

Liberdade de expressão ou “liberdade de ofender”? – o conflito entre a liberdade de expressão e de informação e o direito à honra e ao bom nome

DR. JOÃO TORNADA*

SUMÁRIO: 1. *A liberdade de expressão e de informação*: 1.1. *Âmbito objetivo e subjetivo*; 1.2. *Os bens jurídicos tutelados pela liberdade de expressão e de informação*; 1.3. *O conceito constitucional de “informação” e a distinção entre factos e opiniões*; 1.4. *Os limites da liberdade de expressão e de informação*. 2. *O direito à honra e ao bom nome*: 2.1. *Os limites imanescentes do direito à honra e ao bom nome*; 2.2. *O conflito de direitos no direito penal e no direito civil*; 2.3. *A CEDH e a jurisprudência do TEDH*; 2.4. *A doutrina e a jurisprudência nacional: a corrente conservadora e a corrente liberal*; 2.5. *Crítérios gerais de ponderação e de resolução do conflito*; 2.6. *A relevância da exceptio veritatis*; 2.7. *A vinculação dos tribunais portugueses à jurisprudência do TEDH*. 3. *Conclusão*.

Introdução

Um estudo sobre o confronto entre a liberdade de expressão e de informação com o direito à honra e ao bom nome justifica-se pelas 21 condenações do Estado Português pelo TEDH¹ por decisões nacionais que insistem em coartar a liberdade de expressão dos seus cidadãos². Em janeiro de 2017, o Tribunal da Relação de Lisboa confundiu o TEDH como sendo uma instância

* O Autor agradece ao Sr. Professor Doutor Jorge Miranda a oportunidade de publicar este estudo, bem como todo o seu inestimável apoio, e ao Sr. Professor Pedro Lomba todos os seus comentários e indicações bibliográficas.

¹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

² Desde janeiro de 2005 até junho de 2017, Portugal foi condenado por 21 ocasiões em matéria de liberdade de expressão e de informação. No período compreendido entre 2005-2015, o número de condenações do estado português por violação da liberdade expressão equivalia sensivelmente a uma média três vezes superior à média de condenações dos 28 Estados da União Europeia. Assim, v.

comunitária e reputou a interpretação da CEDH³ dada pela jurisprudência do TEDH como sendo *inconstitucional*, por violação do artigo 8.º, n.º 4 da CRP⁴, concluindo por isso que esta não vincula os tribunais portugueses.

Destapando um pouco o véu, vivemos numa era em que os *media* são pressionados pela vertiginosa sucessão de acontecimentos numa “aldeia global”, tendo de noticiar todos os factos “ao minuto”, sob pena de uma informação perder a atualidade com que o público tem direito a recebê-la. Com a internet hoje todos os cidadãos podem trocar informações entre si sem qualquer mediação jornalística, ampliando o risco da divulgação de falsidades e de afirmações injuriosas. Contudo, a liberdade de expressão como “oxigénio” da democracia, necessita de um amplo espaço para escrutinar os titulares do poder, seja político, económico ou meramente social. Este quadro de maior liberdade tem por base a capacidade do *leitor médio* em entrar no debate público e de adotar um espírito crítico de modo a perceber que, parafraseando TEIXEIRA DA MOTA⁵, uma informação é, em muitos casos, apenas uma opinião (ou uma versão dos factos) e não uma verdade absoluta.

Contudo, os tribunais portugueses, principalmente nas instâncias inferiores, insistem em adotar uma postura mais paternalista, dando primazia ao direito à honra e ao bom nome dos titulares do poder, fruto de uma cultura (portuguesa e continental) forte do respeito e da civilidade.

Perante este panorama, urge sintetizar os critérios gerais de resolução deste cotejo de direitos fundamentais, e, a final, perceber em que medida a jurisprudência sedimentada do Tribunal de Estrasburgo vincula (ou não) os tribunais nacionais.

1. A liberdade de expressão e de informação

1.1. *Âmbito objetivo e subjetivo*

Para que se possa identificar corretamente o problema da colisão dos direitos fundamentais aqui em estudo é necessário identificar qual o grau de prote-

Relatório: Criminalização da Difamação em Portugal de junho de 2015 do Instituto Internacional da Imprensa, disponível em <http://legaldb.freemedia.at/>.

³ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, vulgo, “Convenção Europeia dos Direitos do Homem”.

⁴ Constituição da República Portuguesa.

⁵ V. FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2013, pg. 15.

ção desses direitos quando isoladamente considerados e quais os bens jurídicos por eles tutelados. Retomaremos a importância desta tarefa quando nos detivermos sobre os limites imanentes destes direitos fundamentais.

Posto isto, a liberdade de expressão e de informação, enquanto direito fundamental, encontra-se consagrada no artigo 37.º, n.º 1 da CRP⁶, bem como no artigo 19.º da DUDH⁷. Com efeito, o artigo 37.º da CRP encerra dois feixes de direitos distintos⁹: a liberdade de expressão e a liberdade de informação, munindo os seus titulares de uma *situação jurídica complexa*. Procuraremos, sumariamente distingui-los.

A *liberdade de expressão* comporta (i) o *direito negativo* a não ser impedido de exprimir e divulgar o pensamento, ideias, opiniões, factos, conhecimentos, mensagens publicitárias, criações artísticas, de todo o tipo¹⁰ e por qualquer meio¹¹, (ii) na sua *dimensão positiva*, uma pretensão de acesso aos meios de expressão e ainda (iii) uma pretensão de acesso, nos termos da lei, às estruturas de serviço público de rádio e de televisão¹².

Já a *liberdade de informação* encerra (i) o “direito de informar”, (ii) o “direito de se informar” e (iii) o “direito de ser informado”¹³. O primeiro desdobra-

⁶ Constituição da República Portuguesa.

⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁸ Atente-se também no artigo 10.º da CEDH e no artigo 19.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 11.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Na lei ordinária, destaque-se, na vertente da liberdade de imprensa, o artigo 22.º, alínea *a*) da Lei da Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro) e o Estatuto do Jornalista (Lei n.º 1/99, de 13 de janeiro).

⁹ V. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, 2010, Coimbra Editora, pg. 852.

¹⁰ Proíbe-se, portanto, o *delito de opinião*, ou seja, permite-se a veiculação de ideias anticonstitucionais.

¹¹ Além das tradicionais comunicações escritas ou verbais inclui-se ainda os demais tipos de “atividades simbólicas” (v. Ac. do TEDH, *Women on waves c. Portugal*, de 03.02.2009). Sobre o tema, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, BFDUC, Coimbra Editora, 2002, pg. 430 (em nota) e ss. Na doutrina inglesa, sustenta-se que são abrangidas todas as exteriorizações de factos, ideias, opiniões independentemente de estas visarem serem transmitidas a terceiros, englobando as exteriorizações escritas/orais em *diários* (v. ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2nd ed., 2007, pg. 25). Como veremos, os bens jurídicos tutelados pela liberdade de expressão, nomeadamente o desenvolvimento da personalidade, efetivam-se também pelas exteriorizações do pensamento dirigidas à própria pessoa que os profere. Ademais, qualquer diário tem sempre a potencialidade de (pelo menos) vir a ser postumamente conhecido por terceiros. Admitimos, por isso, que poderá ter sido esta a opção tomada pelo legislador constituinte quando no artigo 37.º da CRP previu que o direito à liberdade de expressão comporta a possibilidade de “exprimir” (*i.e.*, *exteriorizar*) e de “divulgar” (*i.e.*, *comunicar a terceiros*) o seu pensamento.

¹² V. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 849.

¹³ V. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pg. 573.

-se num direito análogo ao *direito negativo* da liberdade de expressão, com a diferença de que este tem por objeto “informações”. Por sua vez, o “direito de se informar” verte-se num direito de busca de fontes de informação e de recolha de informação, ao passo que o “direito de ser informado” consiste no direito positivo de ser adequadamente informado pelos *media* e pelos poderes públicos¹⁴.

Estes direitos distinguem-se também pelo facto de a liberdade de expressão, ao contrário da liberdade de informação, exigir sempre uma comunicação ou outro meio de exteriorização por parte de um sujeito/entidade que detém um certo facto, opinião ou outro tipo de informação¹⁵. Mais adiante veremos que a distinção entre estes dois direitos não passa pela diferença entre ideias e factos/informações, como alguma doutrina identifica¹⁶.

Em ambos os casos, é reconhecido o “direito ao silêncio”, enquanto *direito negativo, i.e.*, o direito a não comunicar pensamentos ou informações e o direito a não ser informado, como corolário da liberdade negativa de pensamento¹⁷. Por força do artigo 37.º, n.º 3 da CRP, proíbe-se a censura o que consubstancia não só um *direito negativo*, mas exige também do Estado uma atuação *positiva* perante investidas de entidades privadas que, por força do artigo 18.º, n.º 1 da CRP, estão vinculadas a respeitar este direito fundamental¹⁸.

O *direito de resposta e de retificação*, consagrado no artigo 37.º, n.º 4 da CRP e concretizado no artigo 2.º, n.º 2, alíneas *c)* e *f)* da Lei de Imprensa, mune os sujeitos visados por um certo facto ou opinião que entendam ser inexato ou ofensivo de um *direito potestativo*¹⁹ para aduzirem contraditório. Fundamentalmente, este direito tem duas funções típicas²⁰: (i) permite a *defesa* dos direitos de personalidade de quem se sinta afetado por uma determinada comunicação e

¹⁴ V. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 573.

¹⁵ Repescando o exemplo avançado por BARENDT, se um cidadão quiser intimar o Estado (ou até um particular) a revelar uma informação contra a sua vontade, esta pretensão mais facilmente cairá sob a égide do direito à informação do que da liberdade de expressão. Assim, v. ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pg. 26.

¹⁶ V. ponto 1.3. do presente estudo.

¹⁷ V. COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra Editora, 1996, p. 45; Jónatas Machado, *Liberdade...*, cit., pg. 428.

¹⁸ Circunstância que é, aliás, recorrentemente lembrada nos arestos do TEDH, nomeadamente, no *Özgür Gündem c. Turquia*, queixa n.º 23144/93 de 16.03.2000 e *Appleby & outros c. Reino Unido*, queixa n.º 44306/98, de 06.05.2003.

¹⁹ V. VITAL MOREIRA, *O direito de resposta na comunicação social*, 1994, Coimbra Editora, pg. 16.

²⁰ Sobre estas e outras funções do direito resposta, v. VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 24-32 e 77 e ss.

(ii) funciona como garante do pluralismo de ideias e da descoberta da verdade, “*facultando ao público o acesso a pontos de vista contraditórios*”²¹.

No tocante à sua titularidade (ou âmbito subjetivo), tanto as pessoas singulares como as pessoas coletivas podem produzir e exteriorizar ideias ou pensamentos²² e difundir informações, por força do artigo 12.º, n.º da CRP. Enquanto direito universal este não é apenas reconhecido aos cidadãos portugueses, mas também a estrangeiros e apátridas. Tão pouco se exige a maioridade, mas apenas um mínimo de capacidade natural²³.

De entre os vários direitos especiais ou qualificações que a liberdade de expressão e de informação assume²⁴, atente-se na *liberdade de imprensa*²⁵. Do artigo 38.º da CRP resulta que o acervo de direitos dos jornalistas é superior aos de um cidadão comum²⁶. Contudo, o direito a informar dos jornalistas tem como contrapartida um *dever de informar com verdade e objetividade*²⁷, como consequência da “*missão de serviço público*”²⁸ que lhes compete, conforme explanaremos em seguida.

1.2. Os bens jurídicos tutelados pela liberdade de expressão e de informação

A liberdade de expressão e de informação assume um papel instrumental e matricial ao exercício de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos²⁹. Ainda que tenhamos concluído que a liberdade de

²¹ V. Ac. Tribunal Central Administrativo Norte de 10.11.2005, proc. 00070/04.

²² V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 398-404; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 576. Em sentido contrário, v. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 849.

²³ V. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 849.

²⁴ Sobre outros direitos especiais da liberdade de expressão, v. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 849-850.

²⁵ V. NUNO E SOUSA, “A liberdade de imprensa” in *Sep. do vol. 26 do Supl. do BFDUC*, 1984, pg. 41 e ss e 132 e ss.

²⁶ Mais desenvolvidamente, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 517 e ss (em especial 541 e ss) e 581 e ss.

²⁷ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 589.

²⁸ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 510-517.

²⁹ Sustentando que a liberdade de expressão efetiva a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1.º), o princípio Democrático (artigo 2.º), o *acesso aos tribunais* (artigo 20.º), o *livre desenvolvimento da personalidade* (artigo 26.º), a *liberdade de consciência* (artigo 41.º), a *liberdade de criação cultural* (artigo 42.º), a *liberdade de aprender e ensinar* (artigo 43.º), o *direito de manifestação* (artigo 45.º/2), a *liberdade de profissão* (artigo 47.º) e os *direitos de petição e ação popular* (artigo 52.º), v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*,

expressão e de informação são (feixes de) direitos distintos, os bens jurídicos por eles tutelados são coincidentes, o que justifica o seu estudo conjunto.

Com efeito, os bens jurídicos tutelados são (i) a *liberdade de pensamento livre*, (ii) o *desenvolvimento da personalidade dos cidadãos*³⁰, permitindo a adoção de escolhas informadas, (iii) a “*busca da verdade*”³¹ e do “*bem*”, (iv) a *proteção do pluralismo e da tolerância* e (v) a “*formação da opinião pública e da vontade política democrática*”³² de modo a permitir uma *participação democrática efetiva*³³.

