



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Gonçalo Neto Cruz Pires

A (I) LEGITIMIDADE PENAL DO CRIME DE INJÚRIA

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências
Jurídico-Criminais com Menção em Direito Penal orientada pelo
Professor Doutro Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2020



Gonçalo Neto Cruz Pires

A (I) Legitimidade Penal do Crime de Injúria

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais com Menção em Direito Penal.

Orientador: Senhor Doutor Professor Nuno Brandão

Coimbra, 2020

*“When you look at the world
What is it that you see ...
But without you it's no use
I can't see what you see
When I look at the world”*

PH

RESUMO:

Esta dissertação tem como finalidade a discussão da legitimidade da intervenção do direito penal no crime de injúria, com vista à fundamentação da sua descriminalização. No início impõe-se conhecer o crime de injúria e os elementos do tipo que o permite distinguir dos restantes crimes contra a honra. Só assim será possível avançar quanto à delimitação do bem jurídico que neste crime está em causa, contudo existem várias concepções da honra, o que pode ser problemático para a determinação do bem jurídico-penal. Não deve faltar a consideração do conflito jurídico-constitucional entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão, reconhecidos enquanto direitos fundamentais, uma vez que a ofensa realiza-se no exercício da liberdade de expressão que encontra fundamento na dignidade da pessoa humana. Na análise propriamente dita da legitimidade penal, deve ser dada relevância ao cumprimento efetivo do dever estadual de proteção da honra, no âmbito da legitimidade penal positiva, e à verificação da dignidade penal e da necessidade penal, no âmbito da legitimidade penal negativa, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e da necessidade penal. Para o mesmo efeito, até o próprio Tribunal Constitucional português já se pronunciou sobre a questão do bem jurídico-penal da injúria. Posteriormente, na relação do direito penal com o direito constitucional, deverá questionar-se se a descriminalização pode ser fundada numa proibição constitucional de criminalização, tal como se deverá questionar sobre a violação do princípio da proibição de insuficiência e acerca do limite constitucional do artigo 37.º, n.º 3, da CRP. Finalmente, aderindo ao movimento de descriminalização que tem adquirido relevo, o ordenamento jurídico italiano descriminalizou recentemente a norma incriminatória da injúria, tendo havido a pronúncia do Tribunal Constitucional italiano sobre o caso e onde foi essencialmente determinado o seu fundamento na desnecessidade da pena.

PALAVRAS-CHAVE:

Injúria; Descriminalização; Necessidade penal; Honra; Liberdade de Expressão

ABSTRACT:

This dissertation aims to discuss the legitimacy of the intervention of criminal law in the crime of insult, with a view to justifying its decriminalization. In the beginning, it is necessary to know the crime of insult and the elements of its type to allow it to be distinguished from other crimes against honor. Only in this way will it be possible to advance the delimitation of the legal good that is involved in this crime, however there are several conceptions of honor, which can be problematic for the determination of the legal-criminal good. The legal-constitutional conflict between the right to honor and the right to freedom of expression, recognized as fundamental rights, should not be overlooked, since the offense takes place in the exercise of freedom of expression which is based on the dignity of the human person. In the proper analysis of criminal legitimacy, relevance should be given to the effective fulfillment of the state duty to protect honor, within the scope of positive criminal legitimacy, and to the verification of criminal dignity and criminal necessity, within the scope of negative criminal legitimacy, in with the principle of proportionality in the broad sense and criminal necessity. To the same effect, even the Portuguese Constitutional Court itself has already ruled on the issue of the legal-criminal good of insult. Subsequently, in the relationship between criminal law and constitutional law, it should be questioned whether decriminalization can be based on a constitutional prohibition of criminalization, just as it should be questioned about the violation of the principle of prohibition of insufficiency and about the constitutional limit of article 37.º, n.º 3, of CRP. Finally, adhering to the decriminalization movement that has gained prominence, the Italian legal system recently decriminalized the incriminating norm of insult, with the Italian Constitutional Court pronouncing on the case and where it was essentially determined its foundation in criminal unnecessary.

KEY-WORDS:

Insult; Decriminalization; Criminal Necessity; Honor; Freedom of Expression

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	— Acórdão
Sep.	— Separata
BFDUC	— Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CDFUE	— Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	— Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CC	— Código Civil
CP	— Código Penal
CPP	— Código do Processo Penal
CRP	— Constituição da República Portuguesa
DUDH	— Declaração Universal dos Direitos Humanos
IPI	— International Press Institute
RBCC	— Revista Brasileira de Ciências Criminais
RDM	— Rivista di Diritto dei Media
RLJ	— Revista de Legislação e de Jurisprudência
RMP	— Revista do Ministério Público
ROA	— Revista da Ordem dos Advogados
RPCC	— Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STJ	— Supremo Tribunal de Justiça
TC	— Tribunal Constitucional
TCF	— Tribunal Constitucional Federal
TEDH	— Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	— Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	— Tribunal da Relação de Évora
TRG	— Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	— Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	— Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
1. A INJÚRIA – SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO-CRIMINAL E OS SEUS CONTORNOS LEGISLATIVOS	11
1.1. Desde a origem do ilícito à atribuição de uma pena	11
1.2. A evolução do tipo legal na legislação penal portuguesa e a sua distinção entre difamação, calúnia e denúncia caluniosa	13
2. O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CRIME DE INJÚRIA.....	28
2.1. O direito à honra como o direito tutelado. A natureza do bem jurídico e suas concepções	28
2.2. O direito à liberdade de expressão como o direito sacrificado. A sua compreensão no plano da autonomia individual e a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana	40
2.3. As dimensões jusfundamentais e a sua relevância penal no conflito entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão enquanto direitos fundamentais	47
3. A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO CRIME DE INJÚRIA	61
3.1. A determinação do bem jurídico digno de pena: a questão prévia do dever estadual de proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pena	61
3.2. A necessidade da pena	76
3.3. O Ac. n.º 128/2012, de 7 de março, do TC e a determinação do bem jurídico digno de pena	82
3.4. Descriminalização da injúria: proibição do excesso ou proibição constitucional de criminalização? A proibição de insuficiência e o problema do limite constitucional do artigo 37.º, n.º 3, da CRP.....	91
3.5. Descriminalização da injúria: outra perspetiva crítica orientada pela política-criminal, a injúria no ordenamento jurídico-italiano e demais alternativas, em especial, o direito civil	99
CONCLUSÃO	108
BIBLIOGRAFIA.....	110
JURISPRUDÊNCIA	116
WEBGRAFIA	117

INTRODUÇÃO

No fulcro de qualquer sociedade democrática atual e avançada existem valores que lhe são característicos e muitos deles universais. Ao mesmo tempo, em cada uma, é indispensável a confiança de que ações e atitudes enviesadas, proibidas porque não são corretas ao olhar da generalidade dos seus cidadãos, proibidas porque a lei assim o efetivamente determina, são prevenidas. Interessa pois saber que valores merecem reconhecimento jurídico, que podem estar sob tal ameaça e que ganham proteção devida quando em crise por não poder ser feita tábua rasa pelo Direito.

Todo este compêndio anterior dará, entre tanto, início a uma problemática maior, no mínimo mais especializada, que não podia deixar de se questionar e é ela a sede deste ensaio literário: a injúria como crime. Em análise estará uma conduta que se diz ser suscetível de lesar, “muitos dizem”, a Honra, o valor que aqui nos concerne.

A Honra é a do Homem, visto que nenhum outro ser terreno tem discernimento ou é capaz de ter um sentimento seu agredido. De facto, discute-se se será para o Direito considerado mais do que um sentimento, isto é, se é juridicamente relevante, um bem jurídico. Evidente é que cimentada está essa visão das coisas e, por isso, uma conduta como aquela associada no contexto da injúria pode atentar contra esse bem, havendo necessidade (ou não) de tornar como crime tais tipos de comportamentos. Eles podem ser conformados de variadas formas, em especial no direito penal português, pelo menos desde o século XIX quando pela primeiríssima vez o direito penal foi legislado na forma propriamente dita de código: a difamação, a injúria e a calúnia. Sendo elementar destacar e dedicar um juízo refletivo obviamente sobre o segundo tipo.

Com a determinação de um facto como crime, não só a liberdade que comumente qualquer pessoa conhece e deve poder testemunhar por ela própria é posta em causa, mais ainda na situação de crimes graves, mas também outros direitos podem colidir com aquele ou aqueles que se querem acautelar. Facilmente se deduzirá então que quem transgredir a lei pela prática do crime de injúria viola o Direito à Honra do ofendido por exercer o Direito à Liberdade de Expressão. Neste sentido, será vital precisar a relação jurídico-penal, inclusive jurídico-constitucional, existente entre ambos os direitos de personalidade, sem nunca esquecer a sua qualidade enquanto direitos fundamentais, as suas dimensões e funções e as consequências relevantes que daí advêm para a resolução conflitual, no

espectro do que representa hoje a Liberdade de Expressão em cada sujeito particularmente de forma individual, além de na coletividade onde está inserido, assumindo ele exponencialmente, de dia para dia, uma participação social mais ativa.

Se já foi dito que é exigido “algo” a proteger, sendo o objetivo a incriminação, não se despreza que o mesmo não baste. Tem de ser necessária uma interferência daquele que é o direito sancionatório mais oneroso mas que também por isso, nessa circunstância, melhor protege os direitos dos indivíduos e protege a sociedade que os rodeia, em pleno cumprimento da ideia do que é um Estado de Direito Democrático. Só assim podemos sustentar uma legítima tutela penal do chamado direito ao bom nome e reputação, como a lei fundamental assim o grafa.

De resto, e sabendo que de outra forma seria impossível, a convocação de um dos pilares materializadores do Estado de Direito, é este o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, permitirá fazer a análise do problema mais próxima daquilo que se quer de direito, do justo. Por conseguinte, exige-se uma análise cuidada do princípio pensado para o conflito que se expõe, para interrogar sobre a legitimidade das medidas penais em funcionamento e para assegurar que o travão ao direito penal, desta vez, recomendar-se-á.

De certo modo, o TC português, moderadamente ou não, já se pronunciou sobre a sua legitimidade. A injúria é crime e dificilmente parece que deixará de o ser uma vez que está em causa um facto punível que já faz parte da história antiga, praticamente um dogma, onde as condenações persistem, porém, mesmo aqui poderá haver algo a dizer, dadas as particularidades da conduta da injúria.

Não é reflexo de pouca sensatez ou falta de sentido crítico juntar à discussão o tópico referente às proibições constitucionais de criminalização. Mesmo que sujeitado à eventualidade de um tema que se reporte à doutrina constitucional e de que pouco há a pretensão de ver alargado o seu alcance, é certo que não menos temos na injúria do que o exercício de um direito de liberdade, o que por si só já demonstra a sua razão de ser. O que aqui efetivamente importa é se tal discussão assim se manterá pertinente na procura de um fundamento válido para a sua não criminalização. Por outro lado, existindo um dever estadual de proteção da honra, o legislador estará limitado pela proibição de insuficiência. Se a intenção deste estudo passa por questionar a criminalização da injúria, haverá que ter em linha de conta também outro limite constitucional, o artigo 37.º, n.º 3.

Mesmo assim haverá muito mais dizer, até tendo em conta o que se avista sobretudo em torno do panorama corrente europeu, tanto legislativo como judicial, nomeadamente, em Itália. E então dá-se a questão: será que qualquer outro meio alternativo, sendo caso disso verosímil o direito civil, não traria mais ou tanta eficácia para a sua tutela do que aquela a partir do direito penal? Do ponto de vista da política-criminal, mantém-se a necessidade da punição enquanto crime?

Por estas e mais razões, remete-se o objeto deste estudo à (des) criminalização da injúria por se considerar que lhe falta uma abordagem adequada à atualidade e em consonância com (o que parecer ser) uma criminalidade não tão grave assim.

1. A INJÚRIA – SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO-CRIMINAL E OS SEUS CONTORNOS LEGISLATIVOS

Enquanto mote do assunto principal, o capítulo inicial abarca sucintamente uma exposição normativa das ofensas à honra desde o seu começo longínquo e, simultaneamente, estabelece a relação com o seu enquadramento jurídico-dogmático na componente penal do direito interno, visitando outras ramificações e ordens jurídicas de forma apenas suficiente e no que ao tema diz respeito. De sorte que a estipulação da injúria como crime, certamente, será agora melhor compreendida para colher outros frutos mais tarde.

1.1. Desde a origem do ilícito à atribuição de uma pena

a) Advindo do direito romano, a *injuria* era um delito público que pressupunha a ofensa da integridade física ou moral e da dignidade da pessoa; uma dignidade dependente do reconhecimento de dado estatuto, mérito individual ou papel social¹. Logo por esta altura se depreende que não é qualquer cidadão que seria facilmente protegido, pois estava implícita uma certa hierarquia social com a qual muitos não eram protagonistas o suficiente para o reconhecimento de um direito como este.

Delito este que por ofender a comunidade romana obrigava o seu autor ao cumprimento de uma pena, numa primeira fase abjeta porque consistia maioritariamente em sanções corpóreas, do que não restavam quaisquer surpresas uma vez que este ato ilícito estava consagrado na Lei das XII Tábuas, do século V a. C. De qualquer maneira, esse cenário foi-se alterando, para melhor, ainda dentro desta época histórica, motivado por essa mesma severidade sancionatória, que não deixava de ser típica do Império Romano². Claro que o seu regime jurídico, a própria noção, as consequências jurídicas, a natureza e os elementos típicos da infração não se assemelham no que muito tempo depois se veio tornar a injúria, e não só, e como hoje é delineada nos vários ordenamentos jurídicos

¹ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 760.

² JUSTO, António Santos, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010, pp. 207, 210 e 211.

nacionais, contudo veja-se que desde muito cedo a injúria (em sentido amplo) é concretizada numa norma de proibição pela mão firme do apelidado direito penal romano³.

Mas antes de avançarmos quanto àquilo que hoje vigora. Evidentemente, seria necessário desenvolver novas formulações normativas das incriminações em questão à medida que chegassem os tempos modernos. Num plano geral, as duas realidades jurídicas e estruturantes do direito penal, o crime e a pena, sempre fizeram parte da história e estão em mutação constante. Devido à sua não efemeridade, é pois imperativo que se compreenda jurídico-penalmente ambas as realidades indissociáveis dentro de cada época histórica; com isto, concluímos ser de tamanha importância ter presente a ideia do progresso ou inclusive de um regresso das formulações legais e perceber que *ratio legis* se identifica (ainda) quando hoje se punem criminalmente alguns factos ou certas formas de atuação que podem e devem ser questionáveis⁴.

b) Consequentemente, só com o direito francês, e a partir de legislação avulsa, é que se propulsionou um leque de ofensas à honra mais aproximado do correspondente à realidade do direito atual⁵, incluindo o português, contando pois já com a delimitação entre a difamação, a injúria e a calúnia. A Lei de Liberdade de Imprensa de 1819, modificada a 29 de julho de 1881, culminou na extinção de uma solução também mais que ultrapassada para estes delitos, a de duelos sob a tradição dos códigos de honra de cavaleiros e cavalheiros⁶.

Sabendo que, genericamente, as lesões da honra têm em vista a violação da integridade moral pessoal através de palavras ou de atos⁷, podemos adiantar que, em termos de responsabilidade criminal, a injúria consiste num ataque direto de alguém a outra pessoa, sem intromissão de terceiros⁸, «imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de

³ TAVARES, Juarez, «Anotações aos crimes contra a honra», in: Helena Regina Lobo da Costa (coord.) *RBCC*, Ano 20, Vol. 94, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 90.

⁴ Cfr. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 5 e 6.

⁵ Ainda que fossem outros direitos, v.g., o da Baviera Antiga e o do território austríaco, que já antes tivessem dado início à dilatação das figuras típicas que implicam a degradação da honra, como refere também TAVARES, Juarez, «Anotações», *op. cit.*, pp. 90 e 91.

⁶ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 761.

⁷ BORCIANI, Alberto, *As ofensas à honra (os crimes de injúria e difamação)*, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1940, p. 5.

⁸ Vide COSTA, José de Faria, «Artigo 181.º (Injúria)», in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial: Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 933.

suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração», tal como é previsto no artigo 181.º do CP português, sujeitando-se o autor a uma pena de prisão até 3 meses ou pena de multa até 120 dias. Em todo o caso, a proteção jurídica expande-se ao campo do direito civil, por efeito do artigo 70.º do CC português que consagra a tutela geral dos direitos de personalidade, precisamente «contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa» à personalidade física ou moral⁹. Mais à frente incumbir-nos-emos de produzir as devidas considerações acerca destas normas.

1.2. A evolução do tipo legal na legislação penal portuguesa e a sua distinção entre difamação, calúnia e denúncia caluniosa

a) A injúria, no que à norma de incriminação é referente, teve outras facetas muito além do que estabelece a norma do atual artigo 181.º previamente mencionado. Nesse seguimento, aludimos a uma descrição necessária dos tipos legais antecessores, intimamente ligados aos que são delitos contra a honra.

A Lei de Liberdade de Imprensa francesa teve um papel importante por igualmente ter diferenciado legalmente, e pela primeira vez, a injúria da difamação, sendo aquela uma expressão de desprezo ou ultraje com direção a uma pessoa e esta já a atribuição de um facto desonroso, tal como indica o disposto no atual artigo 29.º¹⁰, estipulando pelo meio que a calúnia era simplesmente um crime de denúncia caluniosa contra uma pessoa ou uma administração¹¹.

