes nazistas e crimes comunistas**” - do seguinte modo: “*Quem negar diante do grande público o crime de genocídio e outros crimes contra a humanidade cometidos pelos regimes nazi e comunista, ou expressar alguma dúvida ou sugerir que são insignificantes, ou tentar justificá-los é culpado de crime punível com pena de prisão não superior a três anos.*”

Com isto, o que intentamos é, tão-somente, evidenciar estoutra circunstância: a de que a maioria das incriminações se apresentam circunscritas à *negação* do Holocausto, ou, de forma mais genérica, se encontram limitadas aos extremismos de direita.⁴⁰⁷

Dito de outro modo, pretendemos significar que o Holocausto é alvo, em vários ordenamentos, de um tratamento diferenciado por comparação com outros genocídios. Na Hungria, vimos, as pressões permitiram debelar esta questão. Não obstante, outros exemplos subsistem na nossa Europa.

Pensemos na legislação germânica. Esta, corporizada no ubíquo §130.3 do *Strafgesetzbuch*, somente tipifica, já o sabemos, a *negação* dos actos cometidos sob o regime Nacional-Socialista (“*Quem [...] aprovar, negar ou minimizar um acto cometido sob o regime do Nacional-Socialismo [...] será punido [...].*” No mesmo plano se situa a legislação belga, como também já exposto.⁴⁰⁸

Tal diversidade de tratamento não representa, porém, uma idiosincrasia exclusiva dos legisladores nacionais. Bem pelo contrário. O próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também já incorreu na mesma, como observámos no *Caso Dogu Perinçek*.

Como já anteriormente o expusemos, os juízes de Estrasburgo diferenciaram as hipóteses da *negação* do genocídio arménio e da *negação* do Holocausto Judeu. Relativamente à primeira, não haveria uma “*necessidade social premente*” que impusesse a condenação do agente, até porque se trata de uma matéria a que corresponde um “*debate de interesse público*”. Compreensão diversa merece a *negação* do Holocausto que, recordemos, encerra outras implicações e é susceptível de produzir outras repercussões.⁴⁰⁹

Pois bem. Neste contexto, divergindo da construção da *Grand Chamber*, fazemos nosso o raciocínio de FLÁVIO PEREIRA e AMANDA PILON. Declaram os autores que se a *negação* do Holocausto é utilizada, em certas ocasiões, como instrumento para a

⁴⁰⁷ Assim, LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical ...*”, p. 2.

⁴⁰⁸ Recordemos o art. 1.º da Lei belga de 23 de Março de 1995: “*É punido [...] quem [...] negar, minimizar grosseiramente, procurar justificar ou aprovar o genocídio cometido pelo regime nacional-socialista alemão durante a Segunda Guerra Mundial.*”

⁴⁰⁹ *Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08)*, ECHR 15 Oct 2015, pp. 70-71.

disseminação de ideias anti-semitas, a *negação* do genocídio do povo arménio, em tese, também poderia prestar-se como meio para a disseminação do ódio contra os arménios.⁴¹⁰

Rematemos este tópico.

Como vimos, o *objecto* do *negacionismo* é variável e volúvel: em alguns ordenamentos, designadamente no alemão e no belga, as leis penais dirigem-se especificamente à *negação* do Holocausto, restringindo-se à tutela deste, e não também de todos os outros actos de genocídio ou crimes contra a humanidade.

Distanciam-se desta linha - acertadamente, em nosso juízo - as legislações portuguesas e espanhola - como já tivemos ocasião de observar -, bem assim a lei penal helvética,⁴¹¹ em que o *objecto* é ampliado de modo a incluir todos os outros crimes contra a humanidade e genocídios.⁴¹²

Isto posto, reputamos oportuna a crítica de E. FRONZA - a que nos associamos -, expondo a indesejada situação que pode resultar do facto de a *negação* de outros genocídios ou crimes contra a humanidade não poder ser punida em determinados ordenamentos (como esses primeiros que referimos).⁴¹³

Com efeito, poder-se-á dizer que, se por um lado, o legislador estende o sentido da definição de *negacionismo* (abarcando a *negação*, a *minimização* - quantitativa e qualitativa -, a *justificação* e, bem assim, a *aprovação*), por outro, estreita o possível âmbito de aplicação da norma, circunscrevendo a punibilidade somente aos crimes cometidos pelo regime nacional-socialista.⁴¹⁴

Desta sorte, com o propósito de se não restringir excessivamente a liberdade de expressão, sanciona-se unicamente a *negação* dos crimes contra a humanidade cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, excluindo-se a *negação* de outros genocídios.⁴¹⁵

Porém, não é menos verdadeiro que tal circunstância legitima interpretações como a de GABRIELE DELLA MORTE, a quem se dá a impressão de que de um lado da barricada

⁴¹⁰ PEREIRA, Flávio, e Amanda PILON. 2015. <http://estacaoarmenia.com.br/45508/analise-a-corte-europeia-de-direitos-humanos-e-a-recente-decisao-do-caso-perinc%CC%A7ek-x-suica/>

⁴¹¹ O art. 510.º/1/al. c) CPE pune quem “publicamente negue, trivialize gravemente ou enalteça os delitos de genocídio, contra a humanidade ou contra as pessoas e bens protegidos em caso de conflito armado [...]”. Na mesma linha, o art. 261 bis § 4 do Código Penal suíço - “Discriminação racial” - sanciona quem “negue, trivialize ou procure justificação para o genocídio ou para outros crimes contra a humanidade [...]”.

⁴¹² FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 121.

⁴¹³ FRONZA, Emanuela. 2006. “The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...”, p. 619.

⁴¹⁴ FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 125.

⁴¹⁵ Assim, *ibidem*, p. 131.

se situa o Holocausto, e, do outro, se localizam os restantes genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.⁴¹⁶

Na sugestiva formulação de LEWY GUENTER: a criminalização do *negacionismo* é uma medida destinada a extremistas de direita.⁴¹⁷

11. A (in)existência de lacuna punitiva

O presente ponto tem em vista a reflexão e decorrente tentativa de dar resposta a uma consistente indefinição.

Procuramos aqui deslindar se o tipo autónomo de *negacionismo* vem debelar e pôr cobro a alguma lacuna punitiva que resultaria da sua não tipificação, ou se, contrariamente, não alcança tal *desiderata*, não suprimindo lacuna alguma.

As plúrimas concepções que pretendem justificar o aparecimento da incriminação - bastante controversa, sabemos-lo - sustentam-na na existência de uma lacuna punitiva que se logrou preencher. Somente deste modo o intérprete poder-se-ia furtar convenientemente à tentação do recurso à analogia - liminarmente proscribida pelos sistemas constitucionais respeitadores dos princípios do Direito Penal liberal.⁴¹⁸

Pelo contrário, autores há que consideram que a autonomização do crime não cobre nenhuma omissão punitiva, de sorte que não sobreviria um verdadeiro vazio na falta deste tipo autónomo. Os sistemas - alegam - possuem outras tipificações já previstas para os comportamentos ofensivos dos interesses em questão.