Em primeiro lugar, só a liberdade de expressão e de informação confere à *liberdade de pensamento livre* um significado útil. De pouco (ou nada) valeria essa liberdade, entendida como *liberdade de consciência de pensamento*, se esta não viesse acompanhada da *liberdade de exteriorização desse pensamento*³⁴. Do mesmo modo, a liberdade de pensamento livre necessita da liberdade de informação, mormente do direito de acesso a factos, opiniões, e outras informações, para que se possa desenvolver. Grosso modo, uma opinião desinformada não será livre, mas sim condicionada.

Por outro lado, a liberdade de expressão e de informação não tutela apenas o direito de quem expressa o seu pensamento: abrange também o direito dos demais cidadãos ao acesso a um maior número de informações. Dito isto, o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, consagrado no artigo 26.º da CRP, exige que o Estado respeite e proteja a *livre circulação de ideias e de informações*. Numa conjuntura social em que “*o saber é poder*”³⁵, só tendo acesso a todo o tipo de informações – factos³⁶, ideias, obras artísticas, entre outros –

Tomo IV, 3.ª edição, pg. 453; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 848.

³⁰ V. ERIC BARENDT, *ob. cit.*, pg. 13–18.

³¹ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 237–246.

³² V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 150.

³³ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 255–266 (em especial 260–261).

³⁴ Parafaseando, LEBRETON (v. GILLES LEBRETON, *Libertés Publiques et Droits de l’Homme*, 7.ª éd, Paris, 2005, pg. 394) a liberdade de pensamento livre e a liberdade de expressão são “direitos siameses” pois cada um deles necessita do outro para se efetivar. Também assim, v. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, “A liberdade de expressão como direito do homem (princípios e limites)”, in *Revista Sub-judice – justiça e sociedade* (1999), 15/16 junho/dezembro, pg. 7.

³⁵ V. FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2013, pg. 11–12

³⁶ BARENDT sustenta, porém, que a troca de informações/ notícias só muito rebuscadamente contribuiria para o *livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana*, apenas concedendo que tal acontecesse “talvez nos casos em que o comunicador é responsável pela mesma [notícia ou informação]”. Assim, v. ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, pg. 15. Não vemos, contudo, razão para tal distinção. Em primeiro lugar, parece-nos que a divulgação/acesso a factos/informações históricas, políticas, científicas, culturais ou recreativas são uma parte crucial do processo de formação da perso-

poderá cada cidadão formar a sua personalidade e tomar *escolhas informadas* que melhor sirvam os seus interesses. Caiem, portanto, sob a égide da liberdade de expressão e de informação não só os assuntos de interesse geral, mas também todas as manifestações das dimensões espirituais, morais, emocionais, passionais, físicas e sexuais do ser humano³⁷, contribuindo assim para a *autodeterminação ou autorrealização pessoal* do ser humano. Simplificando: a liberdade de expressão e de informação não abrange apenas as informações revestidas de *interesse público*, abrange também as atinentes a um qualquer *“interesse individual”*³⁸ desde que juridicamente protegido.

Doutra banda, dos ensinamentos de JOHN MILTON aprendemos que o processo de *busca da verdade* passa pelo confronto de *todas* as opiniões num debate livre, crítico e racional que seja aberto a todos os cidadãos³⁹. O erro é entendido como um mal necessário *“ao serviço da prossecução da verdade”*⁴⁰. STUART MILL defendia que as respostas a todas as questões empíricas ou morais podem sempre ser revistas porquanto jamais poderá o ser humano, como ser imperfeito, chegar a todas as respostas corretas. A verdade seria um bem inatingível, só podendo o ser humano almejar ficar mais próximo desta. Ora, só permitindo que as ideias/informações mais melindrosas, chocantes ou mesmo erradas sejam confrontadas criticamente com a razão⁴¹, poderá cada Homem formular a sua opinião sobre as questões do seu foro individual e de interesse geral. Doutro modo, as ideias (e os factos) que consabidamente são tidas como sendo as mais corretas ou verdadeiras, ao serem protegidos de ideias ou factos contrários, escudando-se de qualquer contraditório, converter-se-iam em *“dogmas mortos”* ao invés de serem elevados a *“verdades vivas”*⁴².

Independentemente de saber se o Homem consegue ou não alcançar a verdade, pode-se afirmar que o debate livre e racional permite afastar, pelo menos, as proposições erradas⁴³. Como vimos uma das razões subjacentes ao direito de resposta e de retificação é precisamente permitir que exista um equilíbrio de

nalidade. Em segundo, jamais se poderá ignorar que grande parte das opiniões, ideias e juízos de facto que formulamos são acompanhados de factos que os sustentam e lhes dão forma. Como veremos, o conceito de informações abarca tanto factos/notícias como opiniões.

³⁷ Em termos muito próximos, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 154.

³⁸ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 264 e 785.

³⁹ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 238-239.

⁴⁰ V. JOHN MILTON, *Areopagítica: Edited with introduction and notes by John W. Hales, M.A.*, Oxford University Press, 1932, pg. 16, disponível em <https://archive.org/>.

⁴¹ V. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 52.

⁴² V. JOHN STUART MILL, *Da Liberdade de Expressão e de Pensamento*, tradução Maria Helena Garcia, BIS, 2010, pg. 45.

⁴³ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 241.

opiniões/factos com contraditório no debate público. Sendo a busca da verdade um dos bens jurídicos tutelados pela liberdade de expressão, “*não faz muito sentido exigir que os participantes numa discussão sejam já possuidores da mesma*”⁴⁴, mas sim criar meios para que todos os pontos de vista possam ser apresentados e discutidos, protegendo assim um “*mercado livre das ideias*”⁴⁵.

Note-se que por “verdade” deve entender-se como a “*correspondência entre o conteúdo de uma proposição e a realidade dos factos*”⁴⁶. Contudo, parece-nos que quando nos movemos fora do domínio dos factos, *i.e.*, quando se tratam de *opiniões e juízos de valor*, a prossecução da verdade deverá ser substituída pela busca do *bem*⁴⁷, da *justiça*⁴⁸ e da *coerência* dessas opiniões. Saber, por exemplo, se um político é uma pessoa íntegra, ou se o Estado necessita de um serviço público de rádio e televisão são proposições cuja veracidade objetiva não pode ser averiguada. Mas já poderá ser discutida e demonstrada a (in)coerência dessas opiniões⁴⁹, procurando robustecê-las ou enfraquecê-las através do livre confronto de ideias. No fim do dia, é este o ensinamento mais precioso de MILL: a verdade ou a sensatez de uma informação/opinião deverá sempre impor-se pela razão e pelo convencimento do povo, nunca pelo silenciamento de vozes contrárias.

Posto isto, a liberdade de expressão não protege apenas a veiculação de factos verídicos e de opiniões sensatas. Os valores democráticos do *pluralismo* e da *tolerância* em relação à diversidade de personalidades dos cidadãos e, em alguns casos, à espontaneidade associada às suas ações, exigem que o Direito proteja tanto os *estilos de comunicação* mais racionais ou ponderados como os mais metafóricos e exacerbados. Ao Direito não compete moralizar ou educar os cidadãos que, ou por excesso de emotividade, ou por falta de elevação e respeito pelo próximo, profiram palavras desonrosas ou ofensivas, sem que com isso contendam com o núcleo juridicamente protegido da honra e do bom nome de ter-

⁴⁴ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 419 (em nota).

⁴⁵ Expressão cunhada pelo juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes Jr., no seu voto de vencido ao caso *Abrams v. United States* (1919), disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/250/616.html>; V. Jónatas Machado, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 246-255; V. Eric Barendt, *Freedom of Speech*, *cit.*, pg. 11-13 e 48-55.

⁴⁶ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 243.

⁴⁷ Entendendo o “bem” como “*um esquema determinado de fins e objetivos últimos, e de desejos*”, o que inclui “*a nossa relação com o mundo – religioso, filosófico ou moral*”, JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 2005, pg. 302.

⁴⁸ Enquanto os factos são verdadeiros ou falsos, “*os juízos de valor são justos ou injustos*”, v. VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 89.

⁴⁹ V. KENT GREENAWALT, *Fighting Words, Individuals, Communities and Liberties of Speed*, Princeton, N.J., 1995, pg. 4.

ceiros⁵⁰. A liberdade de expressão confere, portanto, uma ampla margem para ofender e chocar. Em certa medida, é uma verdadeira “liberdade de ofender”.

Por fim, surge a *formação da opinião pública e da vontade política democrática*⁵¹, enquanto garantia constitucional⁵² (ou institucional⁵³) e alicerce do princípio do Estado Democrático.

Com efeito, num primeiro nível, a liberdade de expressão concorre para a *formação de uma vontade política democrática* que se quer robusta e sem a qual o exercício do direito de sufrágio não seria verdadeiramente livre⁵⁴, mas sim condicionado. Por outro lado, pela “*participação nos procedimentos dialógicos e deliberativos da formação da opinião pública*” os cidadãos são tidos como “coautores” das normas jurídicas aprovadas pelos órgãos legislativos⁵⁵. Permite-se, assim, um controlo da constitucionalidade e da legalidade dos atos dos poderes públicos, os quais são, recorde-se, exercidos sempre em nome do povo. Nas palavras de HÄBERMAS, “*a legitimidade do Estado mede-se objetivamente no reconhecimento fático por parte dos que estão submetidos à sua autoridade*”⁵⁶, pelo que é crucial que os cidadãos possam manifestar o seu apoio ou desagrado, exercendo a sua *soberania popular* numa democracia que se quer participativa.

A liberdade de expressão e de informação permite, principalmente no exercício da liberdade de imprensa, o *escrutínio das palavras e dos atos dos titulares do poder*⁵⁷, sendo essa a sua “missão de serviço público”⁵⁸. Note-se que por

⁵⁰ V. IOLANDA DE BRITO, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra Editora, 2011, pg. 168.

⁵¹ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 154-156 e 171 e ss.

⁵² Ainda que quanto à liberdade de imprensa, V. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 581

⁵³ V. ARTUR RODRIGUES DA COSTA, *A liberdade de imprensa e as limitações decorrentes da sua função*, in: “*Revista do Ministério Público*”, Ano 10, n.º 37, pg. 10 e Solobal Echevarria, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 8, 23 (mayo-agosto), 1988, pg. 145. Na nossa jurisprudência constitucional, falando de uma “dimensão institucional”, v. Ac do Tribunal Constitucional n.º 636/95, proc. n.º 404/88 e Parecer n. 14/79, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. n.º 8.

⁵⁴ V. KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16.ª edição, Heidelberg, 1988, pg. 80 *apud* JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA, “Aspectos Constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 23, mayo-agosto, 1988, pg. 146.

⁵⁵ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 150-151 e RONALD DWORKIN, “A Democracia e os direitos do homem”, in Robert Dorton, Olivier Duhamel (Orgs.), *Democracia*, Trad. Clóvis Marques, Rio de Janeiro, Record, 2001. pg. 16.

⁵⁶ V. JÜRGEN HÄBERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume II, trad: Flávio Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, pg. 12

⁵⁷ V. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, *ob. cit.*, p. 13.

⁵⁸ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 510-517.

poder não referimos apenas o poder político, mas também o económico ou meramente social⁵⁹. Definimos, por isso, como “figuras públicas”⁶⁰ todas as pessoas singulares ou coletivas⁶¹ titulares de um poder político, económico ou meramente social, que, pelo seu poder ou notoriedade, influenciam o modo de pensar ou de agir da sociedade onde se movem⁶².

1.3. O conceito constitucional de “informação” e a distinção entre factos e opiniões

Segundo alguma doutrina, a liberdade de informação visaria a transmissão e recolha de *informações*, ao passo que a liberdade de expressão incidiria sobre a exteriorização de *pensamentos, ideias e opiniões*⁶³. Consequentemente, a liberdade de informação abrangeria, como “direito afim”⁶⁴, o “direito de crónica” o qual se pautaria pela “*verdade e a objetividade, o que pressupõe a fidelidade aos acontecimentos relatados*”⁶⁵. Já o “direito de opinião” que consistiria na “*formulação de um juízo, na enunciação de uma convicção pessoal (ou de um grupo de pessoas) sobre determinada pessoa ou coisa*”⁶⁶ e o “direito de crítica” entendido como a “*emissão de juízos de valor*”⁶⁷, seriam, segundo essa divisão, afins da liberdade de expressão. Todavia, uma divisão nestes termos não é inteiramente correta.

Distinguir a liberdade de expressão da liberdade de informação, reconduzindo a primeira à difusão de *ideias/pensamentos*, e a segunda à difusão de *informações*, é pernicioso pois pressupõe que a função de informar apenas se

⁵⁹ Englobando o poder político, administrativo, judicial, económico, religioso, artístico, desportivo e outros poderes sociais ou culturais afins, v. Jónatas Machado, *Liberdade...*, cit., pg. 803 e FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *ob. cit.*, pg. 60.

⁶⁰ V. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 307-308; v. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 256-259 e 315. Na jurisprudência, v. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 30.06.2011, proc. n.º 1272/04.7TBBCL. G1.S1 e de 08.05.13, proc. n.º 1755/08.0TVLSB.L1.S1.