De facto, a influência manifestou-se, num estágio inicial, na própria ordem jurídica portuguesa. O CP de 1852, tal como posteriormente o de 1886, puniam já no artigo 410.º a injúria como facto ilícito-típico, «não se imputando facto algum determinado, se for cometido contra qualquer pessoa publicamente, de viva voz, ou por escripto publicado, ou por qualquer meio de publicação»¹² ou ainda, adicionado já pela segunda codificação, «por desenho ou escrito publicado» ou «por gestos»¹³. Respetivamente, no primeiro código a pena prevista seria cumulativa de 3 dias a 3 meses de prisão e multa correspondente, e

⁹ MACHADO, Jónatas E. M., «Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas e equiparadas», in: *BFUDC*, Vol. 85, 2009, p. 92, e MENDES, António de Oliveira, *O direito à honra e a sua tutela penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 12.

¹⁰ Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?jsessionid=8FAB3CC1C59108>.

¹¹ Vide TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, p. 91.

¹² Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

¹³ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

para o segundo já seria a prisão correccional até 2 meses e multa até 1 mês. Denota-se de imediato que nem num preceito nem no outro é definido sem incerteza, para a relevância do tipo legal, o que é objetivamente injuriar alguém, ou seja, a razão de ser deste crime, todavia, pelo disposto no artigo 407.º dos mesmos códigos, se difamar traduz, já imputando ou reproduzindo factos, uma ofensa que se diz da *honra e consideração*, podemos dizer que também terá que estar o mesmo em causa quando houver injúria¹⁴.

A relembrar que à época o que fazia distinguir a difamação da injúria seria exatamente o modo de atuação do agente, até como temos já vindo a apresentar, reportando-se à injúria não a imputação de um facto concreto e determinado mas uma afirmação genérica que suporte um insulto, *v.g.*, «ladrão» ou «desavergonhado». Por outro lado, José Beleza dos Santos dá como exemplo de uma difamação uma pessoa dizer que certo indivíduo dissipou dinheiro do Estado, falsificou documentos ou burlou outrem, atente-se, sem isso necessariamente corresponder à mentira, uma vez que a lei exigia somente que a atitude do agente pudesse ser razoavelmente entendida como uma ofensa, qualquer que fosse a maneira em que a concretizasse (direta ou indiretamente; assertiva ou duvidosamente)¹⁵; mais, há logo aqui uma conotação de que os conceitos de difamação e injúria estão mais que vulgarmente relacionados com a prática de crimes ou outros ilícitos por parte do ofendido, os quais são dados a conhecer pelo difamador/injuriador, contudo tal não equivale forçosamente a um dos elementos típicos objetivos destes crimes no direito vigente¹⁶. Tende, por isso, a confundir-se a denúncia caluniosa com estes crimes, conforme veremos *infra*.

Inclusivamente pode adiantar-se que já nesta altura ambos eram considerados, pela doutrina e pela letra da lei, quanto ao bem jurídico, crimes de perigo e não de dano, na medida em que não se exige que a honra ou consideração fossem efetivamente lesadas, bastando a mera hipótese para a consumação do crime¹⁷; mais especificamente, perigo

¹⁴ Vide SANTOS, José Beleza dos, «Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria», *RLJ* (1959), Coimbra, 1959, p. 6.

¹⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 6 e 15-18.

¹⁶ Luis Osório refere o exemplo jurisprudencial de alguém afirmar que o filho da sua mulher não é dele, *apud* DIAS, Augusto Silva, *Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal: Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúrias*, Lisboa, A. A. F. D. L., 1989, p. 24.

¹⁷ SANTOS, José Beleza dos, «Algumas, *op. cit.*, pp. 6 e 7; MORAIS, Maria do Céu Santos, *Difamação e Injúria: princípios gerais*, *Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1950, p. 51; e NETO, João Manuel Fernandes, *Breves considerações jurídicas sobre o crime de injúria no direito criminal português*, *Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1962, pp. 2 e 3.

abstrato porque pouco importa se o ofendido tenha ou não percebido que foi injuriado (ver ponto 1.2., d)), sendo suficiente que a conduta do agente tenha sido adequada ou suscetível de atingir o bem jurídico protegido, o crime será então consumado com a simples prática do facto pois há uma presunção inilidível quanto à ofensa do bem jurídico¹⁸.

No entanto, Augusto Silva Dias defendia que deve ser um crime de dano e, por isso, a compreensão do destinatário é um elemento típico, ao passo que se não compreender, é punível a tentativa ainda assim; o que a nosso ver seria impraticável e, de facto, é contrário à lei¹⁹. Se este autor dá como exemplo demonstrativo, do que não equivale à lesão do bem jurídico, o caso de a imputação de um facto denegridor da honra ou de uma afirmação injuriosa ter como destinatário – tratando-se ou não do visado – alguém que não ouve, porque é surdo, ou que não entende, porque não domina a língua, é muito novo e não tem maturidade (ou, acrescentamos, porque é portador de uma qualquer deficiência ou anomalia psíquica que o impede de compreender o que lhe é dito), mas que já cabe numa situação de colocação em perigo da honra, então, podíamos concluir que esta mesma honra não comporta a mesma importância para pessoas com estas fragilidades, quando comparando-se com as demais²⁰. Estar dependente da percepção da ofensa é como se o valor da honra não existisse por si só até ao momento em que alguém “a percebesse”, como que carecesse de autonomia para ser relevante, e mais grave ainda na circunstância de não ser o destinatário o próprio ofendido pois a honra, que devia ser pessoal²¹, estará à mercê de um terceiro.

Num sentido aproximado daquilo que criticamos, José Beleza dos Santos dizia que menores, doentes mentais e pessoas sem sensibilidade bastante para sofrer com as ofensas têm o «direito a não serem ofendidos com qualquer injúria ou difamação» e que «estas ofensas podem prejudicar a sua readaptação a uma vida social correta»²². Por outro lado,

¹⁸ Vide GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal: Parte Geral e Especial – notas e comentários*, 2.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2015, p. 806.

¹⁹ O disposto no artigo 23.º, n.º 1, do CP tinha como regra a punibilidade da tentativa se o crime consumado respetivo fosse punido com pena superior a 2 anos de prisão, que, neste momento, são 3.

²⁰ Cfr. DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, pp. 22-24.

²¹ Evidenciado pela letra da lei do artigo 407.º, como nas *notas 12 e 13*. E tal como diz José de Faria Costa: «o inequívoco “detentor” do bem jurídico da honra é o próprio sujeito, a própria pessoa de quem ela é qualidade intrínseca ou atributo», em COSTA, José de Faria, «Artigo 180.º (Difamação)», *in*: Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial: Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 905.

²² SANTOS, José Beleza dos, «Algumas», *op. cit.*, pp. 9, 10 e 11 (e nota 1). O autor, citando Manzini, rejeita que na violação da honra esteja em causa somente o sofrimento que o visado tem, concorda que há interesse público em proteger a honra. Neste exato sentido, MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, p. 23.

discordamos do autor quanto à sua explicação, por assentar numa estrutura demasiado emocional, quando diz que a proteção é devida mesmo se o atingido por uma ofensa «se não *sentir* por elas atingido»²³ (itálico nosso). Portanto, nestes termos, a honra parece lembrar-nos um sentimento e não tanto um bem jurídico-penal. Será algo que discutiremos no próximo capítulo, até para que se chegue a um consenso.

b) Depois disto, a influência da lei francófona não mais se verificou. No ano de 1982, com o novo CP, surge uma mudança importantíssima no direito português quanto ao que é difamação e ao que é injúria, apesar do sucedido nalguns sistemas jurídicos em que foi mantida a diferenciação apreçada nas codificações portuguesas anteriores, como acontece, atualmente, na Alemanha²⁴. O primeiro crime figura agora no artigo 164.º, enquanto o outro aparece no artigo 165.º. O que agora bem difere é sim a quem é dirigida a ofensa da honra ou consideração²⁵. Só é ofendido com a prática de um crime de injúria a quem for diretamente²⁶ dirigido a imputação de factos ou o proferimento de palavras (que é o mesmo que formular juízos, na expressão legal utilizada para os elementos típicos da difamação), obviamente reconhecendo-se o desvalor desse comportamento²⁷. Tanto para um como o outro ilícito há a equiparação às injúrias verbais os gestos, injúrias escritas,

²³ SANTOS, José Beleza dos, «Algumas, *op. cit.*, p. 10.

²⁴ *Vide*, para maior aprofundamento, TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, pp. 91 e 92, na comparação dos artigos 185.º, 186.º e 187.º do CP alemão com o direito penal brasileiro, respetivamente, a injúria simples (cuja definição nem existe no código), a difamação e a calúnia.

²⁵ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php.

²⁶ No sentido contrário do já referido modelo alemão, também do suíço e do austríaco, que associam ainda a imputação dos factos à difamação e os juízos de valor, dirigidos ao ofendido de forma direta ou através de terceiros, à injúria. Ao invés, seguindo o modelo do regime jurídico-penal italiano vigente àquela data (pois sofreu alterações ambiciosas, ver *infra*), *vide ibidem*; DIAS, Augusto Silva, *Materiais, op. cit.*, p. 32; COSTA, José de Faria, *Código Penal, 2.ª Edição*, Coimbra: Quarteto, 2000, pp. 191-195; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 722 e 731.

²⁷ Além disso, a *reprodução* de factos ou juízos a que faz referência o preceito da difamação é um elemento objetivo do tipo a que não faz referência o preceito da injúria. Enquanto na injúria se trata somente de uma afirmação própria exatamente por haver uma convicção própria de que os factos ou juízos são corretos, aquela reprodução trata-se, por sua vez, de uma afirmação alheia por faltar a tal convicção própria. Na mesma ótica, DIAS, Augusto Silva, *Materiais, op. cit.*, pp. 12-15, defende uma solução mais razoável ao interpretar-se extensivamente as expressões «imputando-lhe» e «dirigindo-lhe» do artigo 165.º, incluindo-se assim a reprodução, porque não há impedimento do princípio da legalidade e a finalidade desta norma deve querer evitar a impunidade do agente para o caso de ele vir arguir que a autoria do que disse não lhe pertencia. É claro que, se a reprodução tiver sido feita para dar conhecimento ao ofendido de que há um boato desonroso a seu respeito, tal não será punível para ambos os crimes se, no mínimo e porventura, confrontando o disposto no atual artigo 186.º, n.º 1 (instituto da dispensa da pena), o ofendido aceitar as explicações do agente. O autor também confirma que a doutrina maioritária dá prevalência, na qualificação jurídica, à imputação de factos em detrimento da formulação de juízos se houver a sua conjugação, *apud* GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal, op. cit.*, p. 793.

imagens e outros meios de expressão, a que corresponde o artigo 166.º (artigo 182.º da última versão do CP)²⁸.

Quanto às consequências jurídicas, na difamação a pena prevista passa a ser a de prisão até 6 meses e pena de multa até 50 dias, já a injúria passou a ser punida com pena de prisão até 3 meses e com pena de multa até 30 dias.

Algo que também não deixa de ser importante é que em ambos os crimes está estabelecido que o tipo encontra-se preenchido quanto à imputação dos factos «mesmo sob a forma de suspeita». Não interessando então se são verdade ou não os factos imputados que dão início ao conflito juridicamente relevante. Normalmente serão os casos em que o agente tem a pretensão de atribuir a autoria dos factos a outra pessoa, *v.g.*, através de insinuações, interrogações, dúvidas ou da colocação em cenários hipotéticos²⁹. O que aqui releva é que quanto aos factos, e só estes, existe uma causa de exclusão da ilicitude no n.º 2 do artigo 164.º (artigo 180.º, n.º 2, do CP vigente), que mais adiante será pertinentemente analisada.

c) Finalmente, resultante do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, é alterado o código e é objeto dessa alteração as disposições quanto aos crimes em questão, representando-se tal como hoje estão consagrados³⁰. A difamação passa a estar vertida no artigo 180.º e a injúria no preceito seguinte, como vimos *supra*. De noção geral, trata-se de crimes contra a honra quando alguém imputa a outra pessoa, verbalmente ou por escrito, um facto, ou formula sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou mesmo através da reprodução dessa imputação ou juízo³¹.

As sanções criminais são já fixadas alternativamente, para a difamação a pena de prisão é até 6 meses ou pena de multa até 240 dias e para a injúria a pena de prisão é até 3 meses ou pena de multa até 120 dias. António de Oliveira Mendes realça ainda o facto de a sanção da injúria ser exatamente e de forma correspetiva – à pena de prisão e à de multa – reduzida em metade relativamente àquela da difamação, algo que o próprio não compreende. Na linha de pensamento de José Beleza dos Santos, o autor argumenta que

²⁸ Vide, para todo este parágrafo, MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, p. 33, não obstante de se direcionar para as normas do CP atualizado.

²⁹ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 777.

³⁰ Esta versão final das formulações normativas veio confirmar em definitivo e quase na totalidade o regulado nos anteriores artigos 164.º e 165.º, como refere Eduardo Correia, *apud* MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, p. 32.

³¹ Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/dicionarioterminologia/difamacao>.

quem injuria outrem na sua presença e destinado a este demonstra bastante audácia, desdém, inconsideração pela pessoa que pretende atingir e indiferença pelo facto que realiza, seja em que condições forem, independentemente do ofendido, neste contexto, ter mais apetência ou facilidade em se defender porque nem sempre tudo se passa assim. Ora, acrescenta o autor que, no momento, se acontecer a pessoa não responder à ofensa pode ser por motivo de estupefação (por não saber como reagir ou por ficar extremamente repugnado); contrariamente, pode haver quem não se sinta tão ofendido se for desonrado sem ter conhecimento de imediato (“pela calada”), sem ter testemunhado pessoalmente, porque inclusive será mais gravoso se a ofensa se der na presença de outras pessoas, obrigando o ofendido a assistir a todo esse circunstancialismo como quem «perde a honra duas vezes». Logo, já que o legislador incoerentemente decidiu alterar o que distinguia as duas normas proibitivas, ambos assumem que as sanções deveriam ser determinadas pelo julgador dentro da mesma moldura abstrata, seja perante um crime ou pelo outro, e a ter em conta a gravidade do caso concreto³².

Por sua vez, Augusto Silva Dias, prefere justificar a fixação desta moldura penal com a oportunidade de defesa direta que o ofendido, por estar ativamente presente, tem. Aquele que estiver ausente ou passivamente presente no momento da ofensa – na difamação – não tem hipótese de «neutralizar o efeito lesivo da honra» e provavelmente facilitar-se-á a difusão da ofensa devido ao envolvimento obrigatório, no mínimo, de um terceiro – a quem o agente se dirige; além do mais, para o autor, criticando a tese anterior, o agente que opte por ofender, aproveitando que não há presença ativa do ofendido, pode igualmente revelar a ousadia do próprio em maldizer e mesquinhar ou até a falta de frontalidade. Devemos realçar que esta tese não requer que o lesado venha, de facto, a replicar a ofensa, basta que tenha essa possibilidade³³. Parece ser mesmo com este

³² Vide MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, pp. 34-36.

³³ Vide DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, pp. 34 e 35. Mas diz COSTA, José de Faria, «Artigo 181.º (Injúria)», *op. cit.*, pp. 935 e 936, que, assim, o doente mental não conseguirá defender-se pois não tem essa capacidade. Acrescenta que é irrelevante se o ofendido e o agente estão no mesmo espaço físico, até porque se alguém insulta outra pessoa que está no mesmo comício, o que deve importar é a intencionalidade do agente, que foi que todos presenciassem a ofensa. Neste sentido, defende que se trata de uma difamação, dentro de um aparente ataque direto. O que realmente importa nestes casos que normalmente acontecem é o dolo do agente, ou quis dirigir-se ao visado ou a terceiro, *vide* GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal – Passo a Passo*, vol. I, 2.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2015, p. 364. E adianta este autor que também um doente mental ou uma criança devem ser protegidos pela norma da injúria, sendo o crime de perigo abstrato porque não há exigências típicas significativas na norma quanto à compreensão do destinatário.

propósito em pensamento que se procedeu, e bem, à reformulação legal dos tradicionais e principais crimes contra a honra³⁴.

d) Os factos ilícitos-típicos respeitam a exigência de que ofendam a honra ou a consideração. Mas mais uma vez, a norma sobre a qual nos cabe tecer a maior das análises de forma crítica é a do artigo 181.º, n.º 1, pois é esta que prevê a incriminação da injúria, sem prejuízo do auxílio e apoio que providenciará a consideração dos demais preceitos do capítulo VI do mesmo código, especialmente, em muitas das vezes, a comparação com a incriminação da difamação, visto que o bem jurídico em causa é irrefutavelmente o mesmo, só contrastando que é através de um terceiro que é feita a imputação ou juízo para ofender indiretamente o visado³⁵. Sabendo que o direito penal italiano não quis deixar de se imiscuir sobre o tema em discussão, levando avante uma mudança legislativa primordial em múltiplos sentidos, também não podíamos deixar de discutir o crime de injúria, cuja norma do CP italiano que a previa era em muito semelhante à do CP português desde pelo menos 1982³⁶. Outro motivo está relacionado com o facto de que foi relativo àquela norma que foi suscitada a questão da sua conformidade constitucional no ordenamento jurídico português.

