

UM CASO DE DECISÃO EM MATÉRIA CRIMINAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA POLÍTICA

(ANÁLISE CRÍTICA)

GUILHERME FONSECA

O Autor analisa um recente Ac da RC que absolveu dois membros de um partido político pela prática de um crime de dano por estes terem pintado numa das paredes de um Viaduto, a seguinte frase: “8.º CONGRESSO — TRANSFORMAR O SONHO EM VIDA, 20 e 21 DE MAIO, V. N. GAIA, JCP. Considerando que a adequada solução do caso estaria no confronto entre direitos fundamentais constitucionais: de um lado, direitos de liberdade e de outro, direitos económicos. Concluindo que “os direitos, liberdades e garantias, constituem o “centro espiritual” da Constituição, o seu núcleo central irredutível, pelo que a absolvição se imporia com o fundamento da exclusão da ilicitude e da culpa e não com o fundamento que a pintura não era susceptível de danificar um viaduto.

1. Um recente acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de Maio de 2009, em matéria de liberdade de expressão e propaganda política, mereceu-me uma breve reflexão sobre o bom ou o mau entendimento expresso nesse aresto.

Foi o caso da condenação, em primeira instância criminal, numa pena de multa de dois membros da Juventude Comunista Portuguesa, “pela prática, em co-autoria material de um crime de dano p. e p. pelo art. 212.º, n.º 1, do C. Penal” e ainda a condenação, além do mais, a “pagarem, solidariamente, ao demandante civil, Município de Viseu, a quantia de € 102 (cento e dois euros)”, porque se deu como provado que no “dia 11 de Abril de 2006, cerca das 23 horas e 10 minutos, os arguidos, agindo de comum acordo e conjugação de esforços e intentos, pintaram numa das paredes do Viaduto, sito na Estrada da Circunvalação, junto à Universidade Católica, em Viseu, a seguinte frase: “8.º CONGRESSO — TRANSFORMAR O SONHO EM VIDA, 20 e 21 DE MAIO, V. N. GAIA, JCP”, mas “foram surpreendidos no local pela PSP, tendo-lhes sido apreendido o material com que procediam à pintura”.

O acórdão, delimitado pelo tema a decidir no contexto da sentença da primeira instância, situou a questão sob apreciação no “preenchimento, pela actuação dos arguidos, dos elementos do tipo objectivo e do tipo subjectivo do crime de dano, numa interpretação conforme à Constituição, no confronto

com o direito à livre expressão na vertente da livre afixação de mensagens de propaganda de natureza política”, e interpretação “a efectuar, ainda, de acordo com os princípios gerais do direito criminal e da interpretação das leis, (...)”.

O Tribunal da Relação localizou correctamente aquela questão, para depois responder que “da acusação não resulta (porque assim não sucede) que o viaduto tenha qualquer componente ou interesse visual ou arquitectónico relevante, para além do vulgar viaduto em betão. Nem que a pintura da frase ocupe, sequer, mais espaço um espaço tal que altere a fisionomia do viaduto — e o viaduto é uma estrutura com paredes e pavimento inferior e superior”.

“Não estando assim caracterizado um dano (desfiguração danosa) relevante com a dignidade subjacente ao tipo de crime”, eis a conclusão essencial do acórdão. E acrescentou-se ainda “uma referência aos pressupostos do tipo subjectivo do crime”, para concluir que, no caso, não é “o acto objectivo da pintura da frase, com a dimensão, local, motivação e meios utilizados, no contexto em que foi escrita, em termos de normalidade e senso e comum, uma acção comum de dano”. E daí, conseqüentemente, “sempre haveria que ter como não provada a intenção danosa, faltando assim, também os pressupostos do tipo subjectivo”.

Até aqui tudo bem e outra coisa não seria de esperar de um Tribunal de segunda instância, confrontado com uma sentença criminal em tudo censurável e errada, pelo que não podia, em sede de recurso, decidir-se senão pela procedência do recurso, com a conseqüente revogação daquela sentença, “absolvendo-se os arguidos do crime e do pedido de indemnização civil assente nos pressupostos da responsabilidade criminal”. Decisão colocada estritamente no campo criminal, sem dar nenhum relevo, nem convocar, ao confronto invocado com “o direito à livre expressão na vertente da livre afixação de mensagens de propaganda de natureza política”.

2. Por isso há um ponto do acórdão (o ponto 3.6.) que me despertou atenção e atenção pela negativa, porque é “mau direito” pela ponderação que faz dos valores constitucionalmente protegidos.

Por um lado, parte do pressuposto de que não é afastar “em absoluto a possibilidade de a actividade de colagem de cartazes/pintura de mensagens poder constituir crime de dano”, porque “o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto (nenhum direito o é)”. “O seu exercício compatibiliza-se com o exercício de outros direitos, também tutelados pela Lei Fundamental e pelas leis ordinárias” — acrescenta-se a seguir no acórdão, mas sem identificar que direitos são esses.

Por outro lado, parte ainda do pressuposto de que “não significa, por maioria de razão, que se reconheça a licitude ou a legalidade da conduta dos arguidos”, mas apenas que se tem de excluir uma “punição como crime de conduta sem dignidade penal”.