⁶¹ V. Acs. do Tribunal Constitucional n.º 249/00, de 12.04.2000, II Série do DR, e n.º 292/2008 de 29.05.2008.

⁶² Como refere COSTA ANDRADE, uma tutela *desmensurada* ou *ilimitada* da liberdade de expressão, sem qualquer respeito pela honra e o bom nome dos cidadãos, poderá ser contrária à *participação democrática*, pois dissuadirá os cidadãos que mais valor pessoal atribuem à sua honra de entrar na vida política: o que não invalida o papel basilar da liberdade de expressão e de informação no processo discursivo democrático. Assim, v. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 284-285.

⁶³ Entre outros, V. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 572.

⁶⁴ V. Ac. da Relação do Porto, de 21.03.2007, proc. n.º 0616761.

⁶⁵ V. ARTUR RODRIGUES DA COSTA, *A liberdade de imprensa...*, cit., pg. 15.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ V. ARTUR RODRIGUES DA COSTA, *A liberdade de imprensa...*, cit., pg. 16.

efetiva ao abrigo da liberdade de informação: o que já sabermos ser falso. Como vimos, a liberdade de expressão não visa somente tutelar o direito do sujeito que comunica determinado tipo de factos, conhecimentos, ideias, pensamentos, mensagens publicitárias ou criações artísticas. Visa também contribuir para a criação de uma esfera de discurso público, tutelando o direito dos demais cidadãos em ter acesso a essas informações, sendo por isso uma garantia constitucional ou institucional.

Por *informação* entendemos o conjunto de dados e conhecimentos que contribuem para o esclarecimento e formação do ser humano, quer o consideremos como um ser individual, abrangendo os seus interesses individuais, quer o tomemos na sua dimensão social, abarcando interesses públicos ou da coletividade. Ou seja, quanto a nós, o *conceito normativo-constitucional de informação* deve ser entendido em sentido lato abarcando todo o tipo de dados e conhecimentos que satisfaçam os bens jurídicos tutelados pela liberdade de expressão e de informação⁶⁸. Posto isto, não se pode distinguir a liberdade de expressão da liberdade de informação pela divisão entre informações e ideias/opiniões, pois a difusão/acesso tanto de umas como as outras encontram guarida em ambos os direitos fundamentais.

Como se fez antever, a única divisão que nos parece ser possível de delinear é a da contraposição entre *factos* e *ideias/opiniões*⁶⁹. Para tal, diríamos que um facto é uma proposição dirigida à existência exterior de um certo dado, sendo por isso comprovável pela experiência real. Já uma ideia/opinião é uma proposição que encerra juízos de valor ou de apreciação relativamente a factos ou a outras ideias/opiniões, pelo que a sua veracidade não pode ser, por natureza, verificada.

Contudo, mesmo a distinção entre factos e opiniões está longe de ser pacífica⁷⁰. Desde logo, verificamos que a maioria das notícias veiculadas pela comunicação social mais não são do que *opiniões* quanto à verificação de factos que tantas vezes são abaladas ou refutadas por outras *versões sobre a factualidade*: e nem poderia ser de outro modo, registre-se. Existem, portanto, várias “zonas cinzentas” como as interrogações, as “perguntas de retórica”, as citações⁷¹ e as

⁶⁸ Entendendo antes que este “*exige a presença de algum tipo de discurso, tendo este de envolver os requisitos da inteligibilidade, da utilidade social, da veracidade e da continência formal*” no que toca ao “*direito de informar*”, v. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 852.

⁶⁹ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 425-426.

⁷⁰ Sustentando que essa divisão é apenas “tendencial” e “heurística”, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 425 e 474 (em nota).

⁷¹ Concluindo ao lado do Tribunal Constitucional Alemão que se tratam de uma categoria autónoma, v. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 276-277.

insinuações⁷². Por um lado, estes tipos de discurso partilham com as opiniões da característica de não poderem ser classificadas como verdadeiras ou falsas. Por outro, afastam-se dos juízos de valor dado que pressupõem e/ou afirmam factos. Para qualificar estas zonas intermédias, nomeadamente para efeitos de exigência da prova da sua verdade, a doutrina invoca o *critério do elemento preponderante da imputação*, procurando atender (i) ao contexto em que o discurso foi proferido, (ii) à interpretação que o homem médio dele faça e (iii) à efetiva possibilidade de prova da veracidade desses factos⁷³.

Como veremos, a distinção entre factos e opiniões reveste de particular importância no confronto da liberdade de expressão e de informação com outros direitos fundamentais como o direito à honra e ao bom nome, nomeadamente no que toca ao ónus da prova quanto à veracidade de factos.

Enfim, no plano ético, a distinção entre factos e opiniões é crucial para o cumprimento do dever deontológico dos meios de comunicação social em separar, na informação que fornecem, os factos/notícias das opiniões/comentários/crónicas⁷⁴.

1.4. *Os limites da liberdade de expressão e de informação*

Apesar de a Constituição proibir quaisquer obstáculos à liberdade de expressão sob a forma de censura ou de delito de opinião, tal não significa que não existam *limites ao seu conteúdo*⁷⁵. Deste modo, podemos distinguir três tipos de limites⁷⁶:

⁷² Ou opiniões sobre a (não) verificação de factos. Qualificando-os como “juízos de valor factuais”, v. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 130 e 159.

⁷³ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 786-788.

⁷⁴ V. MARIA DA GLÓRIA CARVALHO REBELO, *A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão*, Lisboa, 1998, pg. 36 e ss e ARTUR RODRIGUES DA COSTA, *A liberdade de imprensa...*, *cit.*, pg. 15 e ss.

⁷⁵ Encontramos no âmbito dos *limites ao conteúdo* e não ao *exercício*. Sobre o tema, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª edição, 2012, Coimbra Editora, pg. 189-195 e 409 e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 711-714.

⁷⁶ V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, 2016, Almedina, pg. 271 e ss.

*i) Limites imediatos ou imanes*⁷⁷

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, os limites em epígrafe são “*as fronteiras definidas pela própria Constituição*”⁷⁸. À semelhança dos demais direitos fundamentais, o conteúdo protegido da liberdade de expressão encontra-se balizado, desde logo, pela configuração normativa que o legislador constituinte lhe conferiu, quando isoladamente considerado.

Posto isto, em primeiro lugar, é preciso extrair das normas constitucionais que consagram este direito fundamental o seu alcance apriorístico. Complementando o que aqui escrevemos no ponto 1.1, podemos identificar *dois limites imediatos* (ou imanes expressos) ao conteúdo da liberdade de expressão. O primeiro limite decorre da exigência de as exteriorizações ou comunicações não incidirem sobre pensamentos juridicamente pertencentes a terceiros, *i.e.*, que configurem plágio, constante do artigo 37.º, n.º 1 da CRP. O segundo, na vertente da liberdade de expressão publicitária, impõe a exclusão da publicidade oculta, indireta ou dolosa conforme resulta do artigo 60.º, n.º 2 da CRP⁷⁹. Seguindo alguma doutrina, será ainda possível identificar uma terceira restrição imediata decorrente do artigo 270.º da CRP quanto aos militares e agentes dos serviços e das forças de segurança⁸⁰, sendo, contudo, controverso que esta norma constitucional não configure antes uma mera permissão expressa para que o legislador ordinário possa restrinja esse direito⁸¹.

Uma conceção lata dos limites imanes, à maneira de VIEIRA DE ANDRADE, englobaria ainda os “limites imanes implícitos”⁸² decorrentes da inserção e integração dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional e comunitário⁸³. Nessa senda, constituiriam limites imanes implícitos o conteúdo essencial dos demais direitos fundamentais⁸⁴, os “valores comuni-

⁷⁷ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 271 e ss; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, pg. 1276.

⁷⁸ V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pg. 271.

⁷⁹ V. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 850.

⁸⁰ V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada.*, Tomo III, 2007, Coimbra Editora, pg. 627-631 e JORGE MIRANDA, “Os juízes têm direito à greve”, in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, obra coletiva, Coimbra Editora, 2006, pg. 287 e ss.

⁸¹ Neste sentido, v. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, Tomo I, pg. 850.

⁸² Note-se que o termo “limites imanes” é utilizado frequentemente na doutrina para referenciar apenas os *limites imanes implícitos*.

⁸³ V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pg. 263 e 273.

⁸⁴ Assim, v. NUNO E SOUSA, “A liberdade de imprensa”, *cit.*, pg. 268.

tários básicos” e “os princípios fundamentais da ordem constitucional”⁸⁵, de onde pontifica o princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁶. Por isso, segundo VIEIRA DE ANDRADE, o legislador constituinte não admitiu no âmbito normativo do direito à liberdade de expressão a possibilidade de injuriar através de afirmações falsas⁸⁷. Em rigor, este tipo de conclusões apenas se pode retirar em sede de colisão destes direitos e não na fase da definição dos seus limites imanentes. Ainda assim, também a nossa jurisprudência (incluindo o Tribunal Constitucional) tem sustentado que o direito à honra e ao bom nome configuraram um limite imanente ao conteúdo da liberdade de expressão⁸⁸.

Em despeito disto, a teoria dos *limites imanente implícitos* encontra vários entraves na doutrina constitucional⁸⁹. Subscrevendo essas preocupações e perfilhando a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais⁹⁰, a liberdade de expressão apresenta-se antes como um direito *prima facie* sem restrições ao qual, todavia, acrescem limitações externas decorrentes da necessidade da sua harmonização com os demais direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos.

Assim, quando isoladamente considerado, atendendo apenas aos limites imediatos, *o alcance da liberdade de expressão e de informação é tão amplo quanto a criatividade e imaginação dos seus titulares, abarcando todo o tipo de informações, tanto factos como opiniões, mesmo as mais ininteligíveis, falsas ou contundentes*. Apenas não serão tuteladas as informações e os pensamentos juridicamente pertencentes a terceiros ou que configurem plágio.

⁸⁵ V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, pg. 276.

⁸⁶ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 361-362. Sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento de restrições aos direitos fundamentais em geral, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, pg. 215 e ss; JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I, Almedina, 2016, pg. 100 e ss.

⁸⁷ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 274.

⁸⁸ V. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 26.10.2000, CJ, Ano VIII, Tomo 3, pg. 42 e de 08.03.2007, proc. n.º 07B566; Acórdão n.º 81/84 do Tribunal Constitucional, publicado na 2.ª Série do Diário da República de 31 de janeiro de 1985 e no volume 4.º dos Acórdãos do TC, 225 e segs e CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, pg. 84 e 615 e ss.

⁸⁹ Sumariamente, censura-se que a maleabilidade da definição de limites imanentes sirva para ocultar o conflito de direitos fundamentais, encobrendo uma restrição cuja constitucionalidade importa fiscalizar. No limite, os direitos fundamentais poderiam ficar, de novo, (após a experiência do Estado Novo), “à mercê” do legislador ordinário. Assim, v. JORGE PEREIRA DA SILVA/JORGE MIRANDA *in* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pg. 367-368; J.J. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, pg. 1277 e 1280-1283; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012, pg. 82 e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 710.

⁹⁰ V. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, pg. 416 e J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pg. 1280-1283.

ii) *Limites por meio de restrições legislativas*

Uma vez delimitado o seu conteúdo imanente, pode o legislador ordinário restringir por lei o conteúdo da liberdade de expressão e de informação em prol da tutela dos demais direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente garantidos, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP⁹¹. É, portanto, essencial que a restrição da liberdade de expressão prossiga sempre um interesse constitucionalmente protegido e se cinja ao estritamente necessário, não faltando por isso quem conteste a constitucionalidade das incriminações de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva pública (artigo 187.º da CRP), de ultraje a símbolos estrangeiros (artigo 323.º do CP⁹²) ou do ultraje a símbolos nacionais e regionais (artigo 332.º do CP)⁹³.

Importa reter que a permissão conferida pela Constituição não se esgota nas *restrições expressamente autorizadas*, mas abrange também as *restrições implicitamente autorizadas*, quer estas derivem de uma “reserva geral imanente de ponderação”⁹⁴ ou simplesmente da necessidade de revelar e salvaguardar a compatibilização dos direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos inseridos em harmonia no ordenamento jurídico-constitucional⁹⁵.

A título de exemplo, configuram leis restritivas as normas incriminadoras constantes do Código Penal referentes aos crimes de injúria, difamação, incitamento à violência e violação do segredo de Estado⁹⁶.

iii) *Limites oriundos de uma colisão de direitos*

Além dos limites imanentes e das restrições legislativas, surgem ainda os limites decorrentes da colisão de direitos fundamentais que, no caso concreto,

⁹¹ Entre outros, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 277 e ss e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade..., cit.*, pg. 726 e ss.

⁹² Código Penal.

⁹³ V. JOÃO RAPOSO, “O crime de «ultraje aos símbolos nacionais» nos direitos português e norte-americano. Uma análise comparatística sobre as questões do bem jurídico”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, págs. 795-834.

⁹⁴ V. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., 2010, Coimbra Editora, pg. 569 ss, 602 ss e 626 ss.

⁹⁵ Como conclui JORGE MIRANDA (cfr. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, pg. 413-417) ao Estado apenas cabe uma função *declarativa*, e não *constitutiva* destes limites implícitos. Advogando a natureza *constitutiva* quanto aos limites imanentes, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade..., cit.*, pg. 711. Doutra banda, rejeitando de todo as *restrições implícitas*, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 279-281.

