Leis de memória e liberdade de expressão: o problema do revisionismo histórico na democracia militante contemporânea

André da Silva Paulos[1]-[2]

Vivemos num mundo cada vez mais polarizado, em que o passado deixou de constituir apenas um objeto de investigação histórica, tornando-se objeto de reconhecimento, reparação, comemoração e fundamento de proibições jurídicas, tudo por via das leis de memória. No entanto, é legítimo questionar com que legitimidade o Estado decide o que lembrar e o que esquecer, bem como o que pode ser dito sobre a história. Isto porque o modo como o Estado se tenta proteger da falsificação ou da instrumentalização do passado é não mais do que uma apropriação da história, com a instituição de uma narrativa oficial e restringindo a liberdade de expressão, questão particularmente relevante no atinente às leis de memória sancionatórias. Levanta-se assim a questão central deste estudo: até onde pode uma democracia liberal blindar juridicamente a memória, sem instituir uma verdade oficial nem restringir excessivamente a liberdade de expressão.

O primeiro conceito fundamental para este estudo é o de leis de memória. Embora não exista um consenso uniforme sobre a tipologia destas leis (para certos autores abrangem as várias formas de regulação jurídica da história; para outros o elemento decisivo é o seu carácter seletivo; enquanto que outros ainda partem do objetivo prosseguido pelo diploma em si), para efeitos deste trabalho serão considerados como leis de memória todos os diplomas que visem, de algum modo, regular a memória pública, operando assim uma seleção quanto ao passado, sendo essencial a possibilidade da sua imposição coerciva. Ainda outros conceitos fundamentais são os de revisionismo histórico e de negacionismo histórico. Embora o conhecimento histórico admita pluralidade interpretativa, isso não significa que todas as interpretações tenham o mesmo valor. A revisão do conhecimento histórico com base em novos factos ou interpretações, quando realizada segundo as regras próprias da investigação académica é uma atividade legítima e positiva. Assim, entender-se-á por revisionismo a reavaliação do conhecimento existente realizada com respeito pelas regras académicas, ao passo que será entendido como negacionismo a recusa ou profunda distorção de factos históricos amplamente consolidados, realizada ao arrepio das regras académicas, independentemente da motivação subjacente.

Neste estudo, a liberdade de expressão ocupa um lugar fundamental. É atualmente um direito fundamental consagrado na grande maioria das constituições dos países ocidentais. Especialmente no contexto da União Europeia, os limites da liberdade de expressão têm vindo a ser densificados pela jurisprudência do TEDH. De todo o acervo jurisprudêncial do mesmo, podemos atualmente concluir que embora a liberdade de expressão tenha um grande âmbito de aplicação, protegendo não apenas as ideias que são recebidas favoravelmente pela sociedade, mas também as que têm, inclusive potencial para chocar a própria

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Doutorando em Direito na Universidade Lusíada de Lisboa. Investigador do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais.

[2] Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Projeto <UID/04053/2025> com o identificador DOI <10.54499/UID/04053/2025 (https://doi.org/10.54499/UID/04053/2025)>.

sociedade, sendo esta tolerância exigida pelo próprio carácter democrático. No entanto, a liberdade de expressão admite restrições. No campo do revisionismo e do negacionismo histórico, já se decidiu que o atentado contra factos históricos amplamente reconhecidos está fora da liberdade de expressão, consistindo, ao invés, num abuso de direito, o mesmo se aplicando à apologia de valores que vão contra os da CEDH. Destarte, a defesa de posições que vão contra factos históricos bem estabelecidos merecem pouca (ou nenhuma) proteção, pelo que não há obstáculos à elaboração de leis de memória que visem proteger factos históricos merecedores de um amplo consenso. Fica, assim, circunscrito o problema central deste estudo aos casos em que o negacionismo ou o revisionismo atentam contra factos não tão bem sedimentados, em que há um debate científico aberto.