Acima de tudo, o crime de injúria representa o foco dos crimes contra a honra, constituindo os restantes – no que determina o nosso ordenamento jurídico como principais ilícitos, a difamação e a calúnia – apenas formas mais gravosas do seu cometimento³⁷ e, portanto, cremos que a sua discussão ínsita no direito penal será exigível e bem recebida, em respeito do princípio da fragmentariedade do direito penal.

Muito embora alguns autores, como Paulo Pinto de Albuquerque, tomem a difamação e a injúria como crimes de dano, de acordo com uma interpretação literal do mais recente texto-norma de ambos os preceitos, levando a que, desta maneira, seja requerido a lesão efetiva da honra com o exercício da conduta relevante para a consumação

³⁴ Vide Ac. do TRC, de 10/10/2012, Processo n.º 72/10.0GAACN.C1, ponto I, pois «na difamação o ofendido está ausente, daí que a ofensa seja enviesada, porque recorre a um terceiro ao invés de ser dirigida ao ofendido ou na presença do ofendido. É este enviesamento, tergiversação, subterfúgio que leva, precisamente, à *maior severidade* da punição da difamação precisamente porque não estando o ofendido presente não toma conhecimento imediato do facto, não pode tomar medidas, *não se pode defender.*» (itálico nosso).

³⁵ DIAS, Augusto Silva, *Materiais, op. cit.*, pp. 32 e 33.

³⁶ TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, p. 91, e MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, p. 34.

³⁷ Vide TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, p. 101, fazendo referência às normas do direito penal brasileiro.

do crime³⁸, outros como António de Oliveira Mendes (já em 1996), M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio – que defendem para a consumação do crime a percepção material do conteúdo da ofensa pelo destinatário, quer seja no mesmo momento (v.g., por mensagem de telemóvel) ou mesmo lugar (v.g., por videoconferência) ou não do comportamento injurioso do agente, isto é, a suficiência da captação da mensagem mesmo que sem a compreensão inteira do seu carácter desonroso – propendem para a consideração da perigosidade da ofensa a que estão associados estes crimes, por serem instantâneos e porque ficam consumados mesmo sem o resultado. A razão está em poder avaliar-se vários graus de ofensa ou de perigo de ofensa, ora, para perceber o nível do desvalor da ofensa – a despeito da difícil comensurabilidade entre o que é a violação da honra para certas vítimas e o que é para outras – pois há de sempre aferir-se a gravidade da agressão ou o perigo dela em função do concreto conteúdo, amplitude e extensão do bem jurídico protegido³⁹, aquele que tentaremos desconstruir no próximo ponto.

Adicionalmente, teremos que concordar com António de Oliveira Mendes, e eventualmente ir mais além, no seu entendimento de que a lei penal portuguesa em nada concretiza sobre a gravidade da ofensa no âmbito da injúria e da difamação, havendo que com isso abarcar obrigatoriamente todos os tipos de ofensa, sejam eles mais ou menos graves, mas ressaltar que é por não existir esse critério distintivo que poderá o juiz vir a subsumir à (s) norma (s) um qualquer facto que, pela sua bagatela, não tenha sequer dignidade penal para tanto⁴⁰. Ademais, poderemos afirmar que uma omissão assim no texto legal da norma do artigo 180.º, n.º 1, bem como do artigo 181.º, n.º 1, *a contrario sensu*, significa que o legislador penal preferiu, talvez inadvertidamente, deixar em aberto a questão da vontade do direito penal em como «não pretende intervir em trivialidades»⁴¹. Não é certo que valha de igual modo para todos os casos o simples «consenso na generalidade das pessoas (...) sobre o que razoavelmente se não deve considerar ofensivo (...), sobre o comportamento que deve nortear cada um na convivência com os outros» com

³⁸ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário, op. cit.*, pp. 723 e 731.

³⁹ *Ibidem, op. cit.*, pp. 731 e 732; MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, p. 37; e GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal, op. cit.*, p. 806, recordando que alguma jurisprudência ainda propugna pela compreensão do destinatário para efeitos de relevância do tipo.

⁴⁰ Cfr. MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, pp. 37 e 38.

⁴¹ E, *a contrario sensu*, do que argumenta FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005, pp. 317-319, quanto aos crimes contra a autodeterminação sexual por suporem a prática de «ato sexual de relevo» e quanto ao crime de danos contra a natureza, do artigo 278.º do CP, por utilizar-se termos como «em número significativo» ou «gravemente».

vista a determinar-se o que punir ou não punir, porque o problema não está nos limites que a maioria das pessoas sabe que não devem ser ultrapassados e que também cada um os deverá (em princípio) conhecer mas no discernimento, previamente vinculativo ao legislador⁴², quanto aos comportamentos relativamente aos quais se exigirá um mínimo de respeito, comprovando a incriminação do comportamento, e a que outros tantos bastarão as regras de civismo e de boa educação, provocando a inação do direito penal⁴³.

e) Continuando a indagação sobre o tipo objetivo dos crimes em causa, aquela causa justificativa especial da ilicitude não deixa de assumir o seu devido peso neste enquadramento. Denominada por *exceptio veritatis*, não consiste num elemento negativo da tipicidade, exprime sim o princípio da ponderação de interesses, neste caso, entre o direito à honra e a realização de interesses legítimos, mais a verdade, o direito à informação e a liberdade de expressão⁴⁴. Ou seja, é como se a lei fizesse sobressair os outros direitos/interesses que se encontram no polo oposto à honra, tomando como verdadeiramente injurioso aquilo que seja falso. Efetivamente existe uma presunção de falsidade das imputações desonrosas, como garantia da proteção do direito ao bom nome e reputação, onerando o ofendido apenas na prova da ocorrência dessas imputações de factos⁴⁵.

Assim se percebe a razão pela qual a conduta só não é punível, como ditam os artigos 180.º, n.º 2 a 5, e 181.º, n.º 2, do CP, se, cumulativamente, tratarem de factos imputados ou reproduzidos, com o fim de realizar interesses legítimos (e já não somente público legítimo, ora mais restrito, ou por outra justa causa qualquer, como era na redação de 1982 do preceito), tendo o agente que provar a verdade dos factos ou ter um fundamento sério, em boa fé (isto é, se cumpriu o dever de informação consoante as circunstâncias do caso concreto, com a convicção da verdade dos factos⁴⁶), de que se

⁴² É ele quem, no fundo, sancionará criminalmente um comportamento, claro está, só a partir do que o conceito material de crime pressupor que ele pode e deve criminalizar, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 106 e 107.

⁴³ Cfr. MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, pp. 37-39.

⁴⁴ *Vide* GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 800; DIAS, Augusto Silva *Materiais*, *op. cit.*, p. 37, que acredita que esta causa de exclusão da ilicitude derroga a aplicação do direito de necessidade (artigo 34.º do CP), por aquela ser especial e ter um âmbito de aplicação maior, contudo na versão do artigo 164.º não existia o aditamento do n.º 3 do artigo 180.º que permite o funcionamento normal de outras causas de exclusão da ilicitude, como refere MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁵ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 780.

⁴⁶ Respetivamente, a vertente objetiva e subjetiva da boa fé, nas palavras de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, p. 727.

reputam como verdadeiros e que não incidam sobre a intimidade da vida privada e familiar⁴⁷.

Quanto à determinação do conceito de factos ofensivos da honra é recomendável, a nível prático, a sua diferenciação em contraposição com os juízos de valor que, de todo o modo, já foi parcialmente inaugurada. Pode dizer-se que os factos afirmados consistem em acontecimentos da vida real, assumindo vários tipos de expressividade, quanto mais, relembre-se, sob a forma de suspeita, ao passo que os juízos de valor são tidos por raciocínios também com algumas manifestações menos claras (como insinuações), abrangendo num sentido amplo opiniões, comentários pessoais, crenças, sentimentos, convicções morais, conectados com as reações emocionais e apreciações subjetivas do indivíduo, logo têm um papel primordial, além do seu contributo no sistema político-democrático, no livre desenvolvimento da personalidade e na dinamização comunicativa dentro dos vários subsistemas sociais⁴⁸. Todavia, esta diferenciação é meramente tendencial pois, respetivamente, os primeiros podem ter elementos subjetivos e os outros podem surgir de realidades objetivas, e ambos são elementares ao discurso, como indica Jónatas E. M. Machado. Facilmente dá-se a alternância entre valorações e factos, o que permeia a sua confundibilidade e dificulta o seu tratamento jurídico, o que igualmente leva este autor a concluir que podem existir juízos de valor que suplantam a característica, por vezes típica, de ambiguidade e indeterminação de certos factos e que suportam níveis muito superiores de objetividade, apelidando-os de afirmações de valor⁴⁹. Por consequência, parece que pouco sentido faz não relevar os juízos de valor na causa de exclusão da ilicitude, na medida em que pode haver realmente quem diga a verdade mesmo que proferindo opiniões; aliás, Francisco Teixeira da Mota, indo mais longe, aponta que o TEDH já veio dizer que os juízos de valor ou opiniões – tendo embora alguma base factual, e então confirmando a tese que vimos descrevendo – não são verdadeiros nem

⁴⁷ Vide, para melhor desenvolvimento, MENDES, António de Oliveira, *O direito*, op. cit., pp. 60-77; GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, op. cit., pp. 800-803; e, sobre os factos relativos à intimidade da vida privada e familiar, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, op. cit., pp. 727 e 728.

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, op. cit., pp. 723 e 724, e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, op. cit., pp. 786 e 787.

⁴⁹ Vide, para maior aprofundamento, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, op. cit., pp. 787-789.

falsos mas personalizáveis e, por isso, não haverá motivo para condenar (penalmente) alguém por ter opiniões, sejam elas mesmo assim caracterizadas como falsas⁵⁰.

Quanto ao requisito dos *interesses legítimos* importa só reforçar que não se confundem com *justa causa*, mas podem incluí-la, e que são referentes a uma situação de interesse particular e de cada um, e não de interesse geral ou coletivo como naturalmente são, por outro lado, os *interesses públicos legítimos*. Neste seguimento, estes interesses legítimos podem ter uma natureza pública ou privada, e M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio afirmam que se exija apenas o prosseguimento de uma finalidade digna de tutela jurídica. Não obstante, também se afigura manifestamente que tais interesses se cinjam, na maioria das vezes, à esfera do discurso público que é amplamente aberta, crucial para o desenvolvimento da informação e opinião pública e da vontade política, não só estando pois envolto o interesse geral mas também quando os factos versem sobre o comportamento de figuras públicas e o bom funcionamento de instituições públicas (v.g., políticas, administrativas, judiciais; ou até entidades empresariais que lidem, por exemplo, com a banca, a educação e os partidos políticos)⁵¹.

Quanto ao requisito da prova da verdade, ele acaba por ser algo controverso pois essa prova – decorrente de uma ampla presunção de inocência do ofendido quanto às afirmações de facto que o visam, conflituando assim com a presunção de inocência do arguido quando este apenas se devia defender das acusações que o fazem constituir nessa qualidade e porque seria a melhor solução condizente com a liberdade de expressão, inclusive dos particulares, e possibilitando um menor custo de litigância⁵² – pode tornar-se difícil de conseguir, dependendo de determinadas situações e condicionantes, mesmo que

⁵⁰ Pelo contrário, os factos ou são verdadeiros ou são falsos, *vide* MOTA, Francisco Teixeira da, «Liberdade de expressão – a jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses», *in: Julgar*, n.º 32, Coimbra, Editora: Almedina, 2017, p. 184.

⁵¹ *Vide*, para todo este parágrafo, MACHADO, Jónatas E. M., «Liberdade de expressão, *op. cit.*, pp. 86 e 87, e *Liberdade, op. cit.*, pp.783-785; GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal, op. cit.*, pp. 800-803; e MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, pp. 60-77, que critica a alteração normativa para os meros interesses legítimos, por entender que desde a versão do artigo 164.º o que estava implicado era mormente o conflito da honra com a liberdade de expressão mas na dimensão institucional do direito de informação, gerando a aplicação da cláusula de exceção somente no domínio em que fosse exercida a função pública pelos meios de comunicação social, que é uma das suas atividades, relembrando o autor que foi com esta finalidade legal que a norma foi criada em 1982. O «interesse público legítimo» concordava com a atividade democrática e pluralista em matéria social, política, económica e cultural, e diz o autor que se ele não é mais (o único) exigido, bastando um mais amplo e abstrato, o direito à honra fica muito mais vulnerável aos “atentados” perpetrados pelos funcionários da comunicação social, todavia também ele admite que os jornalistas estão vinculados ao direito-dever e a normas deontológicas da sua profissão.

⁵² *Vide* MACHADO, Jónatas E. M., «Liberdade de expressão, *op. cit.*, pp. 88 e 89, ainda que o autor dê ênfase à desproteção sentida pelos órgãos da comunicação social e derivados aquando da investigação e publicidade crítica de matérias de interesse público ou em que protagonizem figuras públicas.

os factos sejam totalmente verdadeiros, e assim o agente, apesar do seu esforço, não conseguiria beneficiar desta norma. Além do mais, aquele que imputar o facto através de meio de comunicação social, que não será pouco habitual, poderá ser condenado por um crime qualificado de difamação ou injúria, segundo o artigo 183.º, n.º 2, do CP, e com pena de prisão efetiva⁵³. De qualquer modo, a prova que se exigirá em nada tem a ver com a prova a ser produzida num processo penal cujo fim corresponde à condenação de um arguido, bastando por isso a alternativa à prova da verdade, ou seja, a convicção séria, mas não de grau elevado de certeza, de que os factos são verdadeiros, ainda que perante a realidade coincidam com condutas falsas. E, é claro, se o agente demonstrar que agiu em boa fé e jamais dolosamente⁵⁴.

O que geralmente contende com aquela presunção de inocência do ofendido é a procura da verdade, que é precisamente uma das principais finalidades do direito à liberdade de expressão. Se o entendimento for propulsar essa procura estimulando um efeito não inibidor e prevenindo a auto-censura num Estado de Direito Democrático, beneficiarão daquele direito não só os jornalistas mas o público em geral também. De facto, o dever de objetividade e cuidado dos profissionais da comunicação social na prossecução da sua atividade ligada ao interesse público, que passa pela verificação de determinadas regras deontológicas e profissionais, só a eles lhes vincula, dentro do razoável, portanto, não se pode na mesma medida obrigar a generalidade das pessoas a ter tais cautelas no momento de exercer a sua liberdade de expressão, contando mesmo com uma maior margem para exageros e abusos⁵⁵. É neste sentido que queremos frisar que para este trabalho, ao levantar-se a questão sobre a subsistência da necessidade da incriminação da injúria, interessa-nos o debate sobre o que cada um dos indivíduos ainda pode ou devia poder dizer, no seio da ação pública mas principalmente privada, a que não tem conexão com toda a panóplia do discurso público, mas pertencente ao desígnio pessoal, quando dirigindo-se a outra pessoa, inserida no mesmo plano ou em circunstâncias idênticas⁵⁶.

⁵³ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário, op. cit.*, p. 735, que dá como exemplo os casos de discurso de ódio e de incitamento à violência, em que o TEDH admite excepcionalmente a aplicação da pena de prisão por em causa estarem direitos fundamentais seriamente prejudicados. Porém, se o litígio se sucedesse perante o ordenamento jurídico-penal português, dificilmente podiam incluir-se este género de condutas no campo de aplicação da norma do artigo 183.º, n.º 2, porque está em causa algo muito mais grave que o simples direito à honra, competindo sim a punição desses factos ao tipo legal do artigo 240.º do CP.

⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M., «Liberdade de expressão, *op. cit.*, pp. 89-91.

⁵⁵ *Ibidem*, e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 790.

⁵⁶ Tanto o artigo 180.º como o 181.º são pensados para «uma universalidade de possíveis autores, e não para uma particular categoria de infractores, *maxime* jornalistas.», *vide* GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal*

Em todo o caso, havendo pois respeito pela *ratio* da lei nesta regulação jurídica, fará sentido que ela comporte o agravamento da moldura penal abstrata quando o agente conhece, tem consciência da falsidade dos factos, como revela o artigo 183.º, n.º 1, alínea b), do CP, que estipula a calúnia, por sua vez, diversa da denúncia caluniosa por referir-se à imputação de factos criminosos, prevista já no artigo 365.º. O primeiro crime, um possível agravamento do tipo legal da difamação e da injúria, compreende um facto (e não juízos de valor) que não corresponde à verdade histórica, se bem que o excesso e o exagero dessa verdade eventualmente integrantes da imputação, caso sejam atinentes a um aspeto essencial do facto, também se incluem para a relevância do tipo objetivo⁵⁷.

f) Um dos problemas mais comuns, ora da difamação, ora da injúria, é a sua estreita relação sobretudo com a alegação da prática de atos criminosos⁵⁸, o que na maior parte das vezes caracteriza a conduta ofensiva da honra e permeia o intento do ofensor; estando interligado ao crime da denúncia caluniosa – que tipicamente se verifica quando alguém, pelo menos publicamente, denuncia ou lança suspeita, por qualquer meio, de que determinada pessoa (no mínimo, determinável) praticou factos idóneos a provocarem um procedimento criminal (n.º 1), disciplinar ou contra-ordenacional (n.º 2) – é provável gerar-se confusão na qualificação jurídica dos factos, até porque o crime de denúncia caluniosa consome o da calúnia⁵⁹, devido ao cariz falso do conteúdo (mesmo que contenha alguns elementos verdadeiros), e à sua criminalização, no entender da doutrina e jurisprudência recentes, proteger igualmente a honra e consideração, além de outros bens jurídicos como diretamente a realização da justiça⁶⁰. De sorte que, a solução que melhor resolve este problema não pode ignorar a preferência pela punição da denúncia caluniosa e, assim, a distinção entre ambos os crimes mais veementemente se assinalará, como é devido, todavia, há outra particularidade. Para o preenchimento do tipo subjetivo exige-se um dolo qualificado, na medida em que exige indissociavelmente à consciência da falsidade da imputação a intenção de que contra o visado se instaure um procedimento, de qualquer que

Português. Anotado e comentado. Legislação complementar, 18.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 665.

⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário, op. cit.*, p. 733.

⁵⁸ Onde também se conta a adoção de condutas pessoais, sexuais, económicas ou profissionais consideradas eticamente reprováveis. MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 779.

⁵⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário, op. cit.*, p. 734.

⁶⁰ Vide Ac. do TRP, de 01/10/2014, Processo n.º 4720/13.1TDPRT.P1, ponto 3.2.; GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal, op. cit.*, pp. 1267 e 1268.

seja a índole⁶¹. Ou seja, nem todos os factos suscetíveis de caberem no crime de calúnia podem ser subsumíveis à norma do artigo 365.º, apesar da tipicidade deste crime se aproximar em muito aos crimes contra a honra.

g) Também o instituto da dispensa da pena, vertido, especialmente, no artigo 186.º do CP, tem a sua pertinência no que toca a esta confrontação que temos vindo a destapar e iremos desenvolver já a seguir, da honra com a liberdade de expressão. No n.º 1 é expresso o primeiro caso de dispensa da pena que aponta a obrigatoriedade do tribunal que ajuíza o processo de não aplicar a pena ao arguido, aquando do proferimento da sentença, se o mesmo se desculpar a partir de explicações ou esclarecimentos diante do tribunal, e apenas se o ofendido ficar satisfeito com tais esclarecimentos que não têm de ser acompanhados de prova nem necessariamente do arrependimento, uma vez que a lei não o exige⁶². Diferentemente, no n.º 2 temos já uma dispensa da pena facultativa, a qual somente pode ocorrer se se verificarem os demais requisitos gerais cumulativos da dispensa da pena⁶³ (consoante o artigo 74.º, n.º 1 e 3), tal como no n.º 3, contudo aquela denomina-se por *provocação*, por a ofensa ser resposta, advirta-se, proporcional, a uma conduta ilícita – civil, porque, ao contrário, se fosse penal, a reação do agente caberia na legítima defesa – ou repreensível do ofendido, e esta trata-se já de uma *retorsão*, isto é, a ofensa só acontece depois de o sujeito se ver ofendido na sua honra⁶⁴.

No fundo, a decisão final sobre a dispensa na pena, no primeiro caso, está unicamente dependente do carácter satisfatório dos esclarecimentos dados pelo agente, e só dele, enquanto nos outros dois casos essa decisão pertence em definitivo ao tribunal, não de forma arbitrária, podendo inclusive na retorsão ser dispensada a pena a ambos os agentes⁶⁵. Ao longo desta explanação feita chega a ser perceptível a recorrente disceptação existente numa realidade que nada menos se apresenta como o pináculo de farelos na forma de impropérios. Veja-se o exemplo da retorsão, num caso concreto em que o arguido riposta, no mesmo ato e em sequência imediata e direta, a uma ofensa à sua honra através

⁶¹ Vide *Ac. do TRP*, de 01/10/2014, Processo n.º 4720/13.1TDPRT.P1, ponto 3.2.

⁶² Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, p. 738.

⁶³ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 738 e 739, salvo o requisito atinente aos limites da pena aplicável ao crime, visto que apenas desta forma pode ser aplicado este instituto a favor de quem for declarado culpado por crimes de difamação ou injúria agravados e qualificados.

⁶⁴ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, pp. 739 e 740; e, para todo este parágrafo, DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, p. 33, e GARCIA, M. Míguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, *op. cit.*, pp. 814-816.

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, pp. 739 e 740.

de outra, respondendo com «“filho da puta és tu”, “porco és tu”, “és um covarde”» quando o ofendido tinha anteriormente proferido algo como «“prendam-no, é este o pedófilo, o drogado”, “deixa o meu filho em paz”, “filho da puta”, “porco”»⁶⁶. É certo que tais condutas são socialmente reprováveis e, pelos próprios envolvidos, evitáveis, contudo dificilmente deixam de revelar doestos que refletem essencialmente o vilipêndio das regras da boa educação e do “saber estar” social. O direito penal não devia nem pode intervir sempre que exista o afrontamento, que chega a ser habitual, entre duas pessoas que se ofendem mutuamente de forma idêntica e mais ainda no contexto informal. O tribunal deu como provados os factos de que o ofendido, «médico ginecologista/obstetra, tendo em virtude disso reconhecimento no meio social (...) sentiu-se envergonhado e vexado perante as pessoas que assistiram» e que o arguido é «pessoa de boa índole, carácter reconhecido, trabalhador, socialmente integrado e reputado como pessoa tranquila e de bom trato»⁶⁷, porém, nenhum dos sujeitos terá sido cauteloso o suficiente para contornar o desleixo emotivo e, porventura, instintivo mas perpetrador de insultos, por muito que fosse um outro tipo de postura social com os outros indivíduos que os singularizasse. Por isso é que não defendemos a indiferença quanto a estes comportamentos pelo direito e, pela mesma razão, urge o delineamento sobre aquilo que gera responsabilidade criminal por conter uma violação grave à honra.

h) Numa breve menção ao tipo subjetivo dos crimes de difamação e injúria simples, na ordem jurídica portuguesa, estes são dolosos de acordo com o artigo 13.º do CP⁶⁸. Não é exigido, portanto, o *animus diffamandi* (um dolo específico), ou especialmente para a injúria o *animus injuriandi*, a partir de 1982, sendo suficiente sim o dolo em qualquer modalidade do artigo 14.º, isto é, a consciência e a vontade da ofensa por parte do ofensor⁶⁹. Nada disto impossibilita a concordância do visado com o conteúdo da comunicação do agente, afastando então a responsabilidade criminal pois o acordo funciona como uma causa excludente da tipicidade do facto⁷⁰.

⁶⁶ *Ibidem*; Ac. do TRP, de 18/01/2012, Processo n.º 159/09.1PIVNG.P1, ponto 2. a).

⁶⁷ *Vide Ac. do TRP, de 18/01/2012, Processo n.º 159/09.1PIVNG.P1*, ponto 1.

⁶⁸ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 775 (e nota 1757).

⁶⁹ Tal como refere o Ac. do STJ, de 08/04/1999, Processo n.º 99P104, *vide* GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 794.

⁷⁰ *Vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, pp. 724 e 725.

2. O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CRIME DE INJÚRIA

Nesta fase em que podemos ter uma clara perceção do que significa a injúria, procedemos agora ao que ela alude. Todo e qualquer facto ilícito-típico dita a proteção de bens jurídicos, ao mesmo tempo obriga a que outros fiquem desprotegidos. Por se tratar de direitos fundamentais, impõe-se a concretização individual de cada um, historicamente situada, e o levantamento do relevo das suas dimensões jurídicas neste problema, para posteriormente entendermos esta colisão de direitos manifesta no âmbito penal da injúria.

2.1. O direito à honra como o direito tutelado. A natureza do bem jurídico e suas conceções

a) A despeito da ideia de consensualidade e de compensação inerente ao regime jurídico-criminal da injúria (e da difamação), aliada à previsão da dispensa da pena e à natureza particular do crime⁷¹, como confirma o artigo 188.º do CP, não pode relativizar-se a questão por detrás da criminalização da injúria e do respetivo bem jurídico pois, para além de existirem frequentemente considerações dissidentes acerca dele⁷², o estudo e a análise de um qualquer bem jurídico, *substratum* do tipo legal, promete a valoração ou qualificação desse mesmo tipo legal, ou seja, sustenta-se uma forma de se aproximar ao enquadramento da área incriminadora e de se achar a determinação da norma incriminadora⁷³.

Tal como foi dito anteriormente, é notório que o direito penal tem uma função principal de proteger bens jurídicos, mas não todos. Preciso é que se determine um bem jurídico com dignidade penal, contanto que o objetivo final seja a penalização de um comportamento para preservar esse bem⁷⁴, visto que a normativização da conduta incriminadora não servirá somente para a reafirmação da norma vigente e porque com ela a lesão que se quer evitar não é a da vigência da norma mas a lesão do bem jurídico, o

⁷¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 743.

⁷² Cfr. COSTA, José de Faria, «Artigo 180.º (Difamação)», *op. cit.*, pp. 904 e 905. É crime particular aquele cujo procedimento depende da prévia constituição como assistente da pessoa com legitimidade para tal (normalmente o ofendido na sua honra), e é o titular da queixa que depois decide acusar ou não (havendo o risco de processos irrelevantes terem, logo à partida, o seu início), podendo o Ministério Público, se sim, também deduzir acusação (artigo 50.º, n.º 2, do CPP), *vide* <http://www.ministeriopublico.pt/crime-particular>.

⁷³ COSTA, José de Faria, *Noções*, *op. cit.*, pp. 166 e 167.

⁷⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 13.

verdadeiro objeto de proteção⁷⁵. Presentemente cumpre analisar o valor que traduz um bem jurídico e que, como tal e até à data, no nosso ordenamento jurídico, merece a tutela penal, falamos sim da honra. Acerca daquela determinação, do conceito de bem jurídico-penal e do devido merecimento da pena trataremos no lugar certo.

Adiantamos simplesmente que bem jurídico, à primeira impressão e um pouco despido ainda de alguma relevância jurídico-penal, define-se, apesar de não haver uma noção unanimemente consentida e de não se poder afirmar enquanto conceito fechado, como o que expressa «um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso»⁷⁶. Só no princípio do século XIX é que a noção de bem jurídico se exaltou, motivado pelo pensamento iluminista, embora tendo sido introduzida por Birnbaum com o intuito de punir comportamentos que agredissem um conjunto de substratos de conteúdo individualista e liberal, assim fazendo equivaler um bem jurídico aos interesses primordiais do indivíduo⁷⁷ e no qual eventualmente já se inserisse a honra dada a sua marca histórica. Dentre várias modalidades do conceito que Jorge de Figueiredo Dias aborda, mas já numa verdadeira perspetiva jurídico-criminal, aquela que hoje mais se impõe é a conceção teleológica-funcional e racional do bem jurídico, que significa que o bem jurídico tem de possuir certas características como ter um dado conteúdo material autónomo do texto-lei, representar um padrão crítico de normas já constituídas ou por constituir – essencial para a criminalização ou descriminalização legítimas – e, por fim, beneficiar de uma orientação político-criminal, em adequação ao sistema jurídico-constitucional⁷⁸, como iremos ver também, mais ao pormenor, a partir do próximo capítulo.

Quanto ao bem jurídico que se diz ser protegido nos crimes contra a honra (e indicamo-los desta maneira porque é esse a denominação que decorre da epígrafe do capítulo VI do CP, tal-qualmente na doutrina e na jurisprudência), e em especial na injúria. É um facto que uma das maiores controvérsias apontadas à liberdade de expressão envolve a tutela jurídica desse bem jurídico, redobradamente no âmbito penal porquanto o impacto

⁷⁵ ROXIN, Claus, «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova», Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *RPCC*, ano 23, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 10-12.

⁷⁶ Nas palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 115; COSTA, José de Faria, *Noções*, *op. cit.*, p. 165; e *vide*, para o contributo do conceito de bem jurídico nesta fase, CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*” – *uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pp. 29 e ss.

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *op. cit.*, pp. 115-117.

restritivo da liberdade de expressão começa por ter repercussões e desenvolvimentos no direito constitucional⁷⁹. Portanto, em ordem à sua explicação, as opiniões doutrinárias são várias, muitos já se dedicaram ao assunto e claro que há quem convirja nas ideias que são apresentadas, todavia podemos partir de princípio que estamos diante de um crime cujo bem jurídico apresenta duas características basilares: «pessoalíssimo e imaterial», como o diz José de Faria Costa. Entre outros⁸⁰, o autor relembra, a fundo, a discussão doutrinária que contrapõe fundamentalmente duas concepções da honra: a *fáctica* e a *normativa*⁸¹. Todavia, ela também é usualmente categorizada entre a honra subjetiva e a honra objetiva, aspetos dela que não serão tão inconfundíveis comparando com o referenciado precedentemente⁸². Se até então a doutrina não havia chegado a uma noção exata do conceito de bem jurídico, dificilmente compor-se-ia uma unidimensional conceitualização homogénea do próprio bem jurídico da honra⁸³, o que é justificado inclusive pela sua imaterialidade. Antes de mais, pode já confirmar-se que é a tese mais bem aceite, no direito português, a que defende que no artigo 26.º, n.º 1, da CRP se encontrará o tão exigível referente constitucional⁸⁴ que se pretende garantir em detrimento de outro direito constitucionalmente protegido (além da própria liberdade, no caso de aplicação da pena de prisão, a liberdade de expressão), tratando-se do direito (pessoal) ao bom nome e reputação⁸⁵, no fundo, a honra e/ou a consideração, como iremos observar.

b) A primeira concepção definidora do bem jurídico da honra estabelece que a ofensa à honra pressupõe uma alteração empiricamente comprovável de certos elementos de facto, tanto numa vertente interior e psicológica como numa vertente exterior e social, o que leva, respetivamente, à tal dicotomia entre honra subjetiva e honra objetiva.

Subjetiva ou interior/interna porque conta-se com o juízo de valor que cada um faz de si mesmo, sendo o indivíduo o objeto dessa valoração devido à permeabilidade do seu

⁷⁹ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 760.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, pp. 723 e 731; TAVARES, Juarez, «Anotações», *op. cit.*, pp. 93 e ss.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010, pp. 38 e ss.

⁸¹ *Vide*, essencialmente, COSTA, José de Faria, «Artigo 180.º (Difamação)», *op. cit.*, pp. 905-911, e «Artigo 181.º (Injúria)», *op. cit.*, p. 933, para toda a explanação que se aproxima sobre ambas as concepções.

⁸² TAVARES, Juarez, «Anotações», *op. cit.*, pp. 92 e 93.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, p. 17; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, *op. cit.*, pp. 723 e 731; e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 759.

⁸⁵ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 775; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 52.

conteúdo que resulta de quando configura a sua própria personalidade. É o que ele acha a partir de uma percepção pessoal, em síntese, dos seus hábitos, da relação com os outros, da sua posição na sociedade e das suas qualidades espirituais e físicas. Muito embora este conceito fique descuidado a partir do momento em que a sua concretização provém do sentimento individual e íntimo⁸⁶, da própria dignidade e decoro, da estima de que cada um goza e de que só cada um sabe, porque, desse modo, será impossível medir uma agressão da honra, estando ela inteiramente subordinada ao “eu” e então intocável por mais ninguém⁸⁷. Igualmente, por isso, ignorar-se-iam como titulares deste direito – que mais parece corresponder a um misto de emoções – as pessoas que são portadoras de reduzida auto-estima, tais como «as crianças, os doentes mentais e, em geral, todos os que por qualquer incapacidade não sentem a ofensa, como dele beneficiariam, ao invés, os egocêntricos que se sentem molestados por expressões que não possuem um sentido objetivamente injurioso.»⁸⁸; Augusto Silva Dias depreende ainda que a ideia da honra subjetiva dará azo a uma proteção penal ineficaz e claudicante, ao mesmo tempo que não pode ser o direito penal a disciplina jurídica que tutela tal objeto se for considerado nesses termos⁸⁹. É exageradamente deixado a cada um o livre-arbítrio para a delimitação de algo que não se consegue ver, moldar, digamos, longe de ser alvo de ofensa.

De molde a suprir estas inconveniências, houve quem tentasse corrigir as falhas da índole conceitual em questão: fosse através de um critério objetivo como o «sentimento médio de honra da comunidade»⁹⁰, que traduz mais um conceito indeterminado suscetível de orientações diversas, inclusive do juiz ao ter que comparar as reações inconstantes de um certo indivíduo às dos restantes elementos de uma comunidade, sabendo que estas deverão definir o padrão das reações de um homem razoável, prudente e sagaz. José de Faria Costa critica esta tentativa de correção porque novamente antevê-se um grau de demasiada arbitrariedade, do aplicador de direito, em busca daquele critério, baseado no que a generalidade das pessoas de um certo país e ambiente considere razoavelmente como ofensivo da honra⁹¹; para além de José Beleza dos Santos apelar à «*sã opinião da*

⁸⁶ TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 93, e BORCIANI, Alberto, *As ofensas à honra, op. cit.*, p. 5.

⁸⁸ Vide DIAS, Augusto Silva, *Materiais, op. cit.*, p. 19, e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ DIAS, Augusto Silva, *Materiais, op. cit.*, pp. 18 e 19.

⁹⁰ COSTA, José de Faria, «Artigo 180.º (Difamação)», *op. cit.*, p. 907.