⁹⁶ V. NUNO E SOUSA, “A liberdade de imprensa”, *cit.* pg. 268-269 (em nota).

choquem entre si. Ora, quando um determinado ato se reporta ao exercício de um direito fundamental e contenda com outro direito (ou interesse jurídico) constitucionalmente garantido, sem extravasar os limites imanentes do primeiro e sem violar o conteúdo essencial do segundo⁹⁷, na ausência de qualquer lei restritiva que evite o conflito (ou permita dirimi-lo, no caso das *leis harmonizadoras*⁹⁸), é necessário recorrer à *teoria da colisão de direitos*⁹⁹.

Não existindo qualquer hierarquia entre os vários direitos fundamentais, o apuramento destes limites por via interpretativa¹⁰⁰ deve obedecer a juízos de *ponderação de bens*, de *otimização* e de *proporcionalidade*, de modo a garantir uma relação de coexistência equilibrada e harmónica entre os direitos em conflito¹⁰¹. Para tanto, defende-se que, numa lógica de harmonização se deve atender aos bens jurídicos que, em concreto, sejam tutelados por ambos os direitos fundamentais. A título de exemplo a proteção da liberdade de expressão será tanto maior quanto maior seja a sua incidência nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito Democrático¹⁰², nomeadamente quanto exista um interesse público forte, estando em causa a dimensão institucional ou constitucional da liberdade expressão.

Por sua vez, o princípio da *concordância prática* dita que se procure obter o máximo de proteção para cada um dos direitos, comprimindo-os mutuamente de forma proporcional. Porém, nem sempre será possível ou desejável maximizar o âmbito de proteção dos direitos em confronto. Casos haverá em que é antes necessário que se encontre o direito “*prevalecente*” ou “*preponderante*”¹⁰³, sem que isso acarrete a adoção da medida menos lesiva para o direito restringido¹⁰⁴. Concretizando, quando o direito prevalecente for a liberdade de expressão, a resolução do conflito nem sempre se coadunará com a medida “*menos gravosa*” para a honra e para o bom nome do visado. Pense-se, a título de exemplo, que um jornalista **A** insinua que **B** (figura pública) terá praticado um crime de peculato, referindo-se a este em termos ofensivos da sua honra. Atendendo às circunstâncias concretas do caso, poderá o interesse público da

⁹⁷ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 270 (em nota).

⁹⁸ Sobre esta figura, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 298, 305-306 e JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *cit.*, pg. 363 e ss.

⁹⁹ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 726 e ss e VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 298 e ss.

¹⁰⁰ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 304.

¹⁰¹ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 298 e ss e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 377 e ss.

¹⁰² Assim, v. NUNO E SOUSA, “A liberdade de imprensa”, *cit.*, pg. 293.

¹⁰³ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 303-304.

¹⁰⁴ Não se deve confundir a ponderação entre bens jurídicos/direitos fundamentais com a ponderação, feita num segundo momento, entre as *medidas restritivas* desses direitos fundamentais. Assim, v. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pg. 126-133.

notícia ditar que esta subsista como tal, ao invés de se procurar um *ponto de equilíbrio* no sentido de, por exemplo, serem omitidas as palavras desonrosas ou a identidade de **B**. Num oxímoro, “*pode ser desproporcional exigir-se um absoluto respeito pelo princípio da proporcionalidade*”¹⁰⁵. No fundo, não se pode exigir que os cidadãos, antes de intervirem no debate público, tenham “*primeiro que pesar as suas palavras numa balança de ourives*”¹⁰⁶, atenta a função da liberdade de expressão como meio de instituir uma esfera de debate público com respeito pelas diferentes personalidades e idiossincrasias.

2. O direito à honra e ao bom nome

2.1. Os limites imanescentes do direito à honra e ao bom nome

Como vimos, para existir uma colisão de direitos tem de existir um exercício *prima facie* dos direitos em conflito, ou seja, é necessário que o exercício se ampare no conteúdo normativo apriorístico de ambos os direitos. Já conhecemos dos limites imanescentes explícitos da liberdade de expressão e de informação, pelo que cumpre agora fazer o mesmo percurso quanto ao direito à honra e ao bom nome.

O direito fundamental ao bom nome e à reputação encontra-se consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da CRP e ainda no artigo 12.º da DUDH, parte integrante da Lei Fundamental. Na lei ordinária, é tutelado ainda enquanto direito de personalidade no artigo 70.º do CC¹⁰⁷. Com efeito, o conceito de honra, entre nós, é reconduzido a uma “dupla conceção fáctico-normativa”¹⁰⁸ abarcando tanto a *honra objetiva/externa* como a *honra subjetiva/interior*¹⁰⁹ e decorre diretamente da dignidade da pessoa humana¹¹⁰.

Assim, o *bom nome* (ou reputação ou honra objetiva/externa) reporta-se ao prestígio e à consideração social que um determinado sujeito goza no meio onde se move¹¹¹. Por seu turno, a *honra subjetiva/interna* abarca o conjunto

¹⁰⁵ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 739.

¹⁰⁶ V. UHLITZ, NJW, 1967, pg. 132 *apud* COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 236.

¹⁰⁷ Código Civil.

¹⁰⁸ V. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição, 2015, Universidade Católica Portuguesa, pg. 723.

¹⁰⁹ V. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 79; FARIA DA COSTA *in* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 603 e ss.

¹¹⁰ V. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra, 1995, pg. 303-304 e MARIA PAULA GOUVEIA ANDRADE, *Da Ofensa do Crédito e do Bom Nome*, Tempus Editores, 1996, pg. 971.

¹¹¹ V. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 79.

mínimo de valores éticos e morais, que são razoavelmente consideradas essenciais, para que um indivíduo possa nutrir estima e consideração por si próprio¹¹². Este direito fundamental não se esgota na proteção pessoal e moral da honra e do bom nome, pois engloba também o *direito ao crédito pessoal*¹¹³.

O direito à honra e ao bom nome não protege os seus titulares de toda e qualquer ofensa, pois “o direito não pode intervir sempre que a linguagem utilizada incomoda ou fere suscetibilidades do visado”¹¹⁴. O âmbito normativo do direito à honra e ao bom nome reporta-se ao núcleo essencial de qualidades éticas e morais “que devem existir para que a pessoa tenha apreço por si própria e não se sinta desprezada pelos outros”¹¹⁵, tidas como essenciais à luz da conceção social dominante, *i.e.*, “segundo a sã opinião da generalidade das pessoas de bem”¹¹⁶. Está, assim, encontrado o limite imediato ou imanente deste direito fundamental.

Em despeito disto, o Tribunal Constitucional já sustentou por duas ocasiões que a tutela da honra e do bom nome das “figuras públicas” é *a priori* menor do que a de que gozam os cidadãos comuns, pois seria “possível que, mesmo antes de um raciocínio que conduza à tentativa de harmonização dos direitos «em conflito» [...] se tenha de concluir que um desses direitos – *in casu* o denominado direito à honra – tenha uma esfera de proteção algo diminuída à partida”¹¹⁷. Por outras palavras, antes da colisão de direitos, já decorreria, enquanto limite imanente implícito do direito à honra e ao bom nome, que estes sujeitos gozam de uma tutela menor face à necessidade de escrutínio dos seus atos. Tendo nós aqui rejeitado a teoria dos limites imanentes implícitos¹¹⁸, entendemos que estas conclusões – por muito acertadas que sejam – só são possíveis no estágio da *colisão de direitos fundamentais*. Até esse momento, temos que o âmbito normativo do direito à honra e ao bom nome não varia consoante o poder ou a notoriedade do seu titular. É apenas do confronto com a liberdade de expressão e de informação que surge a necessidade de, no caso concreto, o direito à honra e ao bom nome ceder perante o interesse (público) na discussão de certos assuntos.

¹¹² V. BELEZA DOS SANTOS, “Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e injúria”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 92, n.º 3152, pg. 167-168 e Costa Andrade, *ob. cit.*, pg. 79.

¹¹³ V. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 301-305 e 596 e ss e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade..., cit.*, pg. 762-764.

¹¹⁴ Entre outros, v. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 12.06.2002, proc. n.º 332/02, Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 10.12.200, proc. n.º 2281/06-1 e Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 14.09.2016, proc. n.º 243/15.2GASPS.C1.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ V. BELEZA DOS SANTOS, “Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e injúria”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 92, n.º 3152, pg. 168.

¹¹⁷ V. Acs. do Tribunal Constitucional n.º 113/97, de 5.02.1997 e n.º 292/2008 de 29.05.2008.

¹¹⁸ V. ponto 1.4. do presente estudo.

2.2. O conflito de direitos no direito penal e no direito civil

No tocante à tutela penal, atente-se nas normas incriminadoras da injúria e da difamação constantes dos artigos 180.º e 181.º do CP. Do disposto nos artigos 31.º, n.º 2, alínea b), 180.º, n.º 2, e 181.º, n.º 2 do CP¹¹⁹, tem-se que (i) quando a liberdade de expressão configure “o exercício de um direito” definitivo, *i.e.*, que realize “interesses legítimos” ou (ii) no caso de afirmação de factos, quando o agente “tiver tido fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira”, verifica-se uma *causa de exclusão da ilicitude*¹²⁰. Ora, a subsunção das situações fácticas nesses *conceitos indeterminados* invoca a resolução do conflito dos dois direitos fundamentais aqui em estudo, havendo por isso quem classifique essas normas como sendo *leis harmonizadoras*¹²¹. Em última análise, visa-se apurar se a liberdade de expressão e de informação, enquanto “*direito prima facie*”, confere efetivamente ao seu titular um “*direito definitivo*”¹²².

Já no direito civil, por força do artigo 484.º do CC¹²³, as violações deste direito de personalidade, por meio do instituto da responsabilidade civil, podem gerar a obrigação de indemnizar pelos danos causados na esfera de outrem, verificados os demais pressupostos do artigo 483.º do CC¹²⁴. Neste âmbito, também é pacífico na doutrina que o exercício de um direito consubstancia uma causa de exclusão da ilicitude¹²⁵, pelo que é importante apurar se em concreto existiu, quanto à liberdade de expressão, um exercício de um *direito definitivo*.

Desenhado o quadro legal, importa esclarecer que, grosso modo, tudo o que adiante se dirá sobre a resolução deste conflito de direitos vale tanto para exclusão da ilicitude no direito penal como no direito civil. Não porque exista

¹¹⁹ Ainda que os artigos 180.º n.º 1 e 181.º, n.º 2 do CP apenas se apliquem aos casos de “imputação de factos”, não se pode deixar de entender que quando se tratem de *opiniões ou juízos de valor*, o exercício da liberdade de expressão e de informação pode constituir uma causa de exclusão da ilicitude por aplicação do artigo 31.º, n.º 2, alínea b) do CP. Neste sentido, v. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 407/2007 e ainda COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 270-276.

¹²⁰ Defendendo, *de iure condendo*, a *exclusão da tipicidade* de algumas condutas, nomeadamente, do exercício da liberdade de imprensa para divulgar factos cuidadosamente investigados, ainda que desonrosos, mas revestidos de interesse público e que versem sobre figuras públicas, v. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 325-335. V. também COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 222-223.

¹²¹ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 306.

¹²² V. J.J GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pg. 1271 e 1273-1274.

¹²³ Sobre a necessidade da autonomização do artigo 484.º do CC, v. FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Almedina, 2011, pg. 135 e ss e 363-383.

¹²⁴ V. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 110 e ss.

¹²⁵ Por todos, v. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª edição, pg. 552 e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, pg. 510 e ss.

uma unidade da ilicitude na ordem jurídica¹²⁶, mas porque entendemos que a resolução deste conflito de direitos fundamentais deve ser feito sempre à luz da Constituição e da CEDH, quer no direito civil, quer no direito penal. Ressalvando, naturalmente, que dada a especificidade da ilicitude penal, existirão condutas lesivas do direito à honra e ao bom nome que apenas gerem um dever de indemnizar, sem consubstanciarem a prática de um crime. De facto, na ausência de normas harmonizadoras semelhantes às do artigo 180.º, n.º 2 e 4 do CP no âmbito da responsabilidade civil, propugnamos pela aplicação da relevância da verdade e da boa-fé objetiva e subjetiva para efeitos da exclusão da ilicitude, mediante uma interpretação conforme à Constituição das normas da responsabilidade civil e por aplicação direta da CEDH.

2.3. A CEDH e a jurisprudência do TEDH

Centrada a questão, começaremos por analisar de que modo a CEDH contribui para a resolução da colisão dos direitos aqui em estudo, com um particular destaque ao percurso que o TEDH tem trilhado para a sedimentação da primazia da liberdade de expressão face à honra e ao bom nome.

A CEDH vigora na ordem jurídica portuguesa desde 1978 e goza (pelo menos) de força supralegal¹²⁷ prevalecendo sobre as leis ordinárias, por força do artigo 8.º, n.º 2 da CRP. Por esta razão, as instâncias nacionais dos Estados Contratantes são a primeira instância de aplicação da CEDH¹²⁸, como decorre do seu artigo 13.º. Consequentemente, preceitua o artigo 35.º da CEDH que só uma vez esgotadas todas as vias de recurso internas, poderá o Tribunal de Estrasburgo intervir.