Por este prisma, a conduta ver-se-ia sancionada por recurso aos diversos delitos dentro do arsenal típico já existente em qualquer ordenamento - sem necessidade de um delito específico e sem defraudar-se o princípio da legalidade (*"nullum crimen, nulla poena, sine lege"*).⁴¹⁹

Aqueles que criticam a tipificação do *negacionismo* não questionam a necessidade de se proteger a *segurança* ou a *dignidade* dos Judeus residentes na Alemanha, ou o respeito pela dignidade, igualdade e memória das vítimas, mas tão-só sustentam que as disposições já existentes são adequadas a almejar esse propósito.⁴²⁰

Vejamos.

⁴¹⁶ MORTE, Gabriele Della. 2016. *"Sulla legge che introduce la punizione..."*, p. 5.

⁴¹⁷ LEWY, Guenter. 2014. *"Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth..."*, p. 2.

⁴¹⁸ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. *"La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad..."*, p. 137.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 136.

⁴²⁰ *Vide*, por todos, LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 47.

Façamo-nos valer da muito prestimosa *Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre*.

A determinado momento, o TCE levantava a hipotética possibilidade de o art. 607.º/2 CP, considerado no seu conjunto, poder ser conforme à Lei Fundamental. Isto contanto que “*se pudesse deduzir do mesmo que a conduta sancionada implica necessariamente uma incitação directa à violência contra determinados grupos ou um menosprezo face às vítimas dos delitos de genocídio*”.⁴²¹

Sem prejuízo de se tratar de uma relevante questão de constitucionalidade - de que já não estamos a curar -, esta conjectura acarreta uma dificuldade acrescida à própria literalidade do preceito, designadamente a de fazer privar o delito da sua autonomia própria.

Se interpretado o preceito nestes termos, abeiramo-nos de GÖRAN LIERN quando o autor refere que a conduta típica coincidiria com aquela que já é criminalizada pelo art. 615.º CP, em conjugação com o art. 18.º.⁴²²

Estas normas sancionam a “*provocação, a conspiração e a proposição para a execução*” dos crimes de genocídio. Considera-se, nos termos deste último preceito, haver *provocação* “*quando directamente se incita [...] à perpetração de um delito*”.

Por conseguinte, ao exigir-se para a conformidade constitucional do art. 607.º/2 que a conduta implique, necessariamente, uma incitação directa à violência, cremos que se dilui significativamente a especificidade relativamente ao conteúdo do art. 615.º, que pune a *provocação*.

Não obstante, como sustenta o TCE, deve sublinhar-se que tal interpretação constitucionalmente conforme do art. 607.º/2 CP desvirtuaria em absoluto a vontade do legislador em sancionar de determinado modo a *provocação directa* ao delito de genocídio (art. 615.º).⁴²³

Isto dito, fácil será de vislumbrar o imbróglio que daqui resulta.

Ora, se considerarmos a conduta tal-qual descrita no ilícito típico do art. 607.º/2 CPE, temos de concluir pela sua inconstitucionalidade.

Se, contrariamente, legitimássemos tal interpretação, duas dificuldades não menos relevantes seguir-se-iam: por uma banda, reconduziríamos tal conduta à *incitação* prevista no art. 615.º, pelo que ficaria o primeiro artigo esvaziado de efeito útil e a sua subsistência careceria de sentido.

⁴²¹ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 7.

⁴²² LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 130-131.

⁴²³ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 9.

No reverso da medalha, porém, e na medida em que a conduta do art. 607.º/2 não contemplava a *incitação directa* - imprescindível para a punibilidade da *incitação* como forma de *provocação* ⁴²⁴ - estar-nos-íamos a desviar da intenção do legislador. ⁴²⁵

Mais. O facto de a cominação prevista no art. 607.º/2 ser sensivelmente inferior à que corresponde ao crime de *apologia* do genocídio, sem prejuízo de impedir apreciar qualquer “*intenção legislativa de introduzir uma pena qualificada*”, ⁴²⁶ constitui uma evidência da diferente gradação com que é valorada a gravidade das condutas. ⁴²⁷

Não sendo incumbência do Tribunal “*depurar tecnicamente as leis, evitar duplicidades ou corrigir defeitos sistemáticos*” ⁴²⁸ - como o próprio assume -, tal missão estaria muito mais cometida a uma abordagem de *iure condendo* que vimos tentando ensejar.

Porém, a nós, ‘*sendo impossível a clareza das estrelas*’, e não revestindo as nossas propostas ‘força oracular’, a resposta concludente a esta matéria afigura-se problemática, qual ‘quadratura do círculo’.

Idêntico exercício encetemos relativamente à conexão do art. 607.º/2 com a precedente versão do art. 510.º/1 do mesmo Código.

Esta última versão da norma estatua o sancionamento daqueles que “*provocarem à discriminação, ao ódio ou à violência contra grupos ou associações, por motivos racistas, anti-semitas ou outros referentes à ideologia, religião ou crenças, situação familiar, pertença dos seus membros a uma etnia ou raça, sua origem nacional [...]*”.

Dito isto, não se nos assemelha oportuno nem congruente que, paralelamente a esta disposição, se mantivesse o tipo do art. 607.º/2, interpretado no sentido requerido pelo órgão constitucional espanhol para a sua conformidade com a Constituição Espanhola.

Também por este motivo, acreditamos, se terá operado a actualização legislativa de Março de 2015, que procedeu à alteração do preceito.

Na nova versão do artigo 510.º coabitam, agora, simultaneamente, duas hipóteses distintas: **1)** na alínea *a)* pune-se aqueles que “*fomentem, promovam ou incitem directa ou*

⁴²⁴ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 131.

⁴²⁵ Isto no que respeita ao elemento “*negação*”. Já no que concerne à “*justificação*”, e na medida em que o art. 607.º/2 pune a *justificação* pública do genocídio enquanto *incitação indirecta* ou *provocação mediata*, tal interpretação do preceito conforme à Constituição “*não pode entender-se como desvirtuadora da vontade do legislador, pois dota o preceito de um âmbito punível próprio e específico*” . [Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 9].

⁴²⁶ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 7.

⁴²⁷ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 131.

⁴²⁸ Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: fundamento 9.

indirectamente ao ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra um grupo, uma parte do mesmo ou pessoa determinada”; e 2) na alínea c) sanciona-se aqueles que “*publicamente neguem, trivializem gravemente ou enalteçam os delitos de genocídio [...] ou [...] os seus autores, quando cometidos [...] por motivos racistas, anti-semitas ou outros [...]*”.

O art. 607.º, por seu turno, passou a incorporar, entre outros, os crimes de homicídio e agressão sexual, quando cometidos “*com o propósito de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso*” - inserido no capítulo referente aos *delitos de genocídio*, na categoria mais lata de “*Delitos contra a Comunidade Internacional*”.

Aqui chegados, uma leitura particular se nos merece.

Ainda que no art. 510.º tenha permanecido o tipo autónomo de *negacionismo* - fazendo-se explícita alusão à *negação* dos crimes de genocídio -, o certo é que este delito foi reintroduzido apenas como uma hipótese delitual, de entre outras, inserta na secção dos *delitos relativos ao exercício dos direitos fundamentais e liberdade políticas*.