⁹¹ Assim defende SANTOS, José Beleza dos, «Algumas, *op. cit.*, pp. 11 e 12, observando aliás que é «comum a todos os meios e países a exigência do respeito de um *mínimo de dignidade e de bom nome*» e que a sua

generalidade das pessoas de bem» – ou, na sequência deste autor, António de Oliveira Mendes que entende existir «um sentir comum em que se reconhece que a vida em sociedade só é possível se cada um não ultrapassar certos limites na convivência com os outros»⁹² – com vista a colmatar as falhas associadas aos sentimentos pessoais na tese subjetiva, ainda providenciou uma outra solução, que pudemos adiantar já de antemão no outro capítulo, que concede à tipicidade do crime de injúria o perigo de lesão do bem jurídico e não necessariamente o dano efetivo⁹³.

De uma forma ou de outra, parece que a jurisprudência não rejeita que seja justamente este aspeto da honra que mereça proteção prevalecente no crime de injúria (além da doutrina, ao passo que os crimes de calúnia e de difamação implicariam a violação da honra objetiva⁹⁴). Veja-se tal qual bem jurídico «o *sentimento* da própria honorabilidade ou respeitabilidade *pessoal*» (itálico nosso), «o elenco de valores éticos que cada pessoa humana possui», ou o «património pessoal e interno de cada um – o próprio eu», onde facilmente se equipara esta honra, bem jurídico-penal, entenda-se, ao termo «dignidade subjetiva»⁹⁵. Ainda neste sentido, na expressão do mesmo tribunal mas noutra acórdão, o crime de injúria «(e a difamação não é senão uma forma de injúria “indireta”) é a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo, ou vilipêndio contra alguém, dirigida, tal manifestação, ao próprio visado. Com a incriminação de manifestações conducentes a tal resultado pretende-se salvaguardar, *prevalentemente*, a chamada *honra subjetiva*»⁹⁶ (itálico nosso). E, corroborando com aquele critério objetivo da honra do homem médio e citando para isso frequentemente José Beleza dos Santos, o TRC justifica que da expressão «“sacana”»

«ofensa ilícita em certo lugar, meio, época ou para certas pessoas, pode não o ser em outro lugar ou tempo.». Tudo isto tornaria evidentemente o conceito de honra muito mais incerto do que aquilo que já é.

⁹² MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, pp. 38 e 39. Mais, o autor defende que esses limites inultrapassáveis que, pelo menos, a maioria das pessoas deve conhecer são paralelos a regras inscritas num «“Código de Conduta” de que todos são sabedores, o qual reflecte o pensamento da própria comunidade», regras que estabelecem «um mínimo de respeito moral, cívico e social» em que nele não cabe a deseducação, a descortesia e as meras impertinências. Há todo um imbróglie de incoerência, porque se é certo que o direito penal não deve imiscuir-se nestes casos, por outro lado, já aparenta que as proibições criminais que estão no CP são assemelhadas a normas de conduta, acrescente-se, legitimadas pelo pensamento da generalidade das pessoas, muito idealista, sobre o que é razoavelmente ofensivo.

⁹³ Vide SANTOS, José Beleza dos, «Algumas», *op. cit.*, p. 12, e como na *nota 81*.

⁹⁴ TAVARES, Juarez, «Anotações», *op. cit.*, p. 93.

⁹⁵ Tal como denota o Ac. do TRG, de 25/10/2004, Processo n.º 1467/04-1, ponto I (sumário); e o Ac. do TRC, de 25/01/2006, Processo n.º 1913/05, ponto 2, *vide* COSTA, José de Faria, «Artigo 181.º (Injúria)», *op. cit.*, p. 933.

⁹⁶ Ac. do TRC, de 23/05/2012, Processo n.º 241/10.2GAANS.C1, ponto II, *vide* referência em GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 805.

utilizada por um filho contra o seu pai, apesar de «*objetivamente* ofensiva do respeito e consideração devidas a qualquer indivíduo» (itálico nosso), não pode inferir-se que o arguido quis denegrir a honra do visado porque precisamente a «generalidade das pessoas assim o entenderia.», continua o tribunal afirmando que no caso concreto a «expressão proferida verbalmente não ultrapassa o nível discursivo da indelicadeza ou grosseria», um nível que a injúria enquanto crime não pode compreender⁹⁷.

De facto, não podemos estar mais de acordo quando dado juízo de valor (indubitavelmente desrespeitoso) não deve ser considerado como crime, no entanto, não compactuamos com o mencionado critério objetivo aproveitado como argumento pelo TRC. É ele mesmo que meses antes profere um despacho que deu provimento parcial ao recurso, contrariando a decisão da 1.ª instância de absolvição de um crime de injúria, cujo facto relevante ocorre durante uma reunião de condóminos, onde um sujeito chama outro de «“paranóica”» (por duas vezes, primeiramente na sua ausência); sem a mesma base argumentativa, com alguma falta de rigor, e não fazendo qualquer menção àquele critério, arrazoia que o agente teve a intenção de depreciar a pessoa do visado por qualificá-lo como “maluca” e “anormal”, apesar da vulgaridade que a palavra carrega, pois senão «se a expressão de tal juízo for entendida como normal, isto é, como tolerável, então estaremos a banalizar não só a falta de educação como todos os juízos feridentes da auto-estima pessoal e social das pessoas»⁹⁸. Pelo meio, o tribunal tenta ainda explicar a razão pela qual, neste caso concreto, é errado cingir-se ao significado literal das palavras no momento da sua interpretação (pois o agente não terá querido apontar algum tipo de patologia de que o visado pudesse sofrer), invocando estudos da linguagem que atendem para o «verdadeiro sentido das nossas elocuições», apenas possível de se alcançar se forem considerados o contexto e a intencionalidade das vocábulos proferidos⁹⁹. Ou seja, o contexto do facto e a vontade do agente interessam para perceber se existe crime, todavia não haverá aqui nenhuma novidade para o direito penal, somente se percebe um certo equívoco quanto a esta discussão no acórdão porque todas as circunstâncias do facto, inclusive a intenção do agente, e, relembramos, não um qualquer dolo específico como parece querer empregar o tribunal, podem relevar aquando da determinação da medida concreta da pena, como confirma o artigo 71.º, n.º 1 e 2, alíneas a), b) e c), do CP, e não para a questão nele em

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ Ac. do TRC, de 29/02/2012, Processo n.º 13/10.4GBNLS.C1, ponto 5.

⁹⁹ *Ibidem.*

debate, sobre se deve ou não haver crime¹⁰⁰. Salvo os fatores que consintam com elementos do tipo de crime, o que não é o caso¹⁰¹.

Recorrendo pois ao critério objetivo do sentimento médio de honra da comunidade, apercebemo-nos da sua falência porque, para até para o mesmo tribunal, a mesma “generalidade das pessoas” parece considerar num momento não ofensivo da honra o vocábulo “sacana” e, por sua vez, noutra momento, mas nada distantes, considerar o termo “paranoica” desonroso a ponto de se tratar de um ilícito-penal. Logo, já são algumas interrogações que podem motivar a controvérsia em torno de um crime como a injúria e da honra nesta aceção.

c) Se voltarmos atrás, rememoramos que a conceção fática expunha a honra numa vertente de outro polo. Temos então, por outro lado, a honra objetiva ou exterior/externa que se compõe pelo juízo de valor que os outros fazem acerca do indivíduo, influenciado pelo meio social em que ele se encontra¹⁰², enfim, trata-se da sua reputação efetiva, e por isso se diz que o que há aqui não é tanto a honra – que seria de cariz mais pessoal – mas a *consideração*, que podemos encontrar inscrita nas normas dos artigos 180.º e 181.º do CP. Por este motivo, António de Oliveira Mendes afirma então que a *consideração* (social) sim estará reconhecida no artigo 26.º da CRP, enquanto a *honra* estará já no artigo 25.º quando se fala em *integridade moral*, atente-se, divisando-se pois em bem jurídico-penais¹⁰³. Há mesmo quem vá mais longe, salientando que a honra pode ser ofendida, tal como a *consideração*, mas que a primeira nunca poderá ser suprimida¹⁰⁴.

Não deixam de ser comuns para este aspeto da honra termos como património moral de estima e sentimento de piedade¹⁰⁵, boa-fama, dignidade social, sendo que agora a única diferença é que a decisão valorativa fica entregue à discricionariedade dos demais e

¹⁰⁰ Vide Ac. do TRG, de 03/12/2007, Processo n.º 1865/07-1, ponto 6. (II), afirmando que «é hoje pacífico na jurisprudência e na doutrina portuguesas que o *animus injuriandi vel diffamandi* não integra o tipo subjectivo dos crimes de difamação e injúrias (...) bastando que o agente tenha *consciência da genérica perigosidade da conduta ou do meio da acção previstos na norma incriminadora*» (itálico nosso), além de que «a lei desinteressa-se para a existência do dolo ou intenção criminosa dos motivos do agente ou dos fins que o mesmo se propõe que apenas serão tomados em consideração em sede *determinação da medida da pena* [cfr. artigo 72.º, n.º 2, alínea c)]» (itálico nosso).

¹⁰¹ Cfr. GARCIA, M. Míguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal, op. cit.*, pp. 389 e 390. Estes autores ressaltam a publicidade do crime e a presença de terceiros na sua execução como circunstâncias extra-típicas agravantes.

¹⁰² TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰³ Vide MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁴ NETO, João Manuel Fernandes, *Breves considerações, op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁵ BORCIANI, Alberto, *As ofensas à honra, op. cit.*, pp. 5 e 10.

não da pessoa cuja honra é supostamente ofendida. Não será raro, em determinado meio ou contexto, pessoas terem uma certa ideia do que alguém aparenta ser exteriormente quando, na verdade, a pessoa em causa tem outro tipo de consideração individual ou onde realmente não existe sequer uma coincidência material¹⁰⁶, havendo nesses casos correspondência inexistente ou relativa entre a denominada dignidade social e dignidade pessoal¹⁰⁷, respetivamente. José de Faria Costa, além de daqui deduzir que tantos juízos de valor conceberão um conceito da honra esgotado de conteúdo material dada a imensidão de valorações díspares, contesta que a existência e a medida da ofensa estejam vinculadas a uma imagem do visado perpetuada (por ele) na sociedade porque essa representação social é seguramente mutável de acordo com os lugares em que concretamente se insere, realçando-se imediatamente diferenças quando o sujeito está no seu local de trabalho rodeado com outros profissionais e quando está entre amigos ou no seu ambiente familiar, e eventualmente até quando está sozinho, na sua privacidade; pelo mesmo motivo não será surpreendente afirmar-se a existência de pessoas desprovidas de honra logo à partida, devido à ausência de relações externamente visíveis, v.g., «quem muda com muita frequência de residência; quem viva, assumidamente, de um modo solitário»¹⁰⁸. Ou o exemplo de uma prostituta, cuja reputação social será provável e praticamente inexistente se relevar as valorações dos outros. Parece que a proteção da reputação efetiva pressupõe necessariamente uma boa reputação e alguém com aquele modo de vida não poderia ver a sua honra ofendida¹⁰⁹.

Um tanto oposto deste pensamento, por ser defensor convicto dos conceitos de honra subjetiva e objetiva, António de Oliveira Mendes assera que a personalidade juntamente com a honra concretizam-se em «uma certa e determinada imagem, a qual se reflete também perante os outros homens», sabendo que tal configuração é autónoma da realidade e, ocasionalmente, conveniente porque o interesse pessoal «pode conduzir a que o homem se comporte em sociedade não em função daquilo que é, mas em função daquilo que pretende que os outros vejam em si.», criando assim o cenário ideal para que o indivíduo se sinta lesado na sua honra simplesmente se alguém o contrariar ou não quiser

¹⁰⁶ E mesmo que haja essa coincidência, nota TAVARES, Juarez, «Anotações, *op. cit.*, p. 93 e 94, que será claramente complicado, em termos empíricos, conseguir essa comprovação, de uma reputação social ainda que desligada das considerações do indivíduo.

¹⁰⁷ Cfr. MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, pp. 20 e 21.

¹⁰⁸ Assim critica José de Faria Costa, *vide nota 81 (idem, op. cit., pp. 907 e 908)*; *vide também* BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁹ *Vide* DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, pp. 19 e 20.

corresponder às expetativas que ele idealizava. Não obstante, o próprio autor não deixa de admitir este tipo de conjectura como real pois há frequentemente o interesse egoístico na obtenção de vantagens, inclusivamente patrimoniais, para o próprio indivíduo e, por isso, se diz que a dissociabilidade revelada entre os dois conceitos, por vezes, é intencional e fraudulenta. Ao construir-se «uma ficção gera-se outra ficção. Assim como a riqueza atrai riqueza, (...) a consideração social atrai prestígio, fama e bom nome, isto é, mais consideração social.»¹¹⁰.

Com a proteção pelo direito, nomeadamente, no campo do direito penal, da honra subjetiva – encetada assim a argumentação – terá sido a intenção do legislador tutelar a personalidade humana, de modo contrário, já para proteger legalmente a honra objetiva o fundamento enquadrar-se-ia na tutela de um interesse público, o da preservação da paz pública, porque devem ser evitados os rancores, ressentimentos e desordens que originam um atentado contra a consideração social, tendo pretendido o autor procurar inclusive a sua justificação a partir das penas mais graves (e impiedosas) que não há muito tempo ainda eram aplicadas sob forma de punir esses ataques à honra. Como se isso não bastasse é achado outro escopo público para a tutela da segunda vertente da honra, desta vez que residiria em «*preservar e até fomentar o comportamento digno ou, pelo menos não indigno, de todos os homens*»¹¹¹ (itálico nosso), o que nos leva a criticar este fundamento, refletindo sobre o objetivo do direito penal e a reiterarmos que está mais que consentido que ele tem por sua função principal e exclusiva a proteção de bens jurídicos e ainda a reintegração do agente na sociedade, tal é assente no artigo 40.º, n.º 1, do CP, devendo intervir o menos possível na vida, nos direitos e nas liberdades dos indivíduos¹¹². Não lhe competirá traçar as linhas orientadoras dos comportamentos corretos e da boa convivência em sociedade ainda que com condutas reprováveis os crimes contendam.

Certamente que é possível acumular-se, entre outras, uma função de garantia do direito penal, consentânea com o livre desenvolvimento da personalidade humana e os valores da comunidade, uma vez que a proibição legal dita os comportamentos que são penalmente relevantes, portanto, que estão vedados à sua realização, dando a conhecer os restantes comportamentos (permissivos)¹¹³, não obstante, atendamos a um dos modelos de

¹¹⁰ Vide, para todo este parágrafo, MENDES, António de Oliveira, *O direito, op. cit.*, pp. 19-21.

¹¹¹ Cfr. *ibidem*, *op. cit.*, p. 22 (e nota 27).

¹¹² GARCIA, M. Míguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal, op. cit.*, p. 299.

¹¹³ COSTA, José de Faria, *Noções, op. cit.*, pp. 13-16.

substituição ou complementaridade da teoria do bem jurídico que busca colmatar a vaguidade do conceito e a fundamentação deste princípio. Aquele que determina que todos os crimes consistam em “delitos de conduta” ou regras de comportamento. Nesta perspectiva alternativa, seriam criminalizados os comportamentos determinados por convicções valorativas culturalmente partilhadas ou consentidas, modeladoras da identidade social, mas estas representações axiológicas são muito diversificadas pois decorrem de um panorama onde as sociedades são cada vez mais complexas e plurais, não permitindo distinguir a incriminação legítima de um comportamento da ilegítima, também por isso não podem ser objeto de proteção jurídico-penal, porque o problema nuclear da função protetora do direito penal, que não envolve a invocação de regras de conduta e sim bens jurídicos, não se prende com a existência ou não de padrões de conduta maioritariamente aceites, como podemos encontrar no caso da honra¹¹⁴. Assimilam-se aqui algumas pareências com a base crítica de que é alvo o conceito de honra objetiva e mesmo no cruzamento com o critério objetivo da honra do homem médio como tentativa de superação da honra subjetiva.

d) Estreando agora a análise da segunda conceção que se diz normativa. Nesta, a fundação da honra de qualquer indivíduo atenta na existência como ser humano, o que com isso traz uma pretensão de ser respeitado e de não ser permitida a violação de um predicado próprio da pessoa. Também esta conceção nova se ramifica em duas dimensões: ou comunitária/social ou pessoal/moral¹¹⁵.

Esta primeira, a mais apoiada, vem afirmar que a honra existe e que deve ser tutelada por fonte das relações interpessoais que se estabelecem, quer dizer, o indivíduo merece uma pretensão de respeito social que é satisfeita na medida em que a comunidade onde se insere reconhece a qualidade (natural) de personalidade do indivíduo. Se lhe negarem essa qualidade, haverá a ofensa da honra, sendo, por isso, o reconhecimento desse valor uma condição social de integração¹¹⁶.

Assim, não está tão conectado a sentimentos ou fatores psicológicos mas não significa que eles não concorram juntamente com as valorações sociais aquando da lesão.

¹¹⁴ Cfr. COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal», *RLJ*, ano 142.º, n.º 3978, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 164, 165 e 172.

¹¹⁵ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 41 e 42; e TAVARES, Juarez, «Anotações», *op. cit.*, pp. 94 e 95.