¹²⁶ V. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 87-88, 124-125, 141 e 193 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I – Parte Geral*, tomo III (pessoas), Coimbra, Almedina, 2007, pg. 185. Sobre o princípio da unidade da (ilicitude na) ordem jurídica, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, *cit.*, pg. 15-17 e 387-390.

¹²⁷ V. RUI MOURA RAMOS, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sua posição face ao ordenamento jurídico português”, in *BDDC* n. 5, 1981, pg. 93-195. Sustentado que a CEDH dentro da hierarquia das fontes goza de força constitucional, v. JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pg. 170-179; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 258-264 e IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 103-105. Reconhecendo-lhe força supraconstitucional, v. ANDRÉ PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2009, pg. 119-124 e 608-609.

¹²⁸ Assim, v. Acs. do TEDH, *Affaire Selmouni c. França*, n.º 25803/94 de 28.07.1999; *Kudła c. Polónia*, n.º 30210/96, 26 de outubro de 2000; *Andrášik e outros c. Eslováquia*, 22.10.2002 e *Vučković e outros c. Sérvia*, n.º 17153/11, de 25.03.2014.

Ainda que a Constituição não hierarquize os direitos fundamentais em confronto, não se poderá simplesmente ignorar que a CEDH confere uma clara primazia à liberdade de expressão, em detrimento do direito à honra e ao bom nome. De facto, este último direito fundamental não goza sequer de uma proteção autónoma na Convenção¹²⁹, sendo apenas considerado como uma das exceções ao conteúdo e ao exercício da liberdade de expressão.

Com efeito, decorre da CEDH que a liberdade de expressão será em regra tutelada, só podendo ser derogada em casos excepcionais, nomeadamente “para proteção da honra” uma vez verificados os pressupostos do seu artigo 10.º, n.º 2. Há, portanto, uma *escolha tendencial, a favor da liberdade de expressão em detrimento dos direitos de personalidade*¹³⁰, escolha essa que vincula os tribunais portugueses por força do artigo 8.º, n.º 2 da CRP. Do artigo 10.º, n.º 2 da CEDH resulta que a liberdade de expressão apenas poderá ser limitada se a restrição (i) estiver prevista na lei¹³¹, (ii) prosseguir um fim legítimo, *i.e.*, do elenco taxativo desse preceito e (iii) for necessária numa sociedade democrática¹³².

Partindo deste triplo teste, o TEDH sedimentou nas suas decisões os seguintes *critérios gerais de resolução do conflito* (ou linhas normativas de decisão generalizáveis):

1. A liberdade de expressão abarca tanto as “*informações ou ideias favoráveis, inofensivas ou indiferentes como aquelas que, chocam, inquietam ou ofendem*”¹³³ e que

¹²⁹ Esclarecendo que a reputação não entra na proteção conferida pelo art. 8.º da CEDH, v. Ac. Karako c. Húngria, n.º 39311/05, de 28.04.2009.

¹³⁰ V. ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, *cit.*, pg. 65 e 225.

¹³¹ “Lei” entendida em sentido material, enquanto normas jurídicas gerais e abstratas vigentes no ordenamento jurídico do Estado Contratante, tanto escritas, como não escritas, englobando leis, regulamentos, tratados, convenções e costumes. Exige-se ainda que a “lei” seja suficientemente acessível e previsível para que os cidadãos possam com ela conformar as suas condutas. Assim, v. FERNÁNDEZ SEGADO, *La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 70, 1990, pg. 103-105, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27083.pdf>.

¹³² Convoca-se aqui o triplo teste do princípio da proporcionalidade (v. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 392-393), ou seja, a medida tem de (i) ser *adequada* a prosseguir um dos fins legítimos constantes do artigo 10.º, n.º 2; (ii) ser *necessária* por inexistir outra medida igualmente idónea, mas menos lesiva ao direito sacrificado e (iii) os benefícios dessa medida deverão ser *estritamente proporcionais* à restrição provocada nesse direito. V. Acs. do TEDH, Lopes Gomes da Silva c. Portugal, queixa n.º 37698/97, de 28.09.2000 e *Women on Waves* e *Outros c. Portugal*, queixa n.º 31276/05, de 03.02.2009.

¹³³ Sustentado pela primeira vez no Ac. do TEDH, *Handyside c. Reino Unido*, queixa n.º 5493/72, acórdão do TEDH de 07.12.1976; *Alves Silva c. Portugal*, queixa n.º 41665/07, de 20.10.2009.

“contestam a ordem estabelecida”, pois é justamente nesses casos que “é mais preciosa”¹³⁴.

2. Aos *media*, que são os “*cães-de-guarda da democracia*”, compete-lhes difundir ideias e informações sobre todos os assuntos de interesse geral¹³⁵.
3. “*A proteção das fontes jornalísticas é uma das pedras angulares da liberdade de imprensa*”¹³⁶.
4. As “*formalidades, condições, restrições, sanções*” à liberdade de expressão, à luz do 10.º, n.º 2 devem ser objeto de uma “*interpretação restritiva*”¹³⁷, só podendo ter lugar quando exista uma “*necessidade social imperiosa*”¹³⁸.
5. Essas restrições devem ser “*pertinentes*”, “*suficientes*” e “*proporcionais ao fim legítimo prosseguido*”¹³⁹, pois há “*pouco espaço para as restrições à liberdade de expressão nas questões políticas e de interesse geral*”¹⁴⁰.
6. A aplicação de penas de prisão por crime de difamação ou crime de injúria só é justificada “*em circunstâncias excepcionais, designadamente se outros direitos fundamentais foram gravemente atingidos, como nos casos de discursos de ódio ou incitamento à violência*”¹⁴¹, pois o ordenamento jurídico português já prevê um “*remédio específico para a proteção da honra e da reputação no artigo 70.º do Código Civil, pelo que a penalização por difamação se deve entender hoje como residual*”¹⁴².
7. Numa sociedade democrática todas as instituições e personalidades que ocupem uma posição de poder i.e., sejam “*atores da vida pública*”¹⁴³ devem prestar contas à população, incluindo o poder judicial.

¹³⁴ V. Acs. do TEDH, *Women on Waves e Outros c. Portugal*, queixa n.º 31276/05, 03.02.2009 e *Otegi c. Espanha*, queixa n.º 2034/07, de 15 de março de 2011.

¹³⁵ V. Acs. do TEDH, *Observer & Guardian c. Reino Unido*, queixa n.º 13585/88, de 26.11.1991 e *Worm c. Austria*, queixa n.º 83/1996/702/894, de 29.08.1997.

¹³⁶ V. Acs. do TEDH *Sanoma, Uitgevers B.V. c. Países Baixos*, queixa n.º 38224/03 de 14.09.2010, *Goodwin c. Reino Unido*, queixa n.º de 27.03.1996.

¹³⁷ V. Acs. do TEDH, *Oberschlick c. Áustria* (n.º 2), de 01.07.1997, queixa n.º 20834/92; *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n.º 37698/97; *Urbino Rodrigues c. Portugal*, n.º 75088/01, de 29.11.2005.

¹³⁸ V. Acs. do TEDH, *The Sunday Times c. Reino Unido*, n.º 6538/74, de 26 de abril de 1979; *Féret c. Bélgica*, No. 15615/07, de 16 de julho de 2009; *Pinto Coelho c. Portugal*, n.º 28439/08, de 28 de junho de 2011.

¹³⁹ V. Acs. do TEDH, *Perna c. Itália*, queixa n.º 48898/99, de 25.07.2001; *Cumpănă e Mazăre c. Roménia*, queixa n.º 33348/96, de 17.12.2004.

¹⁴⁰ V. Acs. do TEDH, *Wingrove c. Reino Unido*, n.º 19/1995/526/611, de 25 de novembro de 1996 e *Morice c. França*, n.º 29369/10, 23 de abril de 2015

¹⁴¹ V. Acs. do TEDH, *Mariapori c. Finlândia*, n.º 37751/07, de 6 de julho de 2010 e *Cumpănă e Mazăre c. Roménia*, n.º 33348/96, de 10 de junho de 2003

¹⁴² V. Ac. do TEDH, *Amorim Giestas & Jesus Costa Bordalo c. Portugal*, n.º 37840/10, de 3 de abril 2014.

¹⁴³ V. Ac. do TEDH, *Urbino Rodrigues c. Portugal*, queixa n.º 75088/01, de 20.11.2005.

8. “Os limites da crítica admissível” são mais amplos no caso de “atores da vida pública” do que em relação “a um simples particular”¹⁴⁴. Sendo que dentro desse leque, os políticos são os que “devem ser mais tolerantes às críticas violentas”¹⁴⁵ ou “insultuosas”¹⁴⁶.
9. “A invetiva política extravasa, por vezes, para o plano pessoal: são estes os riscos do jogo político e do debate livre das ideias, garantes de uma sociedade democrática”. Todavia, as críticas devem ser minimamente corroboradas por factos e revestir uma intenção política e objetiva, *i.e.*, não podem configurar um “ataque pessoal gratuito”¹⁴⁷.
10. A acutilância das críticas ao poder judicial, deve ser menor do que aquela que é permitida ao poder político, dado que “os juízes que são criticados estão sujeitos a um dever de descrição que os preclui de responder”¹⁴⁸.
11. Quando exista uma *imputação de factos*, apenas se exige aos jornalistas que atuem de boa-fé e se baseiem em fontes oficiais ou fidedignas¹⁴⁹ – ainda que não sejam públicas – ou utilizem a citação direta¹⁵⁰, não lhes sendo exigido que desenvolvam “uma investigação autónoma”¹⁵¹.
12. A liberdade de imprensa permite que os jornalistas possam divulgar “citações [de terceiros] que possam insultar ou provocar terceiros ou lesar a sua reputação” como corolário do “papel da imprensa em fornecer informação sobre eventos atuais, opiniões ou ideias”¹⁵². Exige-se, contudo, um distanciamento, ou seja, que “fique claro que as notícias representam apenas a reprodução das alegações” de um dado terceiro¹⁵³.
13. Quando se tratem de *imputações de factos sobre crimes*, os *media* devem respeitar o princípio da *presunção de inocência*, consagrado no artigo 6.º, n.º 2 da CEDH, ou seja, coibir-se de “afetar a justiça de um julgamento por influência da opinião pública e, conseqüentemente dos juízes”¹⁵⁴, “prejudicando assim, intencionalmente ou

¹⁴⁴ V. Ac. do TEDH, Urbino Rodrigues c. Portugal, n.º 75088/01, de 29.11.2005.

¹⁴⁵ V. Ac. do TEDH, Lingens c. Áustria, queixa n.º 9815/82, de 08.07.1986.

¹⁴⁶ V. Ac. do TEDH, Özgür Gündem c. Turquia, queixa n.º 23144/93, de 16.03.2000.

¹⁴⁷ V. Ac. do TEDH, Lopes Gomes da Silva c. Portugal, queixa n.º 37698/97, de 28.09.2000.

¹⁴⁸ V. Acs. do TEDH, Prager & Oberschlick c. Áustria, queixa n.º 15974/90, de 26.04.1995; Haas And Gijssels c. Bélgica, queixa n.º 19983/92, de 24.02.1997 e Mustafa Erdoğan & outros c. Turquia, queixa n.º 346/04 e 39779/04, de 27.05.2014. Criticamente, sobre este ponto, V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 421.

¹⁴⁹ V. Ac. do TEDH, Público – Comunicação Social, S.A. e Outros c. Portugal, queixa n.º 39324/07, de 07.12.2010.

¹⁵⁰ V. Ac. do TEDH, Selistö c. Finlândia, queixa n.º 56767/00, de 16.11.2004.

¹⁵¹ V. Acs. do TEDH, Colombani & outros c. França, queixa n.º 51279/99, de 22.06.2002 e Bladet Tromsø & Stensaas c. Noruega, queixa n.º 21980/93, de 20.05.1999.

¹⁵² V. Ac. do TEDH, Thoma c. Luxemburgo, queixa n.º 38432/97, de 29.03.2001.

¹⁵³ V. Ac. do TEDH, Lavric c. Roménia, queixa n.º 22231/05, de 14.01.2014.

¹⁵⁴ V. Acs. do TEDH, Krylov c. Rússia, queixa n.º 36697/03, de 14.03.2013 e Craxi c. Itália (n.º 1), queixa n.º 34896/97, de 05.12.2002.

não, as chances de uma pessoa em receber um julgamento justo ou em minar a confiança do público quanto ao papel dos tribunais na administração da justiça criminal”¹⁵⁵.

14. Contudo, respeitar a presunção de inocência não significa negar o direito à difusão de *imputações de factos sobre crimes* aos particulares, pois apenas os “*órgãos representativos de um Estado estão proibidos de dizer que uma pessoa é culpada antes da sua culpa ter sido determinada por um tribunal*”¹⁵⁶.
15. Não se exige aos cidadãos ou aos *media* que corroborem factos injuriosos com o mesmo grau de certeza que o poder judicial, *i.e.*, “em pé de *igualdade com o do processo criminal*”¹⁵⁷, mas apenas que “*a base factual seja sólida*”¹⁵⁸. Contudo, os *media*, sempre que *imputem factos desonrosos*, têm o dever deontológico de tentar adquirir a versão dos factos do sujeito visado¹⁵⁹.
16. Tratando-se de *juízos de valor ofensivos*, não poderá ser exigida a prova da sua veracidade por ser naturalisticamente impossível¹⁶⁰, sendo apenas exigido que se demonstre que estes assentam em “*alguma base de facto suficiente*”, pois “*mesmo os juízos de valor sem qualquer base factual que o suportem poderão ser excessivos*”¹⁶¹ ou consubstanciar um “*ataque pessoal gratuito*”¹⁶².
17. “*A liberdade de imprensa também abrange o possível recurso a uma certa dose de exagero, ou mesmo de provocação*”¹⁶³.
18. Nos casos de *discurso humorístico* ou de *sátira*, em que o espectador-médio não percebe uma piada como uma declaração séria, não há violação do direito à honra e ao bom nome¹⁶⁴.