O romper com um preceito próprio e exclusivo para o *negacionismo* (como constituía o art. 607.º/2) - sem prejuízo da manutenção do tipo de ilícito autónomo -, e a correspondente inscrição num preceito com uma extensão mais ampla, mostra-se, a nossos olhos, como uma evidência de uma lógica de contenção e parcimónia do legislador hispânico, que saudamos e julgamos merecedora de reprodução pelos congéneres europeus.

Esta novidade lógico-formal abre as portas a uma compreensão que conjecture a possibilidade de o delito de *negacionismo* não cobrir qualquer lacuna punitiva, concomitantemente que deixa percepcionar uma nova roupagem conferida ao mesmo por parte do legislador espanhol. E ao Direito não basta ser. É preciso parecer.

Encetemos agora uma brevíssima incursão pelos meandros da legislação penal germânica.

Até 1994, data da entrada em vigor do §130.3 do *StGB*, a perseguição penal dos casos de *negação* do Holocausto tinha lugar ao abrigo das disposições do capítulo XIV do Código Penal, referente às matérias de *difamação e calúnia “libel and slander”*. Aqui sobressaíam, particularmente, três crimes. Os art. 185.º, 186.º e 189.º sancionavam, respectivamente, o *insulto*, a *difamação* e a *violação da memória das pessoas falecidas*.

Também o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfG*), ao tempo, e na ausência de uma regra específica, sustentava o sancionamento das manifestações *negacionistas* por recurso a essa mesma norma da *injúria* (ou *insulto*), por combinação do

próprio §185.1 com o §194.1,⁴²⁹ em razão de tais manifestações serem consideradas ofensivas dos direitos da personalidade.⁴³⁰

Outrossim, processos houve em que se mobilizou - como resposta aos comportamentos *negacionistas* - o §130.1, que pune o *incitamento ao ódio*, idóneo a perturbar a paz pública.⁴³¹

É também esta a perspectiva de CLAUS ROXIN, que afiança que “*no ordenamento jurídico alemão tais actos já estão sujeitos a punição por via do §130.1 do StGB, sob a forma de incitamento ao ódio contra parte da população*”.⁴³²

Sem prejuízo da nossa concordância com o autor germânico, e de um ponto de vista meramente construtivo e edificante, propômo-nos prestar um módico e pessoal contributo ao debate.

Pensamos, desde logo, no já existente crime de “*discriminação racial*” (ou religiosa), como resposta exequível às manifestações *negacionistas*. Não pode desconsiderar-se o facto de, em ordenamentos como o português, aquele tipo de crime constituir já a inserção sistemática do tipo penal que prevê o *negacionismo*.

Tal raciocínio apenas será procedente, diga-se, na circunstância de se tratar de uma *negação* discriminatória.

Se se desse o caso inverso da observância de uma mera *negação* de factos históricos não discriminatória nem causadora de agitação - isto nos termos do Código Penal alemão, mas igualmente extensível a outras legislações -, daí resultaria a inconstitucionalidade da norma, por violação da liberdade de opinião.⁴³³

Pois bem, aqui chegados, arriscar-nos-emos a proferir a ousada resposta de que a incorporação do *negacionismo* não cobre nenhuma lacuna punitiva.

As condutas ofensivas vertidas em manifestações que suponham a *negação* ou a *justificação* do Holocausto ou de outros crimes contra a humanidade poderiam ser sancionadas por diversas *figuras criminis* dentro do arsenal típico já existente em qualquer ordenamento, e sem necessidade de um tipo delitivo específico.

⁴²⁹ O §194.1 isenta a prossecução penal de requerimento da vítima se esta tiver sido perseguida, sob o regime Nacional-socialista, como membro de um grupo, se esse grupo for uma parte da população e o *insulto* estiver associado a esta perseguição - contanto que o acto tenha sido cometido mediante a disseminação ou colocação de materiais à disposição do público.

⁴³⁰ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 126.

⁴³¹ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 9.

⁴³² ROXIN, Claus. 2013. “*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal...*”, p. 18.

⁴³³ No mesmo sentido, ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 42.

Insistimos no delito de *injúria* - quando na presença de expressões insultantes ou vexatórias de pessoas ou grupos, com possibilidade de agravação por motivos racistas - ou, porventura, nas amplas tipificações para as condutas que suponham uma *provocação* ao delito como respostas cabais e adequadas a tal desiderato.⁴³⁴

O presente discurso torna-se mais nítido e impressivo se rememorarmos algo que dissemos num capítulo precedente: a *negação* do Holocausto é explícita ou implicitamente ilegal em cerca de dezena e meia de países. Nos demais ordenamentos não é objecto de tipificação penal.

Nessoutros sistemas em que não está expressamente previsto o delito de *negacionismo*, este somente poderá ser objecto de perseguição na medida em que possa caber ou estar compreendido em outros tipos criminosos.

Constituem exemplos os sistemas penais dos países nórdicos, da Grécia ou do Reino Unido. Outrossim, era o que sucedia no sistema italiano até 2016 - ano da entrada em vigor da proposta de lei que introduziu o *negazionismo*.⁴³⁵

Com isto, de maneira alguma pretendemos significar que se tolera a impunidade dos comportamentos. Estes, repise-se, já se acham proscritos pelo Direito Penal.⁴³⁶

Rematando este *topos*, e não desejando incorrer num imobilismo repetitivo, digamos que aqueles que - como nós - desaprovam a lei não contestam a necessidade de proteger-se a *segurança* ou a *dignidade* das vítimas. Antes concluem que as figuras delitivas existentes se mostram adequadas a granjeá-lo.

11.1. Afinidade com a *negação* do terrorismo

O conceito de *negacionismo* é, noutros ordenamentos, outrossim aplicado à *negação* do terrorismo.⁴³⁷

No Perú, o executivo apresentou um projecto de lei a 28 de Agosto de 2012 que postulava a incorporação de um genuíno delito de *negacionismo*. Este diploma impunha sanções para quem publicamente *aprovasse, justificasse, negasse* ou *minimizasse* “os factos considerados como infracções terroristas por uma sentença judicial firme, quando com isso

⁴³⁴ Assim, LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. “*La lucha del Derecho contra el negacionismo...*”, p. 588.

⁴³⁵ ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. “*Los riesgos de penalizar el negacionismo...*”, p. 442.

⁴³⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad...*”, p. 140.

⁴³⁷ Na Argentina, e.g. os *negacionistas* intentam disfarçar a reivindicação do “*Terrorismo de Estado*” como uma luta pela verdade e memória, qualificando-o como uma “*guerra contra a subversão marxista, em defesa da Civilização Cristã e ocidental*”. [RANALLETII, Mario. 2010. “*Denial of the Reality of State...*”, p. 160].

se menospreza, hostiliza ou ofende gravemente um grupo social, sem a necessidade de ulteriores consequências".^{438/439}

Recordando as palavras do Parlamentar CHEHADE, "*se o delito de negacionismo só se limitar a sancionar a acção de negar, justificar, minimizar ou aceitar o terrorismo, tratar-se-ia de um excesso provavelmente violador dos direitos fundamentais*".⁴⁴⁰

Com efeito, o projecto, sujeito a alterações, veio, na sua redacção final, a sancionar "*quem negar os delitos de terrorismo ocorridos e julgados na história peruana, com a finalidade de os promover ou fazer apologia dos mesmos e/ou utilizar tal acção como meio de doutrinar com fins terroristas.*"

A este respeito, considerou SANTIAGO GASTAÑADUI serem "*proporcionais e equitativas*" tais cominações, explicitando que a configuração do tipo envolvia não apenas "*negar um acto terrorista que tenha merecido condenação judicial firme, mas que mediante essa negação se procurasse promover actos do mesmo tipo e/ou contribuir para isso por via do adestramento.*"⁴⁴¹

Porém, o inexorável passar do tempo veio a conservar o projecto na gaveta, como também foi preconizado pela ONG *Human Rights Watch*.