As restrições mais intensas aos direitos fundamentais encontram algum fundamento na teoria da democracia militante. Karl Loewenstein nos anos 30 do século XX, num contexto marcado pela luta entre o autoritarismo e a democracia, alcançou três conclusões incómodas: i) as técnicas utilizadas pelo totalitarismo apenas conseguiam proliferar devido às condições oferecidas pela democracia; ii) a tolerância democrática havia sido utilizada para a destruição da democracia; iii) a máquina antidemocrática apenas pode ser construída e utilizada a coberto do uso de direitos fundamentais. Deste modo, argumentava que o totalitarismo deveria ser combatido utilizando os mesmos meios que estes movimentos utilizam para combater a democracia, isto é, as democracias deveriam criar legislação para sua proteção, mesmo que isso implicasse arriscar ou violar princípios fundamentais, com vista à sua auto-preservação. Justifica-se, assim, a restrição da apologia de certos tipos de negacionismo histórico, pois um dos meios de defesa da democracia pode ser a criação ou defesa de uma versão da história; sendo um meio de o fazer a consagração de leis de memória. É, no entanto, inegável que as leis de memória que proíbem determinados tipos de discurso ditam uma verdade histórica. O Estado Democrático não tem poder nem legitimidade para impor uma verdade histórica, mas deve usar o seu aparelho coercivo para a salvaguardar; as leis de memória tendem, inclusive, a fortalecer a democracia, desde que não criem restrições excessivas à liberdade de expressão. Assim, o Estado Democrático tem o poder-dever de proteger a democracia, mas não pode censurar todas as opiniões divergentes em relação a uma qualquer conceção de verdade histórica; apenas as que atentem totalmente contra o consenso histórico e tenham repercussões no caráter democrático das instituições. Destarte, consegue-se delimitar o máximo da intervenção estadual admissível: quando existe um debate histórico, não pode participar no mesmo, impondo a sua interpretação.

Estabelecido que está o limite da intervenção estadual, entendeu-se como apropriado analisar os diplomas memoriais existentes em alguns Estados da comunidade Ibero-americana, com exceção do caso paradigmático da Polónia. Começando pela Espanha, a Lei de Memória Democrática, sobretudo pelo seu regime sancionatório, nomeadamente a cláusula da proibição da exaltação do franquismo, mas também pela consagração de uma mudança nos currículos escolares, embora não se afigure como sendo incompatível com a democracia, levanta questões sobre a blindagem de uma verdade histórica, aparentando o Estado estar disposto a censurar relatos históricos discrepantes. Passando à Argentina, um dos diplomas existentes (Lei 25.633 de 2002), a mesma é apenas

institutiva de um dia comemorativo, pelo que não levanta grandes questões. Mais problemática é a Lei 26.691, de 2011, que visou apenas o terrorismo de Estado exercido até 10 de dezembro de 1983, o que levantou críticas no sentido da pouca atenção dada pelo Estado às vítimas das guerrilhas, pelo que este ordenamento jurídico, embora não colida com a liberdade de expressão, pode traduzir-se numa seleção memorial e institucionalização de uma "verdade oficial". Outro ordenamento jurídico analisado foi o colombiano, nomeadamente a Lei 1448 de 2011, que, embora tenha sofrido alterações em 2024, continua dotado de uma boa salvaguarda contra a imposição de uma "verdade oficial", pois permanece em vigor uma boa salvaguarda contra uma excessiva intervenção estadual, que permite ao Estado apenas garantir que a sociedade possa prosseguir com exercícios de reconstrução memorial como efetivação do direito à verdade. Por último, e sendo a exceção ao critério de escolha dos ordenamentos a analisar neste estudo, olhou-se para o ordenamento jurídico polaco, onde é incontornável a Lei de 26 de janeiro de 2018, que visava introduzir uma norma punitiva da atribuição à nação ou ao Estado polacos de qualquer tipo de responsabilidade pelos crimes nazis ou por qualquer outros crimes que constituíssem crimes contra a paz, contra a humanidade ou de guerra, ou se diminuísse grosseiramente a responsabilidade dos verdadeiros autores desses crimes, alteração legislativa que foi extremamente criticada e considerada um exemplo de como a instrumentalização da memória poderia ser utilizada para ferir os direitos fundamentais.

Concluindo, é incontornável a importância da memória, e parte do fundamento das leis de memória será que a memória está associada a algo que merece ser relembrado e protegido. Perante um ataque a factos históricos bem estabelecidos e consensuais, o Estado tem o poder-dever de os proteger, mantendo-os na memória e defendendo, concomitantemente, as instituições democráticas. No entanto, o Estado não deve intervir em debates históricos. O critério para definir o limite da intervenção memorial do Estado é, portanto, o grau de consenso historiográfico em torno de um determinado acontecimento: quanto maior for este consenso, mais intensa poderá ser a intervenção estadual no sentido da proteção jurídica. Sendo verdade que não cabe ao parlamento nem às autoridades judiciárias definir a verdade histórica, cabe-lhes proteger o consenso historiográfico, sobretudo quando está em jogo a democracia e o carácter democrático das instituições. Dentro destes limites, as leis de memória são justificadas no âmbito da democracia moderna.