¹⁵⁵ V. Acs. do TEDH, Worm c. Austria, queixa n.º 83/1996/702/894, de 29.08.1997; Campos Dâmaso c. Portugal, ac. do TEDH, queixa n.º 17107/05, de 24.04.2008.

¹⁵⁶ V. Acs. do TEDH, Konstas c. Grécia, n.º 53466/07, de 24.05.2011.

¹⁵⁷ V. Ac. do TEDH, Barril c. França, queixa n.º 32218/96, de 30.06.1997.

¹⁵⁸ V. Acs. do TEDH, Costa Moreira c. Portugal, queixa n.º 20156/08, de 22.09.2009. Sustentando que essa prova é excluída nos casos em que o arguido já tenha sido definitivamente absolvido por sentença transitada em julgado, v. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pg. 728.

¹⁵⁹ V. Acs. do TEDH, Costa Moreira c. Portugal, 20156/08, de 22.09.2009; Tuomela & outros c. Finlândia, queixa n.º 25711/04, de 06.04.2010.

¹⁶⁰ V. Acs. do TEDH, de Haes & Gijssels c. Bélgica, queixa n.º 19983/92, de 24.02.1997; Ukrainian Media Group c. Ucrânia, queixa n.º 72713/01, de 20.03.2005; Grinberg c. Rússia, queixa n.º 23472/03, de 21.07.2005.

¹⁶¹ V. Acs. do TEDH, *Cumpănă e Mazăre c. Roménia*, queixa n.º 33348/96, de 17.12.2004; Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal, queixa n.º 33287/10, de 23.10.2013; Lavric c. Roménia, n.º 22231/05, de 14.01.2014.

¹⁶² V. Acs. do TEDH, Lopes Gomes da Silva c. Portugal, queixa n.º 37698/97, de 28.09.2000; Conceição Letria c. Portugal, queixa n.º 4049/08, de 12.04.2011.

¹⁶³ V. Acs. do TEDH, De Haes and Gijssels c. Bélgica, queixa n.º 19983/92, de 24.02.1997; Lopes Gomes da Silva c. Portugal, queixa n.º 37698/97, de 28.09.2000.

¹⁶⁴ V. Ac. do TEDH, Portugal, n.º 70434/12, de 22.03.2016.

19. Podem recorrer à *sátira* não só os artistas, mas toda e qualquer pessoa que, por meio da exacerbação e da deformação da realidade visem, como é próprio desse estilo discursivo, *provocar* e *agitar*¹⁶⁵.
20. Quando nos afastemos da discussão de questões de interesse público, o nível de tutela da honra e do bom nome já poderá divergir de cultura para cultura, deixando a CEDH “*alguma margem de apreciação*” aos Estados Contratantes¹⁶⁶.

Posto isto, a *prevalência tendencial da liberdade de expressão* em detrimento da honra e bom nome dos sujeitos que se encontram no poder (político, económico ou social), atento o interesse público na discussão e no escrutínio dos seus atos, se não decorria já dos limites imanentes destes direitos¹⁶⁷, resulta cabalmente da CEDH e da sedimentação da sua aplicação pelo TEDH.

2.4. *A doutrina e a jurisprudência nacional: a corrente conservadora e a corrente liberal*

Conforme identificavam Teixeira da Mota e Iolanda de Brito, a jurisprudência nacional ainda se divide em duas fações¹⁶⁸: uma excessivamente protetora da honra, a dita *corrente conservadora ou paternalista*, e uma visão mais permissiva à livre circulação de ideias e factos, em linha com o TEDH, a *corrente liberal ou moderna*. A corrente liberal e europeísta tem vindo (ainda que paulatinamente) a ganhar proeminência junto dos tribunais superiores, principalmente do Supremo Tribunal de Justiça, contudo, ainda se registam vários arestos que conferem à honra uma tutela desmensurada e ignoram as diretrizes normativas da CEDH e do TEDH.

A explicação para um exagerado número de condenações do Estado português pelo TEDH não reside (apenas) na falta de formação dos magistrados portugueses: ainda que, em alguns casos seja, com o devido respeito, esta seja

¹⁶⁵ V. Ac. do TEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Áustria*, n.º 68354/01, de 25.01.2007.

¹⁶⁶ V. Acs. do TEDH, *Jersild c. Dinamarca*, n.º 15890/89, de 23.09.1994 e Lopes Gomes da Silva c. Portugal, queixa n.º 37698/97, de 28.09.2000. V. também FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses”, in CARLOS BLANCO DE MORAIS, MARIA LUÍSA DUARTE E RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 323 e ss.

¹⁶⁷ Como afirmado pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 113/97 de 05.02.1997 e no Ac. n.º 292/2008 de 29.05.2008, mas por nós rejeitado no ponto 1.4. do presente estudo.

¹⁶⁸ V. FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *ob. cit.*, pg. 14-15 e 53 e ss e IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 84-94.

evidente¹⁶⁹. A principal explicação reside antes numa mentalidade portuguesa do “respeito” fruto de uma herança civilizacional de um “igualitarismo aristocrático” transversal à Europa Ocidental¹⁷⁰. Contudo, os valores cívicos fortes de urbanidade e civilidade fortemente enraizados na cultura portuguesa não devem ser preservados pelo Direito a todo o custo, porquanto residem principalmente no plano da ética e da moral. Como já se disse, a ausência de contestação do poder leva à manutenção do *status quo* dos seus titulares, criando um ambiente propenso ao abuso do poder e avesso ao progresso e à autodeterminação democrática dos povos, o que legitima as críticas acutilantes.

Consequentemente, na doutrina e na jurisprudência portuguesa, existe mesmo quem defenda a prevalência hierárquica do direito à honra e ao bom nome sobre a liberdade de expressão e de informação¹⁷¹, negando assim, na prática, uma colisão de direitos. Esta conceção procura justificar-se (i) na qualificação do direito à honra e ao bom nome como direito de personalidade, tendo por isso uma ligação com a dignidade da pessoa humana superior à liberdade de expressão¹⁷², (ii) no facto de a Constituição apenas prever a existência de limites/restrições à liberdade de expressão no artigo 37.º, n.º 3 e não já no artigo 26.º quanto ao direito à honra e ao bom nome¹⁷³ e (iii) na tendência de o homem-médio aceitar acriticamente tudo o que os *media* veiculam¹⁷⁴. Como se vê, estes argumentos são bastante débeis. Em primeiro lugar, uma hierarquização *a priori* dos direitos fundamentais é uma tarefa impossível e contrária ao espírito da própria Constituição¹⁷⁵. Em segundo lugar, jamais se poderia justifi-

¹⁶⁹ Dando nos conta que o aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 2005, proc. n.º 04B3924, foi primeira decisão que aludiu à jurisprudência do TEDH, v. FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *A Liberdade de Expressão ...*, pg. 80-81.

¹⁷⁰ V. JAMES Q. WHITMAN, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, in *Faculty Scholarship Series Paper 646*, 2000, pg. 1284 e ss, 1313 e ss, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/>.

¹⁷¹ V. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, pg. 78.

¹⁷² V. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 26.02.2004, proc. n.º 03B3898, de 08.03.2007, proc. 07B566 e de 16.03.2017, proc. n.º 2178/10.6TVLSB.L1.S1. V. ainda BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, 2000, págs. 574-575 e 587 ss.

¹⁷³ V. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 26.04.1994, n.º 084765, de 14.02.2002, proc. n.º 4384/01, de 04.03.2010, proc. n.º 677/09.1YFLSB e de 14.02.2012, n.º 5817/07.2TBOER.L1.S1.

¹⁷⁴ V. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pg. 78.

¹⁷⁵ V. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 13.01.2005, n.º 104B3924; de 30.06.2011, n.º 1272/04.7TBBC.L.G1.S1.; de 12.03.2009, n.º 08B2972; de 17/9/2009, n.º 832/06.6TVLSB.S1; de 27.01.2010, n.º 48/04.6TBVNG.S1; Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 31.10.2007, n.º 0644685; Acs. do Tribunal da Relação do Lisboa, n.º 11.09.2012, 1361/09.1TJLSB.L1-1 e de 23.05.2013, n.º 5394/08.7TBOER.L1-2. V. ainda VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 300 e MOREIRA DAS NEVES, “A tutela da honra frente à liberdade de expressão numa sociedade democrática”, in *Data Venia: Revista Jurídica Digital*, ano 4, n.º 5, 2016, pg. 90 e ss.

car essa prevalência na ausência de limites expressos nas normas que consagram direitos fundamentais, uma vez que essa questão já foi amplamente estudada e resolvida pela tese das restrições implícitas¹⁷⁶. Por fim, atendendo aos bens jurídicos que a liberdade de expressão e de informação tutela, é evidente que esta também se funda na dignidade da pessoa humana¹⁷⁷.

Ainda que cada vez mais se registem decisões consentâneas com a Constituição e com a CEDH, principalmente ao nível das instâncias superiores¹⁷⁸, nem por isso se poderia deixar de registar que mesmo ao nível do Supremo Tribunal de Justiça, nem sempre a aplicação da CEDH é feita com total rigor. Assim, num aresto de 5 de julho de 2012¹⁷⁹, foi sustentado que o TEDH vinha defendendo que no conflito entre a liberdade de expressão e o direito à “*proteção da privacidade, do bom nome, da reputação e da honra de «figuras públicas»*”, são admitidas “*amplas restrições àqueles direitos quando está em causa a liberdade de expressão e de imprensa, desde que: (i) justificadas numa necessidade social imperiosa e (ii) sejam proporcionais aos fins prosseguidos*”. Ora, decorre cabalmente do artigo 10.º, n.º 2 da CEDH que são as restrições à liberdade de expressão (e não ao direito à honra e ao bom nome) aquelas que só são possíveis uma vez preenchidos esses dois pressupostos. A diferença é abismal, pois de acordo com a formulação desaprimorada do Supremo Tribunal de Justiça, a tutela da liberdade de expressão e de informação passaria a ser a exceção, em vez da regra. Importa, no entanto, aqui deixar a concordância com o sentido dessa decisão.

Num registo bem mais polémico, atente-se na decisão de 26 de janeiro de 2017 do Tribunal da Relação de Lisboa que condenou a um ano de prisão um ex-deputado por ter apelidado outro ex-deputado (tendo ambos exercido cargos na direção de partidos políticos) de “*espião da CIA*”¹⁸⁰. Lamentavelmente, nesse aresto confunde-se o Conselho de Europa e o TEDH como sendo instâncias comunitárias, sustentando que a jurisprudência deste último contende com os “*princípios fundamentais do Estado de direito democrático*” pelo que, por força do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, não vincula os tribunais nacio-

¹⁷⁶ V. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pg. 569 ss, 602 ss e 626 ss; em sentido parcialmente concordante, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., pg. 413-417.

¹⁷⁷ V. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 30.06.2011, proc. n.º 1272/04.7TBBCL.G1.S1.

¹⁷⁸ Entre outros, v. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2017, proc. n.º 1454/09.5TVLSB.L1.S1; Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.05.2013, n.º 5394/08.7TBOER.L1-2; Acs. do Tribunal da Relação de Évora, de 13.12.2011, proc. 99/08.1TAGLG.E1, de 28-05-2013, proc. 552/09.0GCSTB.E1, de 01.07.2014, proc. n.º 53/11.6TAEZ.E2 e Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 18.03.2015, proc. n.º 1469/12.6PEGDM.P1.

¹⁷⁹ V. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 05.07.2012, proc. n.º 48/12.2YREVR.S1.

¹⁸⁰ V. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.01.2017, proc. n.º 2175/11.4TDLBSB.L1-9.

nais. Adiante analisaremos este ponto¹⁸¹. Mais recentemente, em 8 de março de 2017, o Tribunal da Relação do Porto sustentou que preenchia o tipo-ilícito do crime de injúria o significativo «estúpido» por este ter uma “potência natural ofensiva” e surgir ligado a uma característica existencial do sujeito visado¹⁸², sendo difícilimo de equacionar como poderá tal adjetivo ferir o núcleo de qualidades éticas e morais segundo a conceção social dominante.

2.5. *Critérios gerais de ponderação e de resolução do conflito*

Sistematizando, mas ressalvando que a valoração dos bens em confronto deverá sempre ser casuística, da jurisprudência e da doutrina portuguesa podem-se retirar os seguintes critérios gerais de ponderação¹⁸³, os quais devem ser interpretados em consonância com os critérios gerais de ponderação decorrentes da jurisprudência europeia a que aludimos no ponto 2.3..