Além da crítica que foi dirigida à "*linguagem pouco precisa*" do diploma,⁴⁴² julgou-se que tal proposta legislativa seria tecnicamente inviável e atentatória da liberdade de expressão.⁴⁴³

Por um lado, como já foi dito anteriormente, poderia inibir expressões legítimas - tais como criticar uma sentença judicial relativa a actos terroristas ou publicar uma entrevista a pessoas condenadas por terrorismo.

Por outra banda, autores houve que consideraram as figuras delitivas já existentes no manancial repressivo peruano "*suficientemente solventes para atingir o objectivo desejado*". Em particular, referiu-se que tais manifestações se achariam já incluídas no art.

⁴³⁸ PESCHIERA, José Reaño. 2013. "*¿Delito de negacionismo?*", in *El Comercio, Lima (Perú)*, 19. 12, p. 1.

⁴³⁹ Na Exposição de Motivos arrazoava-se a necessidade de se proteger as vítimas do terrorismo da circulação de expressões "*francamente lamentáveis sobre a destruição, o ódio e a morte que atormentaram o terrorismo no país*". [VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 132].

⁴⁴⁰ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. "*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...*", p. 312.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 312-313.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 316.

⁴⁴³ Denota ainda PESCHIERA que a aceitação de que goza o delito de *negacionismo* na comunidade internacional não pode trasladar-se, sem mais, para a realidade do terrorismo no Perú, porquanto a sua legitimidade se sustenta na experiência vivida durante o regime nacional-socialista alemão. [PESCHIERA, José Reaño, *op. cit.*, p. 2].

316.º-A do Código Penal - intitulado “*Apologia do delito de terrorismo*” -, pelo que a criminalização poderia gerar confusões ou *misunderstandings*.⁴⁴⁴

Dispõe o preceito: “*Se a exaltação, justificação ou enaltecimento são feitos do crime de terrorismo ou de qualquer dos seus tipos, ou da pessoa que tenha sido condenada por uma sentença firme como autor ou participante, a pena não será inferior a quatro anos nem superior a oito anos, trezentos dias de multa e inabilitação [...]*”.

Com este pequeno desvio na rota, ademais da nossa tentativa de elucidar o leitor do ocasional fenómeno de expansão do *negacionismo* ao âmbito do terrorismo - como é *praxis* em Espanha⁴⁴⁵ ou em países da América Latina -, procurámos, sobretudo, noticiar que em tais ordenamentos, igualmente, é debatida a necessidade ou desnecessidade da criação de um ilícito típico e autónomo de *negacionismo*.

Fiquemos com as palavras de JOSÉ PESCHIERA: “*Ao promulgar-se este projecto estaríamos perante uma lei penal desnecessária, por redundante, como lamentavelmente acontece cada vez que se pretende apaziguar, mediante a aprovação de normas, a sensação geral de insegurança gerada por eventos desestabilizadores da paz social, em lugar de decidir-se por uma aplicação eficiente das ferramentas legais vigentes, cuja amplitude e 'drasticidade' fornecem o quadro idóneo para que autoridades policiais [...] e judiciais persigam e sancionem eficazmente os apologistas e instigadores do terrorismo.*”⁴⁴⁶

12. A “*legislação simbólica*” e os “*argumentos utilitários*”

Há quem perspetive a criminalização do *negacionismo* do ponto de vista do incontornável e inarredável *simbolismo* a ela associada.

E. FRONZA representa a personificação máxima desta corrente doutrinária. No entanto, os seguidores pululam e compartilham da percepção de que tal forma de intervenção através do Direito Penal encerra em si e *per se* um “*potente simbolismo*”.⁴⁴⁷

Esta corrente sugere que a resposta ao *negacionismo* em geral - e a lei penal alemã de 1994 em particular - corporiza uma certa *legislação simbólica* que outorga aos poderes públicos o sentimento de ter feito algo para a protecção da ordem democrática.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, pp. 316-320.

⁴⁴⁵ Para mais desenvolvimentos nesta matéria, v. *Sentencia STE núm. 79/2018, de 15 de febrero*.

⁴⁴⁶ PESCHIERA, José Reaño, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁴⁷ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 613.

⁴⁴⁸ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 47.

Sob este prisma, a legislação germânica destina-se, mormente, a propiciar que a Alemanha seja vista com melhores olhos pelo mundo e, dessarte, a demonstrar o seu empenho na laboriosa missão de prevenir o ressurgimento das ideias nazis. Isto, diga-se, mais do que para verdadeiramente evitar a agitação extremista e defender a *paz pública*.

Na verdade, à luz deste entendimento, o que sucede é que a lei empurra as ideias neo-nazis para o subterrâneo - onde subsistem e se mantêm latentes -, ao invés de estas serem combatidas e refutadas no tribunal da opinião pública.^{449/450}

Por outro lado, a abertura de um processo penal visando os *negacionistas* significa conceder-lhes tribunas para reuniões,⁴⁵¹ encontrando aqueles no julgamento público “*uma privilegiada plataforma*” a partir da qual poderão “*espalhar o seu veneno anti-semítico*”.⁴⁵²

Pois bem. Ainda que concluamos pelo carácter abusivo das expressões *negacionistas*, o certo é que nos encontramos numa zona de fronteira - numa zona cinzenta - com o exercício de uma liberdade fundamental.

As decisões dos tribunais, tanto nacionais como europeus, contêm sempre uma alta componente de incerteza, pelo que a absolvição de um tribunal pode relegitimar o aparecimento deste tipo de discursos.

Mais. Deste tipo de legislação poderá derivar, ainda, um outro efeito contraproducente.

Os *negacionistas* são, eles mesmos, “*críticos vocais*” da lei.⁴⁵³

Em muitos ocasiões, correr-se-á o indesejável risco de se sancionar os agentes por motivo das suas opiniões, podendo encorajar os mesmos a apresentarem-se diante da opinião pública como mártires ideológicos, vítimas de perseguição política.

Numa construção mais intrincada, poder-se-ia mesmo legitimar a sustentação de teorias conspiratórias de acordo com as quais são perseguidos porquanto se pretende esconder a verdade.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵⁰ Entendimento antagónico perfilha VIDAL-NAQUET, para quem se trata de uma corrente à qual não deveria ser dada publicidade ou relevância por meio de debates ou contra-argumentação. Com os *negacionistas* - di-lo - não há debate de ideias, mas sim combate político. [RANALLETII, Mario. 2010. “*Denial of the Reality of State Terrorism in Argentina ...*”, p. 160]. .