Apesar disso, mais problemas persistem. O desenvolvimento da personalidade individual será proporcional ao valor da pessoa, valor que ela conseguirá pelos seus feitos. A grande crítica está então em que é tendo em conta uma dada comunidade social (onde a pessoa vive), de acordo com o comportamento social (da pessoa) nessa comunidade, que vai originar-se a dependência da atribuição do valor da honra a determinados estatutos ou grupos sociais – cada um com as suas características comuns e interesses idênticos – que são quase ilimitados em número, podendo falar-se na subdivisão da honra em múltiplas honras sociais, específicas das categorias sociais. E, conseqüentemente, ignorar-se-ão os indivíduos que não sejam membros de alguma comunidade nestes moldes¹¹⁷.

Na outra dimensão, normativo-pessoal, como alternativa à anterior, o fundamento legitimante da honra, concretizada pela tal pretensão de respeito, já não é a comunidade onde o indivíduo está inserido, ela só é tida como importante no sentido de que é nela que se exhibe a honra, pois a origem da honra está no nascimento da pessoa, é-lhe inata e é autónoma da valoração social que se faça dela em concreto¹¹⁸.

Aqui, Augusto Silva Dias delimita o conteúdo da honra a partir de dois bens constitucionais: o princípio da igualdade, estabelecendo que todos os pertencentes a uma comunidade têm direito ao reconhecimento igual da honra, e o princípio do pluralismo, uma vez que tal pretensão de respeito (formada por um lado individual, o bom nome, e um lado social, a reputação ou consideração) não se funda em meros elementos morais nem se deixa influenciar pelo modo de vida que a pessoa leva, na sociedade, como tem por hábito a conceção normativo-social. Por outras palavras, o reconhecimento da dignidade de cada um por parte dos outros condicionará a realização dos seus planos de vida e dos seus ideais nos variados contextos sociais. Se assim não for reconhecida, haverá a ofensa da honra, traduzindo-se, por exemplo, na lesão da sua capacidade humana geral, v.g., alguém insultado através da expressão “atrasado mental”, ou da sua idoneidade para o desempenho de alguma função social em especial, v.g., a depreciação com o uso do vocábulo “incompetente”. Destarte, a valoração social só deve relevar para determinar o que constitui o ilícito-típico, não para definir o conteúdo da honra¹¹⁹.

¹¹⁷ DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, pp. 20 e 21; e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 42. Justamente é o tipo de honra que podemos encontrar tutelada pela norma do artigo 184.º do CP, que protege um grupo estrito de pessoas na sua «“honra funcional”», *vide* GARCIA, M. Míguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 811.

¹¹⁸ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁹ *Vide*, para todo este parágrafo, DIAS, Augusto Silva, *Materiais*, *op. cit.*, pp. 17, 18, 21 e 22.

Portanto, a honra é apresentada, nesta conceção, como um objeto ideal e um atributo invariável, que perdura no tempo na relação com a sociedade, para qualquer que seja a pessoa, porque é igual para todos. Daí que seja impossível fechar os olhos à sua complexidade enquanto bem jurídico¹²⁰. Que novamente padece de dúvidas, é lacunoso, visto que – e não podíamos deixar de parafrasear José de Faria Costa – se releva tanto a dignidade pessoal, que todos têm pela sua condição humana, apologizando que essa seja igual para todos, de uma só densidade normativa, e, assim, decididamente se confunde com a dignidade da pessoa humana. Praticamente toda a doutrina concebe que a honra, protegida constitucionalmente pela norma do artigo 26.º, n.º 1, da CRP, como vimos, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, de onde derivam, bem vistas as coisas, todos os bens jurídicos¹²¹, conforme o artigo 1.º da CRP, contudo o cerne desta questão está em a honra se confundir justamente com esse princípio. E se este não estará a ser equiparado a um bem jurídico, tido por verdadeiro fundamento para a intervenção penal, não só como limite¹²².

e) Resumindo, a primeira conceção comporta-se demasiado em juízos valorativos, que são o que determina a honra, o que torna o seu conceito muito volátil. A segunda conceção, dando a honra por adquirida, vê-a como um conceito estável, não dinâmico, quando bem se sabe que a personalidade humana está em constante alteração e sendo dela inerente a honra. No entanto, ciente das dificuldades presentes em qualquer uma das conceções, a doutrina alemã, em simultâneo com a jurisprudência, chega a tender para o normativismo concetual da honra; para o Supremo Tribunal Federal alemão, a «honra interior e, desta forma, núcleo da capacidade de honra do indivíduo» tem fundamento na sua dignidade pessoal, irrenunciável e que lhe pertence desde o nascimento, e da «honra interior decorre a pretensão jurídica, criminalmente protegida, de cada um a que nem a sua

¹²⁰ Vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 41, e GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal*, op. cit., pp. 785 e 786.

¹²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2019, p. 94.

¹²² Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», in: *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 40 e 41, ainda que relativamente ao crime de lenocínio, do artigo 169.º do CP, reafirmando que este princípio não pode ser visto como fundamento, mas sim como limite absoluto da intervenção estadual e «o apelo imediato à intocável dignidade da pessoa não constitui um bem jurídico penalmente relevante, antes é, numa certa acepção, muito mais que isso» porque poderá ser, pelo contrário e em certas circunstâncias, invocado como fundamento da inconstitucionalidade de uma norma incriminatória.

honra interior nem a sua boa reputação exterior sejam minimizadas», assim o cita José de Faria Costa¹²³. Ao passo que a doutrina e a jurisprudência portuguesas maioritárias têm acabado por interpretar o mais amplo possível o conceito de honra, pois caracterizada num bem jurídico confessadamente complexo, com o objetivo de evitar colisões entre tantas conceções, aglomerando a conceção fáctica e a conceção normativo-pessoal, esta que José de Faria Costa enquadra como a mais correta contudo. Nesta linha de pensamento, diz-nos Jorge de Figueiredo Dias, já desde há quase quatro décadas e que parece manter-se, que o ordenamento jurídico-penal, acertadamente, não tem querido colocar em contraposição qualquer uma das conceções e suas variantes entre si, além disso, como adiantámos, a honra será então considerada juridicamente relevante por ser inata ao ser humano, originando uma pretensão de respeito da dignidade humana igual para todos, e pelas relações exteriores, valorizando-se, desta vez, a reputação ou consideração social¹²⁴. Dada como estanque, «sem poder nunca desaparecer, nem mesmo aumentar (v.g. em função do estatuto da pessoa)», mas admitindo-se incongruentemente que já «pode diminuir em determinadas situações (v.g. como resultado do comportamento da pessoa)» talvez seja de considerar a honra, afinal, ou uma coisa ou outra, uma vez que quanto a este bem jurídico aparenta que muitos anseiem por aquilo que ele não pode ter, a materialidade¹²⁵.

2.2. O direito à liberdade de expressão como o direito sacrificado. A sua compreensão no plano da autonomia individual e a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana

a) Temos vindo a anunciar, já por algumas vezes, que a proteção jurídico-penal da honra acarreta inevitavelmente o sacrifício de um outro direito, também ele de carácter formal e materialmente fundamental. Como também melhor compreenderemos no ponto seguinte, é há muito observado, bem antes de qualquer decisão legal em formular uma

¹²³ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 43, e vide nota 81 (*idem*, op. cit., p. 910); numa curta referência, a doutrina alemã introduziu ainda uma outra teoria explicativa da natureza jurídica da honra, o conceito interpessoal, baseando-a também na dignidade humana e ainda na autonomia da pessoa, em que esta «se manifesta na consciência de sujeito jurídico que apenas se concretiza na relação de reconhecimento» com as outras pessoas (*idem*, op. cit., p. 911).

¹²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 86; e DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português», *RLJ*, ano 115.º, n.º 3697, 3698 e 3699, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, p. 105

¹²⁵ Cfr. BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 43.

norma de proibição criminal de um certo comportamento desonroso, v.g., o crime de injúria, um confronto clássico e bastante regular ao nível do direito constitucional entre os dois direitos, de igual valor jurídico e, em princípio, posicionados numa mesma hierarquia¹²⁶.

É sobre a liberdade de expressão que nos pronunciamos, logo haverá sempre lugar para a restrição de direitos fundamentais, para a restrição desta liberdade, porque a comunicação humana nem sempre é inofensiva, havendo a necessidade de se acautelar um conjunto de bens jurídicos pessoais, obviamente decorrentes da dignidade da pessoa humana, sendo a honra o grande, mas não o único¹²⁷, exemplo, e gerando um mesmo conflito consequências em vários domínios jurídicos¹²⁸.

Procede-se agora ao conhecimento da liberdade de expressão enquanto conceito jurídico. Em sentido amplo, a liberdade de expressão abrange vários direitos que se podem designar por liberdades da comunicação ou liberdades comunicativas, chegando a ser denominada também ela simplesmente como liberdade de comunicação e apontada como o *direito mãe* desses diferentes direitos, pois a densificação interpretativa de cada um deles, com isso a sua autonomização, terá como ponto de partida doutrinal o relevo substantivo da problemática da liberdade de expressão. Na sua essência, o direito à liberdade de expressão corresponde a um elemento fundamental e constitutivo da personalidade humana, tendo importantes revelações em todos os momentos, domínios e modos do seu desenvolvimento. Acima de tudo, o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental de todos os indivíduos sem exceção¹²⁹.

É precisamente por isso que o seu fundamento legitimante não podia deixar de ser a dignidade da pessoa humana: um princípio fundamental de qualquer Estado de Direito

¹²⁶ Direitos fundamentais em sentido formal e material porque, respetivamente, são enunciados em normas que têm forma constitucional e o seu conteúdo é fundamental, cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, pp. 403, 406 e 407; vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 17 e 51-54, e DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito de Informação», *op. cit.*, p. 101, apesar de que este autor prefere a denominação de «direito de informação» para este conflito. Sobre ele também iremos desvendar a sua diferença.

¹²⁷ Todavia, não serão muitos os direitos fundamentais ou bens constitucionais primários que podem legitimar a afetação do direito à liberdade de expressão devido à dificuldade da demonstração do peso superior de um deles relativamente a este, até porque a ideia da hierarquia dos direitos fundamentais não tem equivalência com a ideia da maior ou menor importância de uns e de outros, vide MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010, pp. 851 e 852. Relembra também, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, p. 98, que a ordem jurídica constitucional dos direitos fundamentais é pluralista e abstrata, ora não hierárquica.

¹²⁸ Vide MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 747 e 748.

¹²⁹ Cfr. *ibidem*, *op. cit.*, pp. 370-372, 391, 392 e 416.

Democrático ou ordem jurídica constitucional livre e democrática (daí o corolário do pluralismo de expressão, artigo 2.º da CRP), garantidor dos direitos fundamentais por conferir unidade de sentido ao conjunto de preceitos que os preveem, o primeiro de todos os valores constitucionais e centralizado na ideia do Homem, tendo na base o estatuto jurídico dos indivíduos¹³⁰. Especificamente, a dignidade humana dá sustento à liberdade de expressão em sentido amplo para que esta se revele enquanto instrumento de autodefinição e autodeterminação individual dos sujeitos livres e responsáveis, titulares da liberdade e prendados com competências racionais e moral-práticas insuscetíveis de instrumentalização ou objetivação. Além disso, espera-se que com o exercício da liberdade de expressão o indivíduo desenvolva e afirme a sua personalidade mediante a comunicação na qual interage com os outros e que mesmo na comunicação ele evolua¹³¹. Contudo, não só servirá como fundamento mas também como limite da liberdade de expressão, no respeitante às restrições do seu exercício. Quer dizer, com a interação comunicativa advém igualmente o respeito, dentro do possível, por outros direitos relacionados com a pessoa quando a partir daquela for posto à prova os valores básicos da dignidade humana. Imperará, deste modo, que se instaure um permanente e rigoroso controlo sobre os critérios da sua limitação, sabendo que o fundamento das restrições aos direitos, liberdades e garantias com base na dignidade da pessoa humana se estabelece num plano deveras geral e abstrato e porque o sentido ético-jurídico do princípio não será facilmente determinado, derivado da variabilidade do conceito de dignidade da pessoa humana condicionado pelas circunstâncias concretas no contexto social e espaço-temporal¹³². Tudo isto retrata dificuldades que se afiguram quando comparado, principalmente, com os traços essenciais do conceito normativo-pessoal da honra, tal como vimos *supra*.

b) De todas as liberdades da comunicação, sejam elas a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas, a liberdade de radiofusão, o direito de resposta, os direitos de antena, de resposta e de réplica política, a liberdade de criação cultural, a liberdade de aprender e ensinar, a que realmente nos impende a tomada de uma

¹³⁰ Vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 25, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 357, 358 e 367, e, somente sobre o significado do princípio, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 77 e 93.

¹³¹ Vide MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 359 e 360.

¹³² *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 361 e 362; e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 26.

perspetiva mais séria e dedicada é a liberdade de expressão em sentido estrito, que é muitas das vezes subvalorizada, invocada apenas na veste de direito residual. Pelo contrário, a também apelidada liberdade de opinião é, com efeito, a mais valiosa e principal de todas as categorias conforme a lei constitucional portuguesa, juntamente com o direito de informação, garantindo a autodeterminação individual para exprimir e divulgar o pensamento a partir da palavra, da escrita, da imagem ou de qualquer outro meio; por isso, ambos os direitos estão previstos e regulados pelo artigo 37.º da CRP, de epígrafe «Liberdade de expressão e informação»¹³³.

Atendendo ao n.º 1, é observado a delimitação, de forma não tão simples como a sua previsão, do direito de expressão – do pensamento – e do direito de informação, que engloba o direito de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro, já sabemos, trata da liberdade de expressão propriamente dita, ou seja, um direito da pessoa, para a pessoa e dirigido à forma como a pessoa entende a sua realização pessoal e a sua pertença à sociedade, em que se valoriza a livre comunicação espiritual aos outros do próprio pensamento. É nesta senda, assevera Jorge Miranda e Rui Medeiros, que a tutela da liberdade de expressão em sentido estrito não só tende para o respeito do pensamento, além de prezada a dignidade da pessoa humana, como também do desenvolvimento da personalidade, que se encontra no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, onde igualmente o bom nome e a reputação estão sob tutela (ver *infra*)¹³⁴. E é desta forma que quanto a este direito existirão duas dimensões, uma substantiva que se enquadra na atividade de pensar, na formação e exteriorização da opinião, e uma instrumental que se relaciona com a vasta disponibilidade de meios adequados à divulgação dessa atividade¹³⁵. Para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de expressão é constituído efetivamente, na 1.ª parte, do n.º 1, do artigo 37.º, pela *liberdade de expressão*, correspondente a um direito negativo,

¹³³ Relativamente aos restantes direitos especiais de expressão e de informação e às liberdades comunicativas, reconhecidos sobretudo desde o artigo 37.º ao artigo 40.º da CRP, a CRP parte do mais valioso ao mais instrumental e do geral para o particular, vide MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, pp. 846 e 847, e CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 571; vide ainda BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 27-31, e SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2011, pp. 272-274; e cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 371, 372 e 416-663.

¹³⁴ Vide MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, pp. 847 e 848, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, p. 572, e SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa: comentada*, Lisboa: Lex, 2000, p. 129.

¹³⁵ Vide, mais acerca da dupla dimensão, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 417 e ss.

na medida em que assenta no direito de não ser impedido de divulgar as suas ideias e opiniões e, em segundo lugar, por um *direito à expressão*, já como direito positivo de acesso aos meios de expressão como o direito de resposta, previsto no n.º 4, do artigo 37.º, (excluindo-se desses meios os de comunicação social, ao contrário incluindo-se a tecnologia, como a internet)¹³⁶.

A liberdade de expressão em sentido estrito conta com a *liberdade negativa de pensamento* (v.g., o direito ao silêncio, o direito a não exteriorizar convicções pessoais, o direito a não ser constrangido a assumir ou partilhar pontos de vista alheios), pode inclusive consistir em conteúdos comunicativos carentes de veracidade e inteligibilidade, pode ter modos de expressão e formas de ação variados, etc.¹³⁷. Tudo isto encontra intersecção com o próprio âmbito normativo da liberdade de expressão, devendo ser entendido no sentido mais amplo possível. Ora, atente-se, tanto no que vale para o direito de expressão e no que vale para o direito de informação. Em ordem a estender-se o conteúdo protegido, e assumindo aquela dimensão substantiva, eles abrangem «o maior número de condutas expressivas possível: ideias, opiniões, pensamentos, convicções, críticas, juízos de valor sobre quaisquer questões (...), independentemente do escopo (v. g., fins eleitorais, comerciais ou mesmo fúteis) e até do padrão valorativo (v. g., verdade, justiça, beleza, critério de racionalidade, emocional, cognitivo).»¹³⁸. Assim compreender-se-á no âmbito de proteção, além da razão comunicativa e, por sua vez, da razão pública, as emoções uma vez que também as palavras ofensivas «constituem um barómetro dos sentimentos» e porque a liberdade de expressão deve acolher a pluralidade de conteúdos, todas as formas e motivações de comunicação humana, tais como as «de índole *não cognitiva, não racional, não discursiva*, que, apelando em maior medida às dimensões emocionais e impressivas dos indivíduos, actuam directamente sobre as suas perspetivas, imaginação e sensibilidade.». Na presença de uma sociedade aberta e pluralista, a despeito de se atribuir maiormente à esfera do discurso público o cariz da robustez, desinibição e ampla abertura, no procedimento comunicativo também é circundante a própria comunicação privada, não estritamente política, (que poderá até afetar a formação da

¹³⁶ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, pp. 572 e 573.