Segundo a doutrina nacional este conflito de direitos deverá ser dirimido em favor da liberdade de expressão e de informação se, cumulativamente: (i) a notícia/publicação prosseguir um interesse público; (ii) os factos veiculados forem verdadeiros ou tenham sido reputados, em boa-fé (subjéctiva) como tal, cumpridos os deveres da boa-fé (objéctiva)¹⁸⁴ na recolha dos factos e na aferição da sua credibilidade e (iii) tenha sido observado um meio adequado e razoável¹⁸⁵.

Quanto ao primeiro requisito, numa sociedade verdadeiramente democrática o conceito de *interesse público* deve ser entendido como abrangendo todos os temas que revistam de uma “utilidade social”, isto é, que sejam “*relevantes para a vivência social*”¹⁸⁶, contribuindo para a formação de uma opinião pública robusta. Concorrem para o efeito, os conceitos de “missão de serviço público” e de “figuras públicas” atrás analisadas¹⁸⁷. Só nos casos verdadeiramente flagrantes, em que não exista qualquer reduto de um interesse jurídico legítimo, se poderá falar num mero *sensacionalismo* (ou “voyeurismo”) ou em *ataques pessoais gratuitos*. Usando um exemplo consensual, não existirá qualquer interesse legí-

¹⁸¹ V. ponto 2.7. do presente estudo.

¹⁸² V. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 08.03.2017, proc. n.º 292/15.0PAVCD.P1.

¹⁸³ Ainda que com várias diferenças, v. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 158-160 e 314-319.

¹⁸⁴ V. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 357-358.

¹⁸⁵ V. FIGUEIREDO DIAS, *Revista de Legislação e Jurisprudência.*, Ano 115.º, p. 170-171 e Ac. do Tribunal Constitucional n.º 292/2008, de 29.05.2008.

¹⁸⁶ V. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 21.10.2014, proc. n.º 941/09.0TVLSB.L1.S1 e de 14.02.2012, proc. n.º 5817/07.2TBOER.L1.S1.

¹⁸⁷ V. ponto 1.2. do presente estudo.

timo que permita que um jornalista noticie que o seu vizinho (que não é figura pública) lhe deve dinheiro.

Da interpretação conjugada do artigo 180.º, n.º 2, alínea *b*) e do n.º 4 do CP resulta que a prova da *veracidade* dos factos, pode ser substituída pela prova de uma *boa-fé subjetiva e objetiva*. Por outras palavras, exige-se uma convicção de veracidade no interlocutor, não só *subjetivamente*, mas também *objetivamente*, ou seja, têm de existir fundamentos sérios para que o homem-médio, segundo as regras da experiência comum, também tivesse reputado um certo facto como sendo verdadeiro ou, pelo menos, como bastante plausível¹⁸⁸. Destarte, os deveres de comprovação da verdade deverão ser avaliados à luz do caso concreto, sendo sobejamente menos intensos para o cidadão comum do que para os jornalistas. Nomeadamente, quando esteja em causa a liberdade de imprensa, devem ser consultadas fontes de informação fidedignas e diversificadas, tentando adquirir, sempre que possível, a versão dos factos junto do sujeito por eles visado.

Quanto à *imputação de factos sobre crimes*, o Supremo Tribunal de Justiça adere à concretização feita pelo TEDH, sustentado que os *media* não estão impedidos de discutir “*factos potencialmente delituosos*”¹⁸⁹. O *princípio da presunção de inocência* aparece assim como um direito fundamental processual, enquanto regra de tratamento do arguido no processo penal. Nessa medida, uma decisão absolutória (ou até uma decisão de arquivamento¹⁹⁰) não pode impedir os particulares de discutirem e criticarem o poder judicial¹⁹¹, dado que o sentido dessa decisão nem sequer será vinculativo para o próprio poder judicial “*nos procedimentos civis subsequentes (mormente indemnizatórios) a um processo criminal*”¹⁹².

No respeitante às *opiniões*, não podendo estas ser verdadeiras ou falsas, apenas se poder exigir que se alicerçam sobre uma “*base de facto razoável*”¹⁹³. Posto isto, os tribunais apenas poderão conhecer se as ideias ou os juízos de valor se reportam a algum assunto de interesse legítimo, não lhes competindo ajuizar se uma opinião é “*justa*”, “*ponderada*”, “*razoável*” ou “*grosseira*”, pois esse juízo

¹⁸⁸ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 782.

¹⁸⁹ V. Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2017, proc. 1454/09.5TVLSB.L1.S1.

¹⁹⁰ No citado Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2017, proc. 1454/09.5TVLSB.L1.S1, sobre o caso que opunha o ex-funcionário da Polícia Judiciária, Gonçalo Amaral e o “casal McCann”, concluiu-se que o *respeito pelo segredo de justiça* é uma *obrigação funcional* à eficácia da investigação criminal, pelo que este cessou com o encerramento do inquérito.

¹⁹¹ V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, cit., pg. 91.

¹⁹² V. Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2017, proc. 1454/09.5TVLSB.L1.S1 e Acs. Do TEDH, Y c. Noruega, 56568/00, 11.02.2003 e Diacenco c. Roménia, 124/04, 07.02.2012.

¹⁹³ V. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 315 e COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 274.

cabará a toda a coletividade¹⁹⁴. Ao público cabe a tarefa de julgar “*não só o que se disse mas também – e quantas vezes des/favoravelmente – o como se disse*”¹⁹⁵.

Por fim, o requisito da adoção de um meio adequado e razoável não pode ser entendido como a obediência escrupulosa do “*princípio norteador da informação jornalística [...] de causar o menor mal possível...*”¹⁹⁶. Como já o dissemos atrás¹⁹⁷, a prevalência da liberdade de expressão, no caso concreto, é incompatível com a exigência de que sejam empregues apenas os termos mais comedidos ou neutros possíveis. Um respeito cego pela máxima de otimização dos dois direitos fundamentais seria desproporcional, pois a espontaneidade e emotividade associada ao discurso e à troca de ideias impõe que se reconheça uma certa margem para as críticas lancinantes ou maledicentes.

Na verdade, apenas se exige que as exteriorizações não sejam *excessivamente ofensivas*¹⁹⁸, o que pode ocorrer (i) quando o conteúdo essencial do direito à honra e ao bom nome seja preterido¹⁹⁹ ou (ii) quando a acutilância das ideias/factos seja manifestamente desproporcional ao interesse tutelado²⁰⁰. Para aferir da excessividade, poderá ser nocivo encontrar, em abstrato, como parece fazer PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e FARIA COSTA, expressões como sendo sempre típicas e ilícitas²⁰¹, como seria apodar um político de “*traidor*”. Não se pode ignorar que, atento os circunstancialismos do caso concreto, nomeadamente, o meio social em que certas palavras são proferidas²⁰², investidas aparentemente

¹⁹⁴ V. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 24.03.2004, proc. n.º 0316291 e Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.05.2017, proc. n.º 96/15.0T9SCD.C1. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 30.06.2011, proc. 1272/04.7TBBCL.G1.S1.

¹⁹⁵ V. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 18.03.2015, proc. n.º 1469/12.6PEGDM.P1.

¹⁹⁶ Entre outros, v. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 26.02.2004, proc. n.º 03B3898. V. ainda FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pg. 137 e 173.

¹⁹⁷ V. ponto 1.4. do presente estudo.

¹⁹⁸ Definindo-as como sendo investidas manifestamente dirigidas a atingir o “sentimento de auto-estima” e de “dignidade pessoal” ou “consideração social” do visado, v. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 293–294 e IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 317. No plano civilístico, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 770.

¹⁹⁹ Não ignoramos que, em qualquer caso, há sempre uma “*honra geral, pertencente a todo o ser humano, e que nenhum homem perde em absoluto, porque mesmo o ente envilecido, pode regenerar-se e dignificar-se*”. Assim, v. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 16.03.2017, proc. n.º 2178/10.6TVLSB.L1.S1.

²⁰⁰ V. Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2017, proc. n.º 1454/09.5TVLSB.L1.S1; JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 820.

²⁰¹ V. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pg. 726–727 e FARIA COSTA in FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 1999, Coimbra Editora, pg. 630.

²⁰² Pense-se, por exemplo, no meio desportivo ou em outros fenómenos sociais em que “*o constante debate na imprensa escrita e falada, sobredimensiona a importância de questões que, numa sociedade onde os valores cívicos deveriam ser a preocupação maior dos cidadãos, são relegados para segundo plano pela constante evidência de acontecimentos distrativos, sejam os da imprensa desportiva, cor-de-rosa, ou quejanda*”, v. Ac. do

violentíssimas da honra de um indivíduo caíam sob a égide da liberdade de expressão, sendo na verdade lícitas.

Enfim, no confronto entre o direito à honra e ao bom nome e a liberdade de expressão e de informação, a Convenção tomou uma “*clara preferência*” pela última²⁰³, o que diminui, desde logo, o objeto do crime de difamação²⁰⁴. Reconhece-se que os titulares do poder político devem estar sujeitos a um escrutínio amplo e intenso, fruto da *responsabilidade política* em que incorrem, prestando por isso contas ao eleitorado pelos seus atos²⁰⁵. Já os titulares dos demais tipos de *poder* (que em conjunto com os políticos integram o conceito de “*figuras públicas*”) incorrem, diríamos nós, numa *responsabilidade social*, fruto da influência que exercem sobre a coletividade. O “reverso da medalha” do seu poder é a discussão viva – e por vezes acerada – em torno das suas palavras e dos seus atos, porquanto tantas vezes estes se servem da sua influência para construírem uma “*imagem e [...] um padrão ético ou social que a realidade muitas vezes desmente*”²⁰⁶.

2.6. *A relevância da exceptio veritatis*

Aqui chegados, a questão da relevância da verdade para a resolução do conflito destes direitos fundamentais é mais fácil de compreender do que alguma doutrina faz parecer²⁰⁷.

Ora, o legislador no artigo 180.º do CP foi perentório ao exigir cumulativamente que para além da liberdade de expressão configurar um interesse legítimo prevalecente no caso concreto, é ainda necessário que os factos sejam verídicos ou que tenham sido reputados, em boa-fé, como tal. Daqui tiram-

Supremo Tribunal de Justiça de 20.01.2010, proc. n.º 1839/06.9TVLSB.L1.S1. v. também IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 316-317 e 319-323 e COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 310-311.

²⁰³ V. Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 01.07.2014, proc. n.º 53/11.6TAEZ.E2.

²⁰⁴ V. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 18.03.2015, proc. n.º 1469/12.6PEGDM.P1.

²⁰⁵ V. Acs. do Tribunal da Relação de Évora, de 13.12.2011, proc. 99/08.1TAGLG.E1, de 28-05-2013, proc. 552/09.0GCSTB.E1 e de 01.07.2014, proc. n.º 53/11.6TAEZ.E2.

²⁰⁶ V. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 20.01.2010, proc. n.º 1839/06.9TVLSB.L1.S1.

²⁰⁷ Concluindo pela irrelevância da veracidade dos factos, V. ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, pg. 486. Sustentando a sua relevância apenas quando estejam em causa o exercício de interesses legítimos, v. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, 2011, Almedina, Coimbra, pg. 564-565; PAULO MOTA PINTO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, BFDUC, n.º 76, 2000, pg. 532-533 e 543 e IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg.155-156. Cingindo essa relevância aos casos de exercício de um interesse público, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade...*, *cit.*, pg. 768-771 e MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, pg. 182-188. Advogando a exclusão da responsabilidade apenas mediante a prova da verdade, pelo menos quanto às ofensas ao crédito, v. PESSOA JORGE, “Ensaio sobre a responsabilidade civil”, in *BDGCI*, 1969 (122), pg. 265-267.

O Direito 150.º (2018), I, 119-155

-se duas conclusões. Em primeiro lugar, que a difusão de factos falsos nem sempre é ilícita e, em segundo, que a difusão de factos verdadeiros pode con-substanciar um ato ilícito²⁰⁸.

Atento este quadro, a *exceptio veritatis* tem de ser apreciada a jusante da questão da existência de um interesse legítimo em discutir certos assuntos que contendam com a honra e o bom nome do visado. Se nesse primeiro teste se concluir que não existe qualquer interesse legítimo em difundir um certo facto, como seria o caso de ser noticiado a prática de um acto imoral por um cidadão que não seja uma “figura pública” sem qualquer interesse para o público, nem a prova da verdade desses factos afastaria a ilicitude²⁰⁹. Já num cenário inverso, em que o interesse público exista, a prova da verdade (ou da boa-fé objetiva e subjetiva) releva e afasta tanto a ilicitude penal como civil. Logo, é apenas neste segundo momento – em que já se estabeleceu a existência de um interesse legítimo – que a prova da verdade ou da boa-fé subjetiva e objetiva relevará para resolver o conflito de direitos.

Rejeitamos, portanto, as teses que sustentam que, no direito civil, a prova da boa-fé objetiva e subjetiva importa apenas para efeitos de exclusão da culpa, por entenderem que só a prova da verdade dos factos poderá excluir a ilicitude²¹⁰. Tal entendimento pressupõe erradamente que o ordenamento jurídico-constitucional apenas considera como lícita a afirmação de factos verdadeiros, em obediência a um suposto “*princípio da verdade da informação*”²¹¹. Na verdade, perante a imputação de factos sobre assuntos de interesse público, a prova da sua verdade pode ser substituída, tanto no direito civil como no direito penal²¹², pela prova de que existiam fundamentos sérios para os reputar, em boa-fé, como verdadeiros ou *plausíveis*, à luz das regras da experiência comum, cumpridos os deveres da boa-fé objetiva. Não porque a conduta do agente nessas circunstâncias fosse desculpável – caso em que entraríamos na apreciação da culpa – mas porque a difusão de informações *plausíveis* sobre assuntos que revistam de interesse público é lícita (e desejável) num Estado de Direito Democrático. Os cidadãos e os *media* devem poder especular sobre os assuntos de interesse geral, procurando retirar de factos indiciários conclusões rigorosas, mas não infalíveis. Existe, portanto, nesse âmbito, um *risco permitido*²¹³ para debater e especular.