⁴⁵¹ MORTE, Gabriele Della. 2016. “*Sulla legge che introduce la punizione...*”, p. 6.

⁴⁵² LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁵⁴ LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. “*La lucha del Derecho contra el negacionismo:...*”, p. 590.

Os *negacionistas* reclamam, outrossim, serem perseguidos pelas suas crenças, autointitulando-se de prisioneiros políticos, vítimas da legislação estadual do crime de pensamento.⁴⁵⁵

Ora, a nós, afigura-se de toda a conveniência evitar qualquer circunstância que lhes ofereça essa “*notável publicidade*”⁴⁵⁶ que procuram, não nos cabendo assumir o papel de Polícia do Pensamento, nem tampouco de legitimar alguma espécie de ‘*crimepensar*’, como descrito na ‘*novilíngua*’ de George Orwell.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ LEWY, Guenter, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵⁶ Expressão de Teruel Lozano. [LOZANO, D. Germán M. Teruel, *op. cit.*, p. 590].

⁴⁵⁷ George Orwell, 1984.

§ Conclusão

É tempo de concluir.

Escrevia o romanista Yan Thomas que no Direito o tempo é sempre artificialmente construído.⁴⁵⁸

O Direito Penal, como “*instrumento de liberdade*”, vê-se hoje confrontado “*com uma crescente demanda de segurança*”.⁴⁵⁹

Um signo do nosso tempo - desse artificialmente construído - exterioriza-se, aos olhos de LUÍSA ARNAU, no accionar dos processos penais em resposta à *negação* de factos incontestáveis e lutosos, a que Direito Penal não tem sabido ou não tem querido subtrair-se.

⁴⁶⁰ Notória tem sido a tendência europeia dos últimos decénios de reprimir penalmente o *negacionismo*, produzindo a decorrente restrição à livre manifestação do pensamento.

A tipificação do *negacionismo* - um dos tipos penais sintomáticos da relação entre Direito Penal e moral⁴⁶¹ - expressa, nos dizeres de PESCHIERA, “*o interesse estatal em manter presente na memória social um facto criminal particularmente atroz*”.⁴⁶²

É legítima a interrogação: “*Como pôde um determinado grupo dentro da História chegar à conclusão de que a Shoah não existiu?*”⁴⁶³ Esta dúvida adensa-se, especialmente, se considerarmos que o Holocausto se tornou “*a matriz memorial, a metáfora do século XX*”.⁴⁶⁴

Porém, não é esta a questão que ora nos move.

O cerne da presente empreitada prende-se com dissecação das duas faces de Jano na punição do *negacionismo*.

É este o nosso ponto: embora haja um amplo consenso social sobre a verdade da *Shoah*, isso não legitima, por si mesmo, a decisão de penalizar as condutas *negacionistas*.⁴⁶⁵

Sem prejuízo de compreendermos o que pretende SUÁREZ significar ao atestar que esta legislação não afecta a liberdade de expressão, mas, bem pelo contrário, procura

⁴⁵⁸ M.E.L.A., Memory Laws in European and Comparative Perspective. 2018. “*Tempo, Memoria...*”, p. 2.

⁴⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. 2005. “*Política criminal - novos desafios, velhos rumos*”. Lusíada. Direito. Lisboa, nº 3 (2005), p. 15.

⁴⁶⁰ ARNAU, Maria Luísa Cuerda. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción ...*”, pp. 118-119.

⁴⁶¹ FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 140.

⁴⁶² PESCHIERA, José Reaño. 2013. “*¿Delito de negacionismo?...*”, p. 1.

⁴⁶³ NARCIZO, Makchwell Coimbra. 2012. “*A negação da shoah na História: uma análise dos trabalhos Negacionistas enquanto História e o problema da administração da Memória*”. Universidade Federal de Goiás, Goiânia, p. 113.

⁴⁶⁴ DI GIOVINI, Alfonso. 2006. “*Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione ...*”, p. 27.

⁴⁶⁵ No mesmo sentido, FRONZA, Emanuela, *op.cit.*, pp. 141-142.

“que exista uma liberdade de expressão plena”,⁴⁶⁶ uma adversidade se nos mostra inultrapassável. É a seguinte: a criminalização do *negacionismo* vulnera não apenas o âmbito da liberdade de expressão, mas também daquelas liberdades que se manifestam através dela, como a liberdade ideológica ou a liberdade científica no âmbito da investigação histórica.⁴⁶⁷

Bem andou o Tribunal Constitucional espanhol ao asseverar que “*uma finalidade meramente preventiva ou de asseguramento não pode justificar constitucionalmente uma restrição tão radical destas liberdades*”.⁴⁶⁸

A incriminação do *negacionismo* exige um estudo profundo e analítico das suas implicações e repercussões.

Não deve um Estado pretender solucionar os seus problemas apelando à força punitiva do Direito Penal, sem que previamente haja intentado a internalização de leis, valores e conhecimentos nos cidadãos - radicando na *educação* a principal ferramenta do seu desenvolvimento.

Julgamos de importância vital que o *negacionismo* não seja combatido (somente) com medidas legais. Asseverou KEN STERN: “*as leis são insuficientes nessa luta, já que também se trata de uma questão cultural, académica e política. E uma estratégia útil requer uma abordagem multifacetada.*”⁴⁶⁹

Por outro lado, cabe assinalar que se o delito concebido como uma ofensa aos bens jurídicos garante um Direito Penal liberal, não elimina, porém, o risco de que as normas, construídas segundo a forma liberal da ofensa, possam ter um conteúdo iliberal.

As perplexidades emergem logo na identificação do bem jurídico em jogo. Como adverte E. FRONZA, afigura-se impossível identificar o interesse protegido através de normas que punem o *negacionismo* por referência à protecção de uma *verdade histórica*.⁴⁷⁰

Parece-nos evidente que num Estado livre não cabe nem ao Parlamento nem à autoridade judicial definir a *verdade histórica*.⁴⁷¹ Cremos que ninguém tem um ‘*dever de*

⁴⁶⁶ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. “*El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú...*”, p. 318.

⁴⁶⁷ Assim, LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 124.

⁴⁶⁸ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre*: fundamento 8.

⁴⁶⁹ SUÁREZ, Berly Gustavo Cano, *op. cit.*, pp. 323-324.

⁴⁷⁰ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 626.

⁴⁷¹ Assim, VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. “*La criminalización del «negacionismo»...*”, p. 137.

verdade histórica’, e muito menos que alguém possa ser punido por referência à mesma - cenário esse em que se converteria o julgador no juiz da história.⁴⁷²

Como bem afirmou a *American Historical Association*, os historiadores que distorçam uma evidência histórica devem ser julgados pelos seus pares, não sujeitos a cominações penais.⁴⁷³

Eleita a “*igualdade entre todos os cidadãos do mundo*” e a “*honra*” como bens jurídicos a tutelar, o exame da *proporcionalidade* que se segue impõe que, em caso de colisão entre interesses, deva prevalecer o interesse causador do menor prejuízo possível. Em caso de dúvida, deve a liberdade ser encorajada.⁴⁷⁴ Os direitos fundamentais - di-lo DWORKIN - “*são trunfos nas mãos dos seus titulares*”.⁴⁷⁵

Superado que se encontre o teste da *adequação*, prossigamos.