¹³⁷ *Ibidem*; vide, para toda a sua enumeração, SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição, op. cit.*, pp. 129 e 130, e MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, pp. 848 e 849.

¹³⁸ Vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 32 e 33; CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, p. 572; e MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, p. 849.

opinião pública) a par da pública, e devem ser igualmente basilares a liberdade de expressão de opiniões e a liberdade de formação de opiniões¹³⁹. Dito isto, podemos verificar que as emoções têm relevância para o direito e presumir que são constantes os casos em que um comportamento suscetível de injuriar outrem é desencadeado pela mesma significação do que está assente por detrás do adágio de ter as “emoções à flor da pele”, no panorama de um afrontamento que colocará frente a frente pessoas usualmente, ou não, conhecidas entre elas e de forma não inopinada; veja-se o exemplo de um sujeito, no meio de uma conversa entre a sua irmã e a vizinha, que, ao intrometer-se, proferiu a expressão «“Tu batias na tua mãe!”» com direção à última. Portanto, revelando uma conduta ofensiva da reputação e auto-estima, através da imputação de um facto, e apresentando-se uma «situação de discurso verbal e profundo litígio, de ânimos certamente *exaltados*, num ambiente de hostilidade e com troca de palavras ou frases.»¹⁴⁰.

De acordo com a finalidade (da liberdade de expressão em sentido amplo) de garantia da diversidade de opiniões, alguma doutrina evoca que a comunicação privada deva ser valorizada, por demonstrar relevo fundamental na vida social, ou seja, numa perspectiva mais próxima do incremento do debate público, contudo, é impossível descartar-se que a discussão no foro privado, quando ausente da subordinação a um interesse geral ou a um interesse público, também deva ser fomentada por se enfatizar, por outro lado, a finalidade da promoção e expressão da autonomia individual, segundo a qual a generalidade da doutrina acredita que a liberdade de expressão é um elemento fundamental do desenvolvimento pessoal e porque este direito não deve reter exclusivamente uma compreensão instrumental e democrático-funcional. Todo o indivíduo tem a liberdade para formar as suas crenças e de comunicar com as pessoas da forma que

¹³⁹ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 134, 151-154, 417, 418, 426 e 427, considerando a dialética entre emoção comunicativa e razão comunicativa, respetivamente, entre a emoção e a razão, o sentimento e a deliberação, a dimensão espiritual/moral/emocional/passional e a dimensão intelectual, e quanto à qual o autor defende o equilíbrio, significando a compreensão do sujeito tendo em conta ambas as valências pessoais aquando da interpretação da liberdade de expressão em sentido amplo, e afirmando que as duas se cruzarão por algumas das vezes. E essa correta interpretação será influenciada pelo contexto social, funcionalmente diferenciado, e em permanente transformação. Continua o autor dizendo que as pessoas devem ser protegidas em todas a formas de expressão que autonomamente valorizem. Acrescentamos que, a referência a certas emoções, que são conaturais ao sujeito e mudam por forma a adequar-se às situações, será válida para a interpretação desses comportamentos em dados contextos sociais e consoante as respostas comportamentais, *vide* PALMA, Maria Fernanda, «Modelos de relevância das emoções no Direito Penal e sua relação com diferentes perspectivas filosóficas e científicas», *in*: Maria Fernanda Palma *et al.* (coord.) *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coimbra, Edições Almedina, 2013, pp. 117 e 118.

¹⁴⁰ De facto, e bem, o tribunal de 2.^a instância do caso *sub judice* recusou conferir a censura penal do facto praticado, *vide* Ac. do TRG, de 30/06/2014, Processo n.º 377/13.8GCBRG.G1, ponto 9.

entender porque a liberdade de expressão é um pressuposto essencial da autenticidade da sua personalidade e corresponde a um valor nuclear das democracias liberais da contemporaneidade. Deste modo, a proteção do direito à liberdade de expressão atinge mais do que os habituais temas da esfera pública e da índole política, como é o caso dos domínios da cultura, da ciência ou da religião, prevalecendo sobre os padrões comunitários de correção, moralidade e decência¹⁴¹, em relação aos quais se pretende muitas das vezes subsumir numa norma incriminatória como certas condutas incriminadoras, como podem vir a ser implicadas numa injúria.

O suporte principal da manifestação humana é a comunicação, adianta Jónatas E. M. Machado, e, por conseguinte, a interpretação das liberdades comunicativas deve requerer, com vista à sua plenitude, uma abertura suficiente para abarcar a apreciação dos diversos subsistemas sociais discursivamente diferenciados onde se projetam essas liberdades, estipulando-se assim uma conceção multifuncional e multi-sistémica da liberdade de expressão¹⁴². Por exemplo, ao lado de uma finalidade de autodeterminação democrática será inolvidável a livre expressão individual, pois a comunicação assegura uma relevância permanente a nível sistémico, estrutural, funcional e institucional, ao mesmo tempo que a autonomia individual mantém um lugar central na teoria da liberdade de expressão. Os próprios juízos de valor e as afirmações de facto, elementos típicos do crime de injúria, devem ser protegidos no âmbito da liberdade de expressão e eles não são apenas a intencionalidade normativa do direito de informação, uma vez que estas condutas possibilitam que o indivíduo possa compreender a sua concreta situação existencial, nomeadamente no plano pessoal e no plano profissional¹⁴³. Foram já vários os exemplos que identificámos de ofensas à honra em que predominava um contexto pessoal, de interesse privado, desprovido de qualquer enquadramento com o exercício da liberdade de imprensa, do direito de informação ou sem levantar, pelo menos, interesses legítimos (os

¹⁴¹ Cfr., neste parágrafo, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 279, 281 e 284-287.

¹⁴² Vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 26 e 27.

¹⁴³ Cfr., em todo o parágrafo, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 287-290 e 425; acerca da exposição teórica da doutrina constitucional relativamente a todas as finalidades substantivas da liberdade de expressão em sentido amplo, *vide idem*, *op. cit.*, pp. 237-291, dentro das quais, a procura da verdade, tanto como a garantia de um mercado livre de ideias, avocam igualmente a sua indispensabilidade no momento de exercer o direito à liberdade de expressão. Porém, sublinha o autor que a finalidade da procura da verdade não é um elemento decisivo para legitimar a proteção da liberdade de expressão (como curiosamente se pudesse achar), especialmente, quando o seu exercício se desdobre em emoções, sentimentos, opiniões e juízos de valor, e ainda que coincide apenas com um de vários bens, afora a honra, que gera necessariamente ponderação na altura de disciplinar juridicamente o direito à liberdade de expressão, *idem*, *op. cit.*, pp. 245 e 246.

mesmos da causa de exclusão da ilicitude do n.º 2 do artigo 180.º). Veja-se outro exemplo em que tanto o tribunal de 1.ª instância como o de 2.ª instância desconsideraram a relevância jurídico-penal de afirmações de facto como «*Sei bem de que laia és*» e «*vou pôr-te na linha, já te conheço há muitos anos e sei bem que peça és*», produzidas no local de trabalho do ofendido e até perante os demais trabalhadores, apesar da sua conotação depreciativa, de se tratar de um «comportamento socialmente desconsiderado» e de lhes estar inculcado, naquele contexto, «um significado de desafio, de provocação ou até de ameaça»¹⁴⁴.

Por forma a prosseguirmos e a não confundir-se, doravante, o direito de expressão com o direito de informação, que são previstos no mesmo preceito, podemos agora afirmar que o último consiste num direito fundamental autónomo da liberdade de expressão em si, maioritariamente porque os próprios fundamentos que legitimam a sua proteção são distintos. Como tal, não seria ausente de nexos que se frisasse que o direito de expressão tem uma importância singular e merecida no conflito de direitos. Então, serão fundamentos básicos como o princípio democrático e o interesse na formação da opinião pública que legitimam a liberdade de informação, porque este direito condiz com a recolha de informações e a procura de fontes de informação que, por sua vez, está muito interligado com os direitos dos jornalistas¹⁴⁵, assim, uma análise apropriada desta liberdade acabaria por extravasar o conteúdo de incidência principal do presente estudo.

2.3. As dimensões jusfundamentais e a sua relevância penal no conflito entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão enquanto direitos fundamentais

a) Basicamente, o que impera no crime de injúria, dissemos, é mais um conflito jurídico-constitucional entre direitos fundamentais, na categoria de direitos subjetivos, previstos na lei fundamental portuguesa. Tendo em perspetiva a compreensão em todos os ramos da ordem jurídica, como no direito penal e no direito privado, destes direitos como

¹⁴⁴ Vide Ac. do TRP, de 13/09/2017, Processo n.º 301/15.3GCSTS.P1 (sumário).

¹⁴⁵ Vide, para maior desenvolvimento deste direito, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, p. 573, MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, pp. 852 e 853, e SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição, op. cit.*, p. 131. Além disso, vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 31 e 32, e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 504-541, para este efeito, mas quanto à liberdade de imprensa, que tem como principal titular os jornalistas e os outros sujeitos envolvidos na comunicação social, e por isso acha uma grande inter-relação com a liberdade de informação.

integrantes num sistema de princípios ou de bens jurídicos, será requerível para a construção desse caminho – principalmente quanto à vinculação do legislador sobre o que deve criminalizar e no respeito de certas normas constitucionais com relevância penal, como a do artigo 18.º, n.º 2, da CRP – o reconhecimento de uma dupla dimensão normativa dos direitos fundamentais, conquanto, por um lado, surja a crítica contra a “contaminação” ou “desintegração” do Direito derivado à “omnipresença” do direito constitucional que menosprezaria a autossuficiência dos outros ramos jurídicos e, por outro, seja alvo de atenção a crise, relativamente à confiança e à identidade, que atualmente dir-se-á que existe ao nível da Constituição, do próprio direito constitucional e quanto a um sistema jurídico de direitos fundamentais que é questionado de resto sobre a sua efetividade e segurança¹⁴⁶.

Devemos, antes de mais, recordar o acórdão supracitado do TRG, de 30 de junho de 2014, que, na mesma linha de pensamento que propugnamos, afirma que no exato contexto pessoal, de interesse privado, numa contenda entre dois sujeitos que resulte de um ataque direto à honra ou consideração, a CRP reconhece em posições contrapostas: um direito fundamental, o direito ao bom nome e reputação, além de outros direitos pessoais¹⁴⁷, no artigo 26.º, de onde se retira a previsão do direito à honra na Constituição; e outro, nos seus artigos 37.º e 38.º (este sobre a liberdade de imprensa e os meios de comunicação social), que consiste no «direito de qualquer pessoa de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, sem impedimento, nem discriminação, não podendo ser impedido ou limitado o exercício desse direito, por qualquer tipo ou forma de censura.»¹⁴⁸.

Naturalmente que a relação jurídica de conflitualidade entre os dois tem que ver com normas que consagram direitos fundamentais, visto que se traduzem em direitos essenciais, básicos, de caráter geral e universal, caracterizadores da pessoa humana,

¹⁴⁶ Por ordem, vide CANOTILHO, J. J. Gomes, «Justiça Constitucional e Justiça Penal», *RBCC*, Ano 14, Vol. 58, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 339-342, e CANOTILHO, J. J. Gomes, «O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais», in: José Janguê Bezerra Diniz (coord.) *Direito Constitucional*, Vol. 2, 1.ª Edição, Brasília: Editora Consulex, 1998, pp. 64 e ss., e SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência», in: *BFUC*, Vol. 81, 2005, pp. 330, 331 e 337.

¹⁴⁷ Vide MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 618-632, e CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 465-474.

¹⁴⁸ Vide nota 140, e, mais recentemente, o Ac. do TRL, de 11/12/2019, Processo n.º 4695/15.2T9PRT.L1-9, ponto I (sumário); diferentemente, FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social*, *op. cit.*, p. 538, que atribui ao artigo 37.º uma vertente eminentemente pública.

jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Mais, também (mas não exclusivamente) por se encontrarem constitucionalmente positivados, classificam-se como uma das espécies da “fundamentalidade” desses direitos, neste caso, estando inseridos na categoria constitucional dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando de um regime jurídico-constitucional especial¹⁴⁹.

Vale a pena dizer, se intendemos discutir a relevância das suas dimensões, que os dois direitos fundamentais são ainda direitos de personalidade, embora estas designações venham a ser hoje tendencialmente correlativas contrariando o que tradicionalmente se pensava, que nem todos aqueles serão direitos de personalidade e vice-versa. A liberdade de expressão porque é um direito de liberdade, a honra porque é um direito distintivo da personalidade. Porém, acentuamos, por causa da revisão constitucional, em 1997, a autonomização, de forma revolucionária, de um novo direito, o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, vertido precisamente no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Apontam Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino para alguma inacessibilidade quanto ao sentido e ao alcance de proteção deste novo direito mas, produzindo ele um efeito duplo imediato sempre numa perspetiva personalista, em que se reforçaram todos os direitos pessoais ativos – evidenciando-se, no que nos interessa, a liberdade de expressão e a liberdade de consciência – e, simultaneamente, se estabeleceu a correspondente limitação da margem de intervenção do Estado e da sociedade na esfera individual¹⁵⁰, também ele se afigurou primordial para a aclamação da própria liberdade de expressão enquanto direito fundamental, da mesma forma que já se assinalara o direito geral de personalidade quando se discutiu atrás os fundamentos da liberdade de expressão.

Com efeito, entre estes direitos fundamentais, o conflito parece mais passível de tornar-se inevitável quando se entender que, ao lado desta primeira impressão, a mesma norma constitucional prevê a expressão direta do postulado básico da dignidade humana, querendo isto dizer que quem invocar a dignidade humana não pode deixar de ter em conta os direitos consagrados na mesma norma que são hipóteses típicas concretizadoras que lhe

¹⁴⁹ Vide MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 385 e 386; para maior desenvolvimento, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 393 e 398-401, e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 76, 77 e 89.

¹⁵⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 110 e 111; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 396; e lembram também MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 603, 608 e 611, o facto de que, mesmo antes da quarta revisão constitucional, o direito geral de personalidade já assumia a natureza de direito fundamental, por via do artigo 16.º, n.º1, da CRP ou, claro, por decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana quanto ao respeito da liberdade.

darão melhor definição, nomeadamente, o direito ao bom nome e reputação e, com isso, sobrevirá a dignidade humana a demarcar os limites ao exercício de outros direitos fundamentais, designadamente, o direito à liberdade de expressão¹⁵¹. Contudo, não podemos esquecer que a tutela constitucional e civil do direito geral de personalidade não será feita em termos idênticos à tutela pelo direito penal. Além do mais, o artigo 70.º do CC, que dispõe formalmente a proteção da personalidade física e moral do indivíduo, não encontra um conteúdo semelhante numa norma incriminatória do CP português. Quer seja o bem jurídico-penal legalmente determinado a honra ou a consideração num tipo legal como o da injúria, o que dá a entender é que para a doutrina são a inviolabilidade pessoal e a dignidade humana que se querem ver intencionalmente protegidas, ainda que não sejam empregados tais conceitos no texto-lei da norma penal; da mesma maneira que não entendemos o motivo por que seja invocado o princípio da dignidade humana na base fundamental, mesmo que complementar, para legitimar a restrição, pela lei penal, do exercício da liberdade expressão quando aquele princípio não pode adotar a veste de bem jurídico protegido penalmente¹⁵².

b) Voltando ao conceito de direito fundamental, em qualquer um deles, partindo do ponto de vista dos seus titulares, é representado um conjunto de posições jurídicas de vantagem pertencentes aos particulares, que resultam das obrigações/deveres jurídicos que a norma de direito fundamental impõe, principalmente¹⁵³, ao Estado. Nesta ótica das pretensões jurídicas individuais, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais terá um conteúdo multifacetado e variável de acordo com o espaço de ação mas definido e

¹⁵¹ Cfr. MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, p. 607, e CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, p. 461.

¹⁵² Cfr. *ibidem*, e ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa, op. cit.*, pp. 9-13, e a jurisprudência atual, exemplado no Ac. do TRL, de 11/12/2019, Processo n.º 4695/15.2T9PRTL1-9, ponto II e VII (sumário), declarando que a honra radica na dignidade humana e que a invocação do exercício da liberdade de expressão para justificar certas expressões atentatórias da honra pode implicar a ilicitude, sob pena da violação do *princípio da dignidade da pessoa humana*; não poderemos pois compadecer com esta forma de pensar, *vide* a crítica no ponto 2.1., d) e em 3.3., b).

¹⁵³ É, no mínimo, discutível o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que se situam no mesmo plano, portanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, *vide* NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*, Coimbra, Edições Almedina, 2019, p. 14; e também CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, pp. 383-387, e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 409 e 448, sobre a doutrina afirmar que essa eficácia, juntamente com a eficácia vertical (vinculando os poderes públicos), estará expressa no artigo 18.º, n.º 1, da CRP, quanto ao regime dos direitos, liberdades e garantias, e sobre estar verificado nesta relação jurídica entre os privados a aplicação de uma das funções dos direitos fundamentais, a de protecção perante terceiros.

desenvolvido consoante as dimensões que eles podem ter¹⁵⁴. Agora, a fim de que se compreendam as funções – ou melhor, a função primordial – e os limites do direito penal, nomeadamente, quanto à restrição de direitos fundamentais, num Estado de Direito Democrático, aplicados ao caso concreto, será necessário fazer uma consideração acerca da perspectiva jurídica material dos direitos fundamentais, passando tanto por uma dimensão objetiva como por uma dimensão subjetiva, autónomas uma da outra, sem prejuízo da relevância do conceito de bem jurídico-penal (da honra) e do conceito material de crime (de injúria) que serão objeto de maiores apreciações no próximo capítulo, juntando-se pois à discussão a problemática do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, quer para este momento, quer para depois¹⁵⁵.