²⁰⁸ V. ARTUR RODRIGUES DA COSTA, *A liberdade de imprensa...*, *cit.*, pg. 28-31.

²⁰⁹ V. NUNO E SOUSA, “A liberdade de imprensa”, *cit.*, pg. 270-271 (em nota).

²¹⁰ Nesse sentido, v. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg 192 e ss.

²¹¹ V. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 143.

²¹² V. ponto 2.2. do presente estudo.

²¹³ V. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 161-162.

2.7. *A vinculação dos tribunais portugueses à jurisprudência do TEDH*

O já referenciado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de janeiro de 2017²¹⁴ levantou a questão de saber até que ponto a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo vincula os tribunais portugueses. A questão é pertinente e pode-se dividir em duas sub-questões: (i) saber se as interpretações das normas da CEDH feitas pelo TEDH são fonte de direito e (ii) saber se essas interpretações violam ou não a Lei Fundamental portuguesa.

Centrada a discussão, dispõe o artigo 203.º da CRP que os tribunais apenas estão sujeitos à lei, vigorando entre nós um sistema jurídico de matriz romano-germânica em oposição à regra do precedente obrigatório (ou “*stare decisis*”). Sob esse prisma, os precedentes instituídos pelo TEDH não vinculam diretamente as instâncias nacionais, excetuando os litígios em que o Estado Português seja parte, por força do artigo 46.º, n.º 1 da CEDH²¹⁵, o que se traduz na possibilidade de revisão de sentenças nacionais conforme dispõe o artigo 449.º, n.º 1, alínea g), do CPP²¹⁶²¹⁷. Contudo, a jurisprudência sedimentada do TEDH vincula *indiretamente* os tribunais portugueses na aplicação das normas que afetem os direitos humanos consignados na Convenção. Apesar da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo não ser uma fonte de direito, é, pelo menos, um desenvolvimento jurisprudencial privilegiado do direito vivo consignado na Convenção.

Por outro lado, perante a jurisprudência consolidada do TEDH, convocamos a crescente relevância que o precedente tem vindo a adquirir nos ordenamentos jurídicos de matriz civilística (*civil law*), aproximando-os cada vez mais dos sistemas de *common law*²¹⁸.

Com efeito, sabe-se que perante uma *jurisprudência consolidada*, o precedente comporta um inegável *efeito persuasivo*²¹⁹ fortíssimo, produzindo efeitos

²¹⁴ V. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.01.2017, proc. n.º 2175/11.4TDLSB.L1-9.

²¹⁵ Em sentido contrário, sustentando que todos os Estados Contratantes estão vinculados à regra do precedente relativamente ao TEDH, o qual segue abertamente a matriz do *common law*, v. MÓNICA MACOVEI, *Freedom of Expression: A guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe: Human Rights Handbooks, 2nd edition, n.º 2, 2004, pg. 5.

²¹⁶ Código de Processo Penal.

²¹⁷ Note-se que a força de caso julgado dessas decisões não é afetada pelas decisões do TEDH. O Tribunal de Estrasburgo não é uma instância de recurso internacional. Os tribunais nacionais não ficam obrigados a reformar o sentido das suas decisões, podendo, contudo, em alguns casos fazê-lo. Assim, V. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em Processo Civil – Reforma de 2007*, Coimbra Editora, 2009, pg. 196.

²¹⁸ V. Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 12.05.2016, proc. 982/10.4TBPTL.G1-A.S1.

²¹⁹ V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pg. 140.

intra-sistemáticos na hierarquia judiciária. Pense-se, por exemplo, na tendência (quase) invariável de acatamento pelos tribunais inferiores da jurisprudência dos tribunais superiores²²⁰. Grosso modo, a força ou o grau de convencimento de uma decisão mede-se (também) pelo número de decisões com ela coincidentes, sendo tanto maior quanto maior o grau hierárquico dos tribunais concordantes. Daqui decorre que os tribunais que profiram decisões que contrariem linhas jurisprudências consolidadas estão adstritos ao cumprimento de um *dever de fundamentação acrescido*²²¹. Nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça, o precedente só poderá ser afastado por “razões muito ponderosas”²²².

A relevância do precedente traduz-se ainda num *efeito impeditivo de recurso ou de alteração das decisões contrastantes* com a jurisprudência consolidada, conforme se retira dos artigos 629.º, n.º 2, d), 656.º, 671.º, n.º 2, b), 672.º, n.º 1, c) e 688.º, ns.º 1 e 3 do CPC²²³. A importância que o precedente assume no nosso ordenamento jurídico é justificada pelos princípios da igualdade dos cidadãos perante o poder judicial e pelo princípio da segurança jurídica. Face à expectativa legítima de que os juízes decidirão do mesmo modo perante causas idênticas, incumbe ao Estado proteger essa confiança conferindo uma *previsibilidade às decisões futuras*. A isto acresce ainda uma justificação de economia de meios: se os cidadãos puderem confiar na expectativa de que os tribunais decidirão segundo as suas interpretações consolidadas, optarão por não “entupir” o acesso à Justiça²²⁴. Este *efeito de modelação das condutas* dos cidadãos revela-se, nomeadamente, na solução quanto às custas judiciais constata do artigo 536.º, n.º 2, al. b) do CPC.

A isto acresce que o recurso às concretizações jurisprudências do TEDH que, partindo das especificidades do caso concreto, formulam *linhas normativas de decisão generalizáveis*, vai ao encontro das teses que defendem que as decisões de ponderação de direitos fundamentais devem assentar na “*construção de uma rede de juízos de precedência traduzidos em regras progressivamente densificadas e estabilizadas de decisão dos casos concretos*”²²⁵.

²²⁰ V. ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, “Uniformização da Jurisprudência Cível” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, 2013, pg. 614 e 615.

²²¹ V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pg. 72.

²²² V. Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 12.05.2016, proc. 982/10.4TBPTL.G1-A.S1. V. ainda KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, 3.ª ed., 2009, Fundação Calouste Gulbenkian, pg. 504-510.

²²³ Código de Processo Civil.

²²⁴ V. MICHELLE TARUFFO, “A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade”, in *Julgar*, n.º 25, págs. 19 e 20.

²²⁵ V. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...* pg. 83 e JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pg. 892 e ss.

Questão diversa reside em saber se a jurisprudência do TEDH e a própria CEDH violam o artigo 18.º da CRP, como entendeu o referido aresto da Relação de Lisboa de 26 de janeiro de 2017 e que na doutrina parece encontrar voz em Iolanda de Brito²²⁶, advogando que o TEDH coloca o direito à liberdade de expressão e de informação numa posição hierarquicamente superior ao direito à honra e ao bom nome das figuras políticas. A resposta é, da nossa parte, negativa. A jurisprudência europeia reconhece e respeita a igual dignidade constitucional de ambos os direitos fundamentais, contudo, na resolução do seu confronto, encontra nas questões que revistam de interesse público um elemento decisivo para resolver esse conflito. Não existe qualquer hierarquização. O conflito é resolvido casuisticamente com auxílio das linhas normativas de decisão generalizáveis²²⁷.

Posto isto, o que se defende não é uma preferência abstrata pela liberdade de expressão, mas sim uma vinculação aos “*critérios europeus de resolução do conflito*”²²⁸, interpretando a lei ordinária civil e penal em conformidade com a jurisprudência do TEDH²²⁹ e com a Constituição. No fim do dia, nas palavras do Tribunal Constitucional, existe uma “*clara vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais igualmente previstos na Convenção e na Constituição*”²³⁰.

3. Conclusão

A liberdade de expressão e de informação constitui um dos pilares essenciais do Estado de Direito Democrático e redonda na mais cabal exigência da dignidade da pessoa humana. Só através de uma “*esfera de discurso público desinibida, robusta e aberta*”²³¹ poderá cada cidadão desenvolver livremente a sua personalidade, adotar as escolhas (informadas) que melhor sirvam os seus interesses e participar nos processos político-democráticos.

Com efeito, o escrutínio e a contestação são os maiores inimigos do poder (seja este político, social ou económico) e, como refere NIGEL WARBURTON,

²²⁶ V. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 80-81 (em nota).

²²⁷ V. ponto 2.3. do presente estudo.

²²⁸ V. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2017, proc. n.º 1454/09.5TVLSB.L1.S1.

²²⁹ V. IOLANDA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 109 e JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, *cit.*, pg. 386-388.

²³⁰ V. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 157/2001 de 10.05.2001 D.R., Série I.

²³¹ Expressão cunhada pelo Juiz Brennan no paradigmático caso, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>.

é muito difícil resistir à tentação de usar a lei ou a força para silenciar adversários²³². Sem uma liberdade de expressão e de informação efetiva (e não aparente), corremos o risco de uma condenação judicial dissuadir os *media* de noticiar factos que, à data, tinham por verdadeiros e relevantes para a discussão pública. É, pois, preciso impedir que a velha censura dê lugar à *autocensura*.

Os valores cívicos e morais do respeito e da boa educação, podem ditar que os cidadãos apenas façam da palavra um uso ponderado e cordial. Contudo, a *pluralidade de personalidades e de idiosincrasias* exigem que o Direito proteja também os discursos mais vivos, aberrantes e ofensivos. No limite, as ideias que chocam ou provocam a coletividade, incentivam os demais a ripostar e a entrar no debate público, contribuindo para um maior esclarecimento de todos. Quanto à veracidade dos factos discutidos publicamente, do mesmo modo que não se pede a um cientista que este obtenha resultados sem conduzir experiências, não se pode exigir aos cidadãos que estes cheguem à verdade sem trocarem informações falsas ou discutindo pontos de vista peregrinos.

Nessa medida, quando estejam em causa assuntos que interessam à coletividade, a *liberdade de expressão é “uma liberdade de ofender”* (e de chocar) que só termina perante ofensas gritantes à honra e ao bom nome.

Para se chegar a esta conclusão e harmonizar os direitos aqui em colisão é preciso compreender que a liberdade de expressão não tutela apenas o direito de um sujeito isolado em expressar o seu pensamento: satisfaz também o direito da coletividade em ter acesso a todo o tipo de informações. Por isso, ensaiámos aqui que o *conceito constitucional de “informação”* deve ser o mais amplo possível, de modo a abarcar todos os dados ou conhecimentos que satisfaçam os bens jurídicos tutelados pela liberdade de expressão e de informação.

Terminamos, mas sem tomar posição, com uma menção final à *tendência para descriminalização da difamação na Europa*, fruto das sucessivas recomendações do Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas²³³, do Conselho de Europa²³⁴ e das decisões do TEDH²³⁵. Atualmente, de entre os 28 estados da

²³² V. NIGEL WARBURTON, *Liberdade de expressão – uma breve introdução*, Gradiva: Lisboa, 2015, pg. 10.

²³³ V. Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011.

²³⁴ V. Resolução 1003 (1993) sobre ética em jornalismo; Recomendação 1589 (2003) sobre liberdade de expressão nos media na Europa, Resolução 1535 (2007) sobre ameaças à liberdade de expressão de jornalistas e Resolução 1577 (2007) para a descriminalização da difamação.

²³⁵ Entre outros, v. Ac. do TEDH, *Amorim Giestas & Jesus Costa Bordalo c. Portugal*, n.º 37840/10, de 3 de abril 2014, concluindo que para as ofensas à honra e à reputação a tutela constante do artigo 70.º do Código Civil é bastante, sendo a criminalização por difamação apenas para casos excepcionais, como os discursos de ódio ou incitamento à violência.

União Europeia, 6 já aboliram a criminalização da difamação²³⁶ e, dos restantes, 3 não preveem a pena de prisão para este crime²³⁷. Subscrevemos, porém, o apelo do IPI feito a Portugal em 2015 no sentido de se *suprimir a pena de prisão para o crime de difamação e o agravamento das penas* quando os ofendidos sejam titulares de cargos públicos, constante do artigo 184.º do CP²³⁸. Entendemos ser igualmente imperativo que o legislador acompanhe os “*critérios europeus de resolução do conflito*” que há muito vêm sendo traçados pelo TEDH e preveja a relevância da prova da verdade e da boa-fé no direito civil. A criação de normas jurídicas claras e densificadas contribuiria certamente para a harmonização de julgados e para uma melhor aplicação do Direito.

²³⁶ Reino Unido, a Irlanda, Estónia, Roménia, Finlândia e Chipre. Também 2 dos 5 estados candidatos oficiais (Montenegro e Antiga República Jugoslava da Macedónia) descriminalizaram a difamação.

²³⁷ França, Croácia e Bulgária, aos quais se poderá juntar no futuro a Sérvia, candidata oficial.

²³⁸ V. Relatório: Criminalização da Difamação em Portugal de junho de 2015 do Instituto Internacional da Imprensa, disponível em <http://legaldb.freemedia.at/>.