No que concerne ao *subprincípio da necessidade*, julgamos, imbuídos no pensamento reformista de FRONZA, que os Estados europeus devem considerar prosseguir o longo caminho (“*long route*”) de estimular a lembrança e a comemoração, ao invés de elegerem a “*short route*” de criminalizar o *negacionismo*.⁴⁷⁶

Ainda que pensemos que a incriminação do *negacionismo* se não mostra *necessária* à tutela da *igualdade* e da *honra*, apreciemos o terceiro teste do exame da *proporcionalidade*.

A liberdade de expressão compreende, inequivocamente, a liberdade de errar. Outra postura que se adoptasse a este respeito entraria no “*terreno do dogmatismo*” e revelaria uma mentalidade totalitária, incorrendo-se no defeito que se visa combater.⁴⁷⁷

Adverte LUÍSA ARNAU que o legislador não tomou em consideração que a repressão penal do *negacionismo* poderia ocasionar o indesejável efeito da “*prescrição do desânimo*” do exercício de direitos fundamentais, desalentando os cidadãos de expressarem publicamente as suas opiniões políticas, perante o receio de que daí resulte um cenário de condenação penal.⁴⁷⁸

Por este prisma, o Direito Penal revelar-se-ia uma faca de dois gumes (“*una arma de doble filo*”), perante a qual os *negacionistas* se sentiriam legitimados a recorrer ao

⁴⁷² FRONZA, Emanuela. 2011. “*¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...*”, p. 140.

⁴⁷³ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 2.

⁴⁷⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. “*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*”. 2ª ed. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, p. 603.

⁴⁷⁶ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, p. 625.

⁴⁷⁷ LIERN, Göran Rollnert, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁷⁸ ARNAU, Maria Luísa Cuerda. 2007. “*La generalización del derecho penal de excepción ...*”, pp. 117-118.

argumento da repressão, apresentando-se como destinatários de uma legislação especial de criminalização do dissenso.⁴⁷⁹

A legislação que pune as manifestações *negacionistas* - altamente simbólica e frequentemente pressionada pela força da maré da opinião pública - arrisca-se, pois, a não representar mais o interesse dos cidadãos, mas, ao invés, a promover tendências autoritárias no seio do Estado.

O Estado, por sua vez, para combater as ideias perigosas, não pode tornar-se autoritário. Seria uma contradição. No plano axiológico, tal significaria a diminuição do respeito pelas liberdades fundamentais destinadas a serem protegidas por essa mesma norma.⁴⁸⁰

Os apologistas deste tipo de legislação argumentam que a verdade deve ser defendida contra aqueles que a distorcem ou que se escudam na liberdade de expressão para incitar ao ódio e ameaçar a ordem pública.

Poderá ter sido isto que sucedeu na Alemanha. No entanto, não tangemos o ponto de LEWY GUENTER, quando sugere que os alemães, que se mostraram “*incapazes de se livrar de Hitler*”, procuram, agora, preservar a *verdade histórica* por meio da perseguição pública - postura totalitarista que desvela “*a fraqueza da democracia alemã.*”⁴⁸¹

Também por isto, acreditamos, a criminalização do *negacionismo* não é um postulado generalizado nas diferentes democracias constitucionais pluralistas e liberais.

Porém, não somente por este motivo. A inibição do *negacionismo* não representa um postulado generalizado porquanto, permitamo-nos subscrever VANOSSI, “*o arsenal de figuras penais já existentes no direito positivo tipificando condutas lesivas é suficiente*” para reprimir essas manifestações.⁴⁸²

De resto, parece deslindar-se das tipificações que a proscrição do *negacionismo* não é empreendida enquanto *negação* manifesta e geral de genocídios e crimes contra a humanidade, mas antes que o seu âmbito de extensão é reduzido, sendo circunscrito, não raro, tão-somente à *negação* do Holocausto.⁴⁸³

⁴⁷⁹ FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 142.

⁴⁸⁰ FRONZA, Emanuela. 2006. “*The Punishment of Negationism: the difficult dialogue ...*”, pp. 622-623.

⁴⁸¹ LEWY, Guenter, *op. cit.*, pp. 7 e 47. A este respeito, memoremos BERTRAND RUSSEL quando advertiu que a liberdade de opinião é restrita quando o governo não se sente seguro. [VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 144].

⁴⁸² VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, pp. 136 e 140.

⁴⁸³ Assim, FRONZA, Emanuela. 2011. “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal...”, p. 125.

Sob outra perspectiva, a vigência dos valores superiores do ordenamento jurídico não deve ser encarada como uma “*vigência ideológica*” - enquanto “*inquestionabilidade teórica*” -, mas antes na qualidade de “*vigência jurídica*”, no sentido de esses valores não poderem ser vulnerados por concretos actos ou comportamentos por banda dos cidadãos.⁴⁸⁴

Por conseguinte, poderá um cidadão enjeitar ideologicamente tais valores e expressar publicamente a sua rejeição, mas desde que dentro dos limites penais e daqueles impostos pelo respeito pelos direitos alheios.⁴⁸⁵

Crucial se revela que o Direito não confunda *opinião* com *incitação*, e *pensamento* com *lesão*.⁴⁸⁶

Como elucidado pelo Tribunal Constitucional hispânico, contanto que a difusão de doutrinas *negacionistas* não encerre em si elemento suplementar algum, há que considerar que, em princípio, se trata de uma manifestação de certo modo “*neutra*” - independentemente “*da repulsa que determinadas afirmações possam causar*” -, pelo que deve “*encontrar abrigo*” na liberdade de expressão.⁴⁸⁷

A nós, afigura-se inequívoco que se não pode limitar a liberdade de expressão com fundamento no risco de que os cidadãos adquiram crenças falsas. Porém, se é lógico que toda a expressão falsa provoca o risco de que os outros adquiram crenças falsas, também é evidente que a liberdade de expressão não pode ficar reduzida às expressões verdadeiras.⁴⁸⁸

Eis o nosso ponto: diante do *negacionismo*, resulta claramente problemático reproduzir leis penais desencorajadoras ou que busquem a verdade através da *verdade legal* (“*legal truth*”). Tal representaria “*uma solução falsa*”, e que correria o risco de se dirigir “*na direcção do mal que se deseja combater.*”⁴⁸⁹

Diversamente, julgamos que a resposta que deve ser dada a estes casos é aquela que é a resposta paradigmática dos Estados democráticos: a defesa da liberdade mesmo para os inimigos da liberdade.^{490/491}

⁴⁸⁴ Assim, LIERN, Göran Rollnert. 2008. “*Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia ...*”, p. 142.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁸⁶ No mesmo sentido, VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁸⁷ *Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre: Voto Particular - Zapata Pérez (fundamento 4)*.

⁴⁸⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. 2007. “*Sistema democrático y concepciones del bien jurídico...*”, p. 181.