Ora, aqui, o Tribunal da Relação passa ao lado do enunciado “confronto com o direito à liberdade de expressão na vertente da livre afixação de men-

sagens de propaganda de natureza política”, como se isso não interessasse no preenchimento do tipo legal de crime em causa, parecendo, assim, aceitar, tal como o fez a sentença da primeira instância, que aquela liberdade pode ceder perante o direito de propriedade e a sua afectação por inscrições e pintura murais. Quer dizer: é o próprio Tribunal a invocar aquele enunciado, mas depois não lhe serve de nada para tomar a decisão.

Já frontal foi o M.^{mo} Juíz na sentença, que, depois de afirmar que “vivemos um Estado de Direito Democrático onde a todos é atribuída a liberdade de expressão, direito reconhecido constitucionalmente”, avança com a consideração de que, “como todos os direitos, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e o seu exercício não pode colidir com outros direitos também eles reconhecidos constitucionalmente, designadamente, o de propriedade e, o seu exercício não pode sobrepor-se às normas penais legalmente estabelecidas”.

Assim mesmo, “sem papas na língua”, aceitando o M.^{mo} Juiz que a liberdade de expressão deve ceder perante o direito de propriedade ou em confronto com o direito de propriedade. Para logo concluir, consequentemente, “inexistirem causas de exclusão de ilicitude e da culpa dos arguidos, devendo, pois ser os mesmo condenados pelo crime de dano, cuja prática lhe vem imputada”.

3. Parece óbvio que as instância se esqueceram de analisar *in casu* o confronto entre direitos fundamentais constitucionais: de um lado, direitos de liberdade e de outro, direitos económicos. Pois é disso que se trata com a liberdade de expressão e o direito de propriedade privada. Aquela consagrada no art. 37.º da Constituição (CRP), com a componente da liberdade de propaganda política, que se inscreve no direito de participação na vida pública consagrado no art. 48.º, e aquele direito vertido no art. 62.º, da Lei Fundamental.

De modo simplista, poder-se-á dizer que àqueles direitos de liberdade deve dar-se mais protecção do que é devida aos direitos económicos e, assim sendo, nunca a liberdade de expressão terá de ceder face ao direito de propriedade. E até pode compreender-se esta hierarquia dentro dos direitos fundamentais constitucionais, face a uma maior proximidade de direitos de liberdade à dignidade da pessoa humana e à autonomia ou auto-determinação pessoal, valores constitucionalmente muito relevantes (arts. 1.º e 26.º da CRP). Há, pois um radical subjectivo ou dimensão subjectiva que se ligam aos direitos de liberdade e não podem ser olhados de igual modo quanto aos direitos económicos.

Há Autores, como Paulo Otero, que não excluem “uma tentativa metodológica de hierarquização de direitos fundamentais”, afirmando que a primeira preocupação da CRP respeita à garantia da dignidade da pessoa humana. Outros, como Jorge Miranda, expressam-se no sentido de que “os direitos fundamentais podem dispor-se segundo uma hierarquia”, estando os direitos, liberdades e garantias pessoais à frente dos direitos económicos. Também Vital Moreira refere “a primazia de que gozam os “direitos, liberdades e garantias”, dado o seu regime próprio de protecção”.

Mas, mesmo para quem entenda, como Jorge Reis Novais, que a “ideia de hierarquização dentro dos direitos fundamentais, com uma pretensa natural superioridade dos direitos, liberdades e garantias, é contrária à ideia de direitos fundamentais em Estado de Direito, não é compatível com a vivência prática dos direitos fundamentais (...)”, não pode, contudo, alhear-se de situações de conflito ou colisão entre esses direitos, como um todo, ou, então, de modalidades e dimensões particulares, específicas, parcelares, dos mesmos direitos.

Em tais situações há necessariamente que fazer um balanceamento entre os interesses imanentes aos direitos de liberdade e os interesses subjacentes aos direitos económicos, para avançar para uma opção entre aqueles e estes, o que tem de passar pelo diferente peso que, na ordem constitucional, têm os diversos direitos fundamentais.

Em última análise, perante um conflito ou colisão entre tais direitos, tudo reside em procurar a optimização de ambos, o que convoca o princípio da concordância prática, segundo o qual, “se impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

Mas, se, por vezes, é pura e simplesmente irrealizável aquele princípio da concordância prática, como se tratasse de uma fórmula vazia, noutras vezes, num contexto concreto, não é difícil chegar a uma hierarquia axiológica entre diferentes direitos fundamentais. É o que acontece num confronto entre um direito de liberdade tão sacramental e emblemático como é a liberdade de expressão e um direito económico com o peso do direito de propriedade, devendo este, para a decisão do conflito, ceder perante aquela liberdade de expressão.

Pode, assim, falar-se numa regra de precedência *prima facie* geral dos direitos individuais face aos bens colectivos ou patrimoniais, com reflexo em qualquer situação concreta, o que, como aqui sucede, se vai projectar em sede de causa de exclusão da ilicitude e da culpa criminais.

Para quem entenda que os direitos, liberdades e garantias, constituindo o “centro espiritual” da Constituição, o seu núcleo central irreduzível, se encontram dotados de densidade suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei, não pode estender essa densidade aos direitos económicos. Tanto basta para fazer funcionar a tal regra de precedência e fazer valer a liberdade de expressão sobre o direito de propriedade.

Com o que a absolvição sempre se imporia e exactamente com o fundamento da exclusão da ilicitude e da culpa no cometimento de um crime presumível de dano imputado, em co-autoria material, aos dois membros da Juventude Comunista Portuguesa, diferentemente do fundamento tecnicista e redutor a que aderiu o Tribunal da Relação de Coimbra.