⁴⁸⁹ Assim, FRONZA, Emanuela Fronza, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁹⁰ ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. “*Los riesgos de penalizar el negacionismo...*”, p. 437. Escrevia, a este respeito, THOMAS PAINE: “*Quem quer garantir a própria liberdade, deve preservar da opressão até o inimigo; pois, se fugir a esse dever, estará a estabelecer um precedente que até a ele próprio há-de atingir.*”

⁴⁹¹ Neste particular, mostramos a nossa divergência com o famigerado Paradoxo da Tolerância de Karl Popper, nos termos do qual a “*tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância*”. À vista disso, devemos, então, reservar-nos, “*em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante*”.

Actuar de modo contrário significaria chegar a um solução em que “*os fins justificam os meios*”. Parafrazeando JORGE LUIS BORGES: “*Na luta contra os canibais tudo é permitido, excepto comer os canibais.*”⁴⁹²

Tal como STUCKENBERG, perseguimos o desejável propósito de uma política racional e de um Direito Penal liberal e humano em que o sacrifício da liberdade de opinião não seja a nota dominante.⁴⁹³

Num momento em que todas as construções iluministas ameaçam desmoronamento, a ideia dos “*direitos fundamentais*” será porventura a última “*grande narrativa*” da modernidade, o cerne do projecto kantiano para uma “*paz perpétua*”.⁴⁹⁴

Julgamos que, em cenário de dúvida - e na ausência de uma situação de “*perigo grave, claro e iminente*” - deve privilegiar-se a solução que não produza um “*resultado liberticida*”.⁴⁹⁵

Na luminar lição de JORGE MIRANDA: “*na dúvida, os direitos devem prevalecer sobre as restrições*” – “*in dubio pro libertate*”.⁴⁹⁶

Ilustrou o Tribunal Espanhol: “*A Constituição protege também aqueles que a negam.*”⁴⁹⁷

A nosso ver, seguramente que inibir certas ideias pode “*fazer mais mal do que bem*”: pode torná-las mais atractivas, ou mesmo conferir-lhes uma “*aura enigmática*”,⁴⁹⁸ ganhando sentido o velho brocardo de “*o fruto proibido ser o mais apetecido*”, mormente no seio das faixas etárias mais jovens.⁴⁹⁹

Em face do exposto, julgamos que, quando submetida ao exame do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, a criminalização do *negacionismo* se revela como uma escolha *desproporcionada* por banda do legislador.

À vista disto, associamo-nos a TERUEL LOZANO quando preconiza que o “*desinteresse*”, como forma de desprezo, constitui, as mais das vezes, a melhor das respostas.⁵⁰⁰

⁴⁹² VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁹³ ROXIN, Claus. 2013. “*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal...*”, p. 13.

⁴⁹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. 2016. “*Os direitos fundamentais na Constituição ...*”, p. 70.

⁴⁹⁵ Expressão de Vanossi. [VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 144].

⁴⁹⁶ Acórdão TRP (03-06-2016): Relatório.

⁴⁹⁷ *Sentencia TCE 176/1995, de 11 de diciembre*: fundamento 2.

⁴⁹⁸ Expressão de Teruel Lozano. [LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. “*La lucha del Derecho contra el negacionismo:...*”, p. 590].

⁴⁹⁹ LEWY, Guenter. 2014. “*Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth...*”, p. 47.

⁵⁰⁰ LOZANO, D. Germán M. Teruel, *op. cit.*, p. 590.

Ultimamos a nossa travessia recorrendo às ilustres palavras de TIMOTHY ASH: *“todo o esforço que fizemos pós-1945 na Europa para construir um amplo projecto de uma ordem internacional liberal traduz-se [...] numa tentativa de impedir que algo como o Holocausto aconteça novamente. Mas impedir por lei que as pessoas neguem que o Holocausto tenha acontecido é uma perspectiva totalmente equivocada sobre o tema.”*⁵⁰¹

Na expressão lapidar do senador CARLO GINZBURG: *“a negação não é uma opinião [...], é uma mentira. Mas eu acredito que não é necessário transformar essa mentira em crime.”*⁵⁰²



⁵⁰¹ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento IV.

⁵⁰² MORTE, Gabriele Della. 2016. *“Sulla legge che introduce la punizione...”*, p. 1.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2010. *"Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem"*. 2ª ed. actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- . 2015. *"Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem"*. 3ª ed., actual. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ANTARAMIÁN, Carlos. 2016. *"El Holocausto y otros genocidios - Esbozo histórico del genocidio armenio"*, in *Rev. mex. cienc. polít. soc.*, vol. 61, n.º 228, México Sep./Dec. 2016".
- ANTUNES, Maria João. 1999. *"Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.]*. - Tomo 2". Coimbra: Coimbra Editora.
- . 2016. *"Perigosidade – intervenção estatal em expansão?"*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121, Ano 24".
- . 2012. *"A problemática penal e o Tribunal Constitucional"*, in *"Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho"*, volume I, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*". Coimbra Editora.
- ARNAU, Maria Luísa Cuerda. 2007. *"La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas / dir. Juan Carlos Campo Moreno, José Luis González Cussac"*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- ATKINS, STEPHEN E. 2009. *"Holocaust Denial as an International Movement"*. Westport, Connecticut : Praeger Publishers.
- CANOTILHO, Gomes, e Vital MOREIRA. 2007. *"Constituição da República Portuguesa – Anotada"*. 4ª ed. rev. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- CASTRO, Ricardo Figueiredo de. 2014. *"Extrema-direita, pseudohistória e conspiracionismo: O caso do negacionismo do Holocausto"*. Rio de Janeiro: Anpuh-Rio.
- CUNHA, Conceição. 1995. *"Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização"*. Porto: Universidade Católica Portuguesa - Editora.

- CUNHA, José Manuel Damião da. 1999. *"Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.]. - Tomo 2"*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUSSAC, José L. González. 2007. *"La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad"*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- DI GIOVINI, Alfonso. 2006. *"Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale"*, in *Rivista: Diritto pubblico comparato ed europeo*. Vol. I. G. Giappichelli Editore.
- DOLCINI, Emilio, e Giorgio MARINUCCI. 1994. *"Constituição e escolha dos bens jurídicos"*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa. Ano 4, fasc. 2 (Abr.-Jun. 1994)*,. Traduzido por José de Faria Costa.
- ESPINO, María Lidia Suárez. 2008. *"Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio"*, in *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2019. *"Hate speech - factsheet"*. Council of Europe.
- FARIA COSTA, José de. 2013. *"Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal"*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 142.º, N.º 3978*.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. 2016. *"O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito"*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145.º, N.º 3998"*.
- . 1999. *"Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.]. - Tomo 2"*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FRA, (European Union Agency for Fundamental Rights). 2016. *"Assegurar justiça para vítimas de crimes de ódio: perspectivas profissionais."*
- FRONZA, Emanuela. 2011. *"¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria"*, in *Revista de derecho penal y criminología, ISSN 1132-9955, N° 5, 2011*.

- . 2006. *"The Punishment of Negationism: the difficult dialogue between law and memory"*, in *Vermont Law Review*.
- LEWY, Guenter. 2014. *"Outlawing genocide denial: the dilemmas of official historical truth"*. Salt Lake City: The University of Utah Press, cop. 2014.
- LIERN, Göran Rollnert. 1998. *"Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)"*, in *Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 99, 1998*.
- . 2008. *"Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)"* in © UNED. *Revista de Derecho Político N.º 73, septiembre-diciembre 2008*.
- LOZANO, D. Germán M. Teruel. 2014. *"La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano"*. Murcia: Universidad de Murcia.
- M.E.L.A., Memory Laws in European and Comparative Perspective. 2018. *"Tempo, Memoria e Diritto Penale"*. Alma Mater Studiorum Università di Bologna.
- MARCHAND, Laure. 2015. *"Turkey and the Armenian ghost: on the trail of the genocide"*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- MIRANDA, Jorge, e Rui MEDEIROS. 2010. *"Constituição portuguesa anotada"*. 2ª ed., rev., actual. e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONIZ, Helena. 1999. *"Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.] - Tomo 2"*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, Alessandra Pearce. 2015. *"Democracia militante na actualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa"*. Coimbra: Dissertação de Mestrado.
- MONTEIRO, Cristina Líbano. 1999. *"Comentário conimbricense do Código Penal : parte especial / dir. Jorge de Figueiredo Dias ; [textos] Américo Taipa de Carvalho ... [et al.] - Tomo 2"*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MORTE, Gabriele Della. 2016. *"Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa"*. Università Cattolica di Milano.

- NARCIZO, Makchwell Coimbra. 2012. *"A negação da shoah na História: uma análise dos trabalhos Negacionistas enquanto História e o problema da administração da Memória"*. Universidade Federal de Goiás, Goiânia.
- NETO, Odilon Caldeira. 2009. *"Memória e justiça: o negacionismo e a falsificação da história"*, in *"Antíteses, vol. 2, n. 4, jul.-dez. de 2009"*.
- NOVAIS, Jorge Reis. 2015. *"A dignidade da pessoa humana"*. Vols. I - "Dignidade e Direitos Fundamentais". Coimbra: Almedina.
- . 2010. *"As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição"*. 2ª ed. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora.
- PEREIRA, Flávio, e Amanda PILON. 2015. <http://estacaoarmenia.com.br/45508/analise-a-corte-europeia-de-direitos-humanos-e-a-recente-decisao-do-caso-perinc%CC%A7ek-x-suica/>.
- PESCHIERA, José Reaño. 2013. *"¿Delito de negacionismo?"*, in *Diario El Comercio, Lima (Perú), 19. 12.*
- RANALLETII, Mario. 2010. *"Denial of the Reality of State Terrorism in Argentina as Narrative of the Recent Past: A New Case of 'Negationism'?"* in *"Genocide Studies and Prevention 5, 2 (August 2010)"*. Buenos Aires.
- ROBLEDO, Agustín Ruiz. 2016. *"Los riesgos de penalizar el negacionismo"*, in *Revista Española de Derecho Constitucional - No. 107 (mayo/agosto 2016)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. 2005. *"Política criminal - novos desafios, velhos rumos"*. *Lusíada. Direito. Lisboa, n° 3 (2005)*.
- ROXIN, Claus. 2013. *"O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova"*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal - Ano 23, n° 1, Janeiro-Março 2013*. Traduzido por Susana Aires de Sousa.
- SANTANA, Monica da Costa. 2015. *"Revisionismo histórico online: Valhalla88, o difusor da intolerância na América do Sul (1997-2007). Em Tempo de Histórias"*, v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. 2004. *"Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência"*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 47.*

- SINEAEVA-PONKOWSKA, Natalia. 2008. *"Cómo comprender y luchar contra el negacionismo del holocausto"* (UNITED Thematic Leaflet - "How to Understand and Confront Holocaust Denial").
- SUÁREZ, Berly Gustavo Cano. 2012. *"El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú"*, ADPCP, VOL. LXV, 2012.
- TROPER, Michel. 2001. *"Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución"*, in *Anuario de derechos humanos*, n.º. 2, 2001.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. 2014. *"La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho"* in *Pensamiento Constitucional N° 19*, 2014. Buenos Aires.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. 2016. *"Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976"*. 5ª ed., reimp. Coimbra: Almedina.
- VIVES ANTÒN, Tomás S. 2007. *"Sistema democrático y concepciones del bien jurídico"*. Lusáda. Direito. Lisboa, n.º 4/5 (2007).

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional:

Acórdão n.º 81/84, processo n.º 22/84, Relator: Conselheiro Messias Bento

Acórdão n.º 631/95, processo n.º 90/92, Relatora: Conselheira Fernanda Palma

Acórdão n.º 224/2010, processo n.º 442/09, Relatora: Conselheira Maria João Antunes

Acórdão n.º 225/2018, processo n.º 95/17, Relator: Conselheiro Pedro Machete

Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão STJ (05-07-2012), Relator: Santos Cabral

Tribunal da Relação de Évora: Acórdão TRE (05-06-2012), Relator: Berguete Coelho

Tribunal da Relação do Porto: Acórdão TRP (03-06-2016), Relator: Donas Botto

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72) ECHR 7 Dec. 1976

Case of Haes and Gijssels v. Belgium (Application no.7/1996/626/809) ECHR 24 Feb.1997

Case of Lehideux and Isorni v. France (Application 55/1997/839/1045) ECHR 23 Sep1998

Case of Ergogdu & Ince v. Turkey ECHR 8 Jul. 1999

Case of Refah Partisi and others v. Turkey (Application 41340/98, et al.) ECHR 13 Feb 2003

Case of Garaudy v. France (Application no. 65831/01) ECHR 7 Jul. 2003

Case of Gündüz v. Turkey ECHR 4 Dec. 2003

Case of Fdanoka v. Latvia ECHR 17 Jun. 2004

Case of Chauvy and others v. France (Application no. 64915/01), ECHR 29 Jun. 2004

Case of Erbakan v. Turkey ECHR 6 Jul. 2006

Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08), ECHR 15 Oct 2015.

Tribunal Constitucional espanhol:

Sentencia TCE 20/1990, de 15 de febrero

Sentencia TCE 214/1991, de 11 de noviembre

Sentencia TCE 176/1995, de 11 de diciembre

Sentencia TCE 48/2003, de 12 de marzo

Sentencia TCE 43/2004, de 23 de marzo

Sentencia TCE 235/2007, de 7 de noviembre

Supremo Tribunal espanhol: *Sentencia STE núm. 79/2018, de 15 de febrero*

Conselho Constitucional francês: *Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012*

Tribunal de Grand Instance de Lyon: *Decisão de 3 de Janeiro de 2006*

Tribunal de Grande Instance de Paris: *Decisão de 24 de Março de 1994*

Tribunal Constitucional Federal alemão:

Acórdão de 13 de Abril de 1994

Acórdão de Abril de 1995 (Caso Günter Deckert)

Corte Constitucional italiana: Sentença de 4 de Maio de 1970, n.º 65

Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*
(Sentencia de 2 de julio de 2004)

Supremo Tribunal dos EUA: *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929)

Supremo Tribunal do Canadá: *Ernst Zündel v. Her Majesty The Queen* (1992)