Os direitos fundamentais têm como sua primeira função «a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)». Logo, as normas são consagradoras de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos e em dois planos ou dimensões. Num plano jurídico-objetivo, dado que a norma é de competência negativa, ficando todos os poderes públicos proibidos fundamentalmente de interferir na esfera jurídica individual, e num plano jurídico-subjetivo, porque a norma consigna o poder de exercer positivamente o direito fundamental, ao mesmo tempo que determina a faculdade de exigir omissões do Estado, com a finalidade de evitar agressões por parte do mesmo. Vejamos exatamente no concernente ao direito à liberdade de expressão, do artigo 37.º da CRP, o que implica esta função: a proibição de qualquer tipo ou forma de censura – no plano jurídico-objetivo –, no n.º 2; e no n.º 1, – no plano jurídico-subjetivo – o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva) e o direito de expressão e o direito de informação sem impedimentos nem discriminações (liberdade negativa)¹⁵⁶.

Na verdade, esta função não se esgota numa só dimensão (subjetiva), da mesma forma que também não se confunde com as específicas dimensões dos direitos

¹⁵⁴ Estes deveres jurídicos não se confundem com deveres fundamentais. A par desta obviedade, aqueles podem ser deveres de fazer, deveres de não-fazer ou deveres de suportar, da mesma maneira que as pretensões subjetivas dos particulares podem ser de fazer ou de não-fazer, pretensões a prestações, ou consistir em poderes de conformar uma situação jurídica em específico, *vide* CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 532 e 533, e NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010, pp. 54-56.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», *op. cit.*, pp. 342 e 343; NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 401, 407 e 408.

fundamentais. O mesmo deverá valer para as variadas funções dos direitos fundamentais. Quer dizer, a função de defesa que decorre da existência do direito à liberdade de expressão contra o Estado, e que está muito associada à perspetiva jurídico-subjetiva do direito fundamental, também é constituída por um conteúdo objetivo, por isso se falam nos direitos subjetivos em normas de competência negativa, como dissemos atrás, ou porque proíbem a ação do Estado ou porque admitem que ele se intrometa apenas sob determinadas condições¹⁵⁷. Para mais, os direitos fundamentais não devem ser tidos unicamente como direitos negativos, conferidos com uma função de defesa ou de liberdade, e que garantem posições jurídicas subjetivas, cujo sujeito passivo é o Estado. Uma dupla dimensão ou natureza dos direitos fundamentais, que existe para a generalidade da doutrina, demonstra que estes direitos não serão apontados somente para os indivíduos, como também consistirão em pressupostos elementares de uma vida livre e digna de cada ser humano, necessariamente considerados dentro de uma comunidade livre, em que um precisa do outro reciprocamente. Trata-se de valores e fins que interessam para a coletividade, cuja prossecução se dá, normalmente, através da ação do Estado¹⁵⁸.

Em primeiro lugar, é esta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não está simplesmente relacionada com o facto de os mesmos estarem previstos em formulações normativas que contêm as posições jurídicas dos cidadãos, constituídas pelos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, sendo a dimensão objetiva o reflexo destes; mas muito mais que isto, os direitos fundamentais são igualmente distinguidos como direitos objetivos, que se consubstanciam em decisões constitucionais fundamentais, que se expressam na forma de diretrizes e impulsos para os órgãos legislativos, judiciários e executivos, e que produzem efeitos não totalmente confluentes com os implicados nas posições jurídicas subjetivas¹⁵⁹. Desde o ímpeto provocado pela Constituição alemã de 1949 e o prosseguimento da jurisprudência constitucional a seguir à Segunda Grande Guerra, que teve influência em diversos aspetos (designadamente, o efeito irradiante para toda a ordem jurídica dos direitos fundamentais), tem vindo a confirmar-se uma dimensão dos direitos fundamentais da qual se pode abstrair totalmente da questão da titularidade

¹⁵⁷ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, op. cit., p. 72, e *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 107, e BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso», in: José de Faria Costa et al. (org.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 244 e 245 (e nota 29).

¹⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, op. cit., pp. 105-107.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

individual e da estreita relação com o Estado, podendo qualificar-se os direitos fundamentais como elementos jurídicos de uma ordem objetiva de valores¹⁶⁰.

Já a dimensão subjetiva é aquela que mais habitualmente se vê associada ao tema dos direitos fundamentais devido à sua tradição histórica e liberal e porque é aqui que estes direitos se caracterizam por garantias jurídicas da liberdade e da autodeterminação individual. Transparece, exatamente, «um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efectiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular.» e, neste seguimento, a dimensão subjetiva, articulada com a função de defesa, ganha relevância preponderante porque o particular tem a possibilidade juridicamente reconhecida de se autodeterminar e da realização otimizada dos tais interesses próprios, pela imposição ao Estado, no mínimo, do correspondente dever geral de abstenção ou respeito. Ainda que este dever possa integrar a dimensão objetiva, porque é objetivamente imposto pela norma de direito fundamental numa dada ordem jurídica, já o seu impulso, o seu fundamento e os seus critérios da atuação têm na dimensão subjetiva a sua fonte¹⁶¹.

c) Em especial, o direito à liberdade de expressão, um direito que visa conceder aos indivíduos espaços de atuação livre sem que o poder estadual se intrometa¹⁶², é visto na outra perspetiva jurídica (da «fundamentação objectiva») como «liberdade institucional», sublinha J. J. Gomes Canotilho, e, maioritariamente, quando está em causa o seu significado para o interesse público e lhe é atribuído um valor geral para a vida comunitária, interligando-se com as finalidades da autodeterminação democrática, da garantia de uma esfera do discurso público aberta e pluralista e da formação da opinião pública no funcionamento do sistema político, e da própria garantia de diversidade de opiniões. Por esta razão se diz que o Estado não deve ser intitulado apenas como inimigo,

¹⁶⁰ Vide, para todo o parágrafo, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 56-58 e 80, e *Direitos fundamentais*, *op. cit.*, pp. 106 e 107, e também SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», *op. cit.*, pp. 343-346 e 354-356, sobre o caso *Lüth* (1958) do TCF alemão, e não relevando qualquer importância quanto ao uso da terminologia mais adequada para caracterizar a dimensão em questão, nem importando a insistência de um paralelismo necessário entre as normas-regra e a dimensão subjetiva, de um lado, e as normas-princípio e a dimensão objetiva, do outro, porque na discussão destas dimensões tanto podem existir regras e princípios que consagram direitos subjetivos fundamentais, como regras e princípios meramente objetivos que preveem direitos fundamentais, de acordo com o entendimento de Robert Alexy (*idem*, *op. cit.*, pp. 347 e 348) e de CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 1255 e 1256.

¹⁶¹ Vide ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 109 e 110, e NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 95 e 99-101.

¹⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, p. 150.

como também amigo da comunidade, podendo intervir principalmente de forma positiva, numa função de promoção do direito à liberdade de expressão, para melhorar a qualidade do debate público, tal como remata Jónatas E. M. Machado¹⁶³. Mas, se a intenção é relevar alguma dimensão de juridicidade do direito fundamental da liberdade de expressão no conflito com o bem jurídico honra no âmbito do direito penal, o problema deve ser antes suscitado no que diz respeito à dimensão subjetiva e a uma função negativa e defensiva, pois o objetivo é a resistência às intervenções do Estado, particularmente, quanto à norma legal que criminaliza a injúria.

Decididamente que a doutrina e a jurisprudência constitucionais terão razão em conferir à dimensão objetiva uma espécie de mais-valia jurídica, visto que os direitos fundamentais, nesta perspetiva jurídica, desencadeiam várias categorias funcionais e alcances diferentes – seja a já mencionada eficácia horizontal ou externa dos direitos fundamentais, ou o efeito da irradiação para toda a ordem jurídica, ou os deveres de proteção do Estado contra terceiros; seja as garantias institucionais; seja as normas procedimentais e organizatórias – com vista à aplicação efetiva dos direitos¹⁶⁴, todavia, uma vez que também os direitos fundamentais são considerados, em primeira linha, direitos individuais, seguindo-se a sua proteção enquanto direitos subjetivos (e não necessariamente sob a forma de direitos objetivos)¹⁶⁵ e ficando assim reduzida a dimensão objetiva a uma dimensão objetiva estrita «em que só têm lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais.»¹⁶⁶, é a dimensão subjetiva da função de defesa que será invocada no problema sobre a criminalização de um comportamento. Por esta razão, o direito a *non facere* do Estado, que

¹⁶³ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 1256 e 1257, e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 34 e 35; e cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 260-266, 268- 271, 279-281 e 382-385, sendo um exemplo da manifestação nesta dimensão, deste direito fundamental, a existência do serviço público de rádio e de televisão independentes do poder político e dos poderes económicos e sociais, no artigo 38.º, n.º 4 e 5, da CRP.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, *op. cit.*, pp. 346-348; e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos, op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos, op. cit.*, pp. 108 e 109. Esta tese significa uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em detrimento da garantia da ordem objetiva, independentemente de na lei fundamental portuguesa haver uma maior inclinação explícita para a dimensão objetiva, *vide*, para melhor desenvolvimento, quem a defenda, ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, p. 452, e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 1257 e 1258, e quem lhe conceda exceções, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições, op. cit.*, pp. 96-100, e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos, op. cit.*, pp. 141-144.

¹⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos, op. cit.*, p. 108.

é indissociável desta dimensão e que origina um correlativo dever de abstenção, resultará na imposição de limites à atuação do Estado no campo do direito penal¹⁶⁷.

Na realidade, a dimensão subjetiva da liberdade de expressão no sentido amplo identifica-o numa posição jurídica subjetiva essencialmente de natureza ou função negativa, num direito de defesa¹⁶⁸. De sorte que o direito à liberdade de expressão compreenderá, nestes termos, dois deveres na concretização da sua dimensão subjetiva. Ambos estão obviamente conectados com o sentido histórico dos direitos fundamentais, na vertente influente dos direitos civis e políticos, e, em simultâneo, redimensionaram-se no presente pois o poder soberano aumentou inclusive a sua margem de restrições possíveis dos direitos dos cidadãos. Concretamente são eles um dever positivo estadual de proteção da liberdade de expressão perante agressões de terceiros e, aquele que importa para o caso, um dever negativo de o Estado (e de terceiros) se abster de qualquer interferência no exercício do direito, com as devidas ressalvas em que essa interferência será admitida se se preencherem os requisitos materiais e formais exigidos¹⁶⁹ – como deveria verificar-se de imediato com a atual proibição legal da injúria (no artigo 181.º do CP) – conforme o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e salvaguardando o conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão, nos ditames do n.º 2 e do n.º 3 artigo 18.º da CRP. A densificação constitucional deste princípio é que viabilizará a apreensão da função primária do direito penal de proteger bens jurídicos e com que limites, atendendo à robustez das funções (de defesa e de proteção) e das duas dimensões impostas aos direitos fundamentais¹⁷⁰.

Mais uma vez, entendemos que a condição de norma de competência negativa retrata a consequência jurídica da dimensão objetiva da função de defesa, no entanto, da mesma dimensão objetiva não se depreendem efeitos potencialmente autónomos, pelo menos, não neste panorama funcional. É no desempenho da função de proteção de direitos fundamentais que compete ao Estado a ação positiva, seja contra as entidades públicas, seja contra as agressões de outros particulares ou até mesmo oriundas de outros Estados estrangeiros, na base da qual ficará incumbido na obrigação de tomar as medidas de

¹⁶⁷ Cfr. BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, p. 262, e ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte, op. cit.*, p. 404.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 1259 e 1260.

¹⁶⁹ Vide BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 34, e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 378-380.

¹⁷⁰ Cfr. BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, pp. 243-245.

natureza diversa, v.g., por meio da lei penal, que se acharem necessárias para proteger adequadamente e para promover efetivamente o exercício dos bens jusfundamentais. Como dissemos, o poder com que o Estado fica outorgado faz dele, no enquadramento desta função, um guardião dos direitos fundamentais, contrariamente do que com tradicionalmente é conotada a dimensão subjetiva e a função de defesa. Portanto, considera-se esta função como uma das fortes possibilidades de conceder a autonomia decisória da dimensão objetiva, desligada da aceção objetiva axiológica que também lhe é remetida (veja-se o caso do sobredito dever de abstenção que está intimamente relacionado com a outra dimensão), para reforçar os efeitos normativos dos direitos fundamentais¹⁷¹.

A vinculação estadual aos direitos fundamentais compor-se-á em deveres de proteção e de promoção ou imperativos de tutela perante quaisquer ameaças, especialmente, provenientes de terceiros, havendo quem avalie este dever estadual de proteção como o conceito central da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁷². Ultrapassa-se assim a relação típica bilateral entre indivíduo, titular do direito fundamental, e Estado, seu destinatário, para se valorizar esta tarefa protetora encarregada ao ente soberano que sempre pretendeu executar, por definição, no predomínio de uma função comunitária e de interesse generalizado (defendendo as liberdades e os bens jurídicos pessoais ao garantir a segurança pública e ao combater a criminalidade) mas nunca como a forma de poder proteger direitos individuais, sendo ele responsável pela sua garantia plena e efetiva¹⁷³.

O fundamento da obrigação geral de proteção não será pois apenas a dimensão objetiva de cada disposição de direito fundamental, como também será a consequência do Estado deter o monopólio da força coerciva legítima para preservar a ordem de paz, como era já na fundação do Estado moderno, porém, desde os finais do século XVIII e no século

¹⁷¹ Vide, relativamente a todo o parágrafo, *ibidem*, *op. cit.*, p. 246, SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, *op. cit.*, pp. 349, 353 e 356, CUNHA, Maria da Conceição, “Constituição e Crime”, *op. cit.*, pp. 273 e ss., e NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 86 e ss.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, *op. cit.*, pp. 356 e 357. Denota NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 86-89, que a doutrina encontra-se generalizadamente conformada com a integração deste dever na dimensão objetiva num sentido positivo, devido à natureza dos direitos fundamentais ser também de decisões objetivas de valor, em vez de reconhecer um direito subjetivo à proteção estatal, o que seria o mesmo que dizer que o dever de proteção decorre de uma vertente negativa da dimensão objetiva.

¹⁷³ É nítida a convocação da ação positiva estatal, num Estado de Direito Democrático, no artigo 2.º da CRP, quando o mesmo declara uma «*garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais*» (itálico nosso), vide ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 133-135.

seguinte com o início do Estado social e democrático de Direito, o exercício dessa força deverá ser juridicamente limitado¹⁷⁴.

Será pois discutível em que termos um dever de proteção pode corresponder a um dever de criminalização ou a injunções/imposições constitucionais de criminalização, como comumente é tratado este problema. Sabemos que aquele dever obriga a que o Estado intervenha com a finalidade de apreciar toda a atividade estadual, quer seja no plano legislativo, judicial ou administrativo, mas ele deve igualmente aspirar o respeito pelos direitos fundamentais relativamente às omissões ou mesmo atuações insuficientes do Estado quando estiver em causa a violação de algum desses direitos provinda da inação (indevida) do Estado¹⁷⁵. Definitivamente que aqui ingressamos já noutra temática, a da proibição de insuficiência¹⁷⁶, que não será exclusivamente retribuída à significação do dever estadual de proteção mas que não deixaremos de discutir no capítulo seguinte quando se colocar frente a frente o princípio da proibição do excesso.

De facto, o papel do legislador (v.g., em matéria penal, civil, administrativa, laboral, contra-ordenacional, processual) estará no centro da tarefa estadual a que se compromete o Estado, porque é ele quem determina o «essencial da definição do *quando* e sobretudo do *como* da prossecução da acção estadual de tutela dos direitos fundamentais.», dispondo de uma ampla margem de liberdade de decisão e de conformação, bem maior se for relativa a uma proteção jurídico-penal, e talvez por isso, nesta esfera de proteção é que a dimensão objetiva assume maior destaque por meio dos deveres de proteção¹⁷⁷. O legislador ordinário deve medir conjuntamente a importância constitucional relativa do bem objeto de proteção, o grau de probabilidade do ataque ou da ameaça a que esse bem se sujeita e as consequências restritivas da medida de proteção jurídica, sem esquecer que na doutrina constitucional e penal obtém relevo a questão tanto das imposições constitucionais de criminalização como de descriminalização (ver ponto 3.4.). Logo, a

¹⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais*, op. cit., pp. 215-217, 255 e 256.

¹⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, op. cit., p. 135; SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», op. cit., p. 361.

¹⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, op. cit., p. 136; NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, op. cit., p. 89.

¹⁷⁷ Vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», op. cit., pp. 246-248 (e nota 40), que salienta o entendimento, no mesmo sentido, do TC português; ANTUNES, Maria João, «A problemática penal e o Tribunal Constitucional», in: Alves Correia et al. (orgs.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 101 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, op. cit., pp. 89-91; SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», op. cit., pp. 358 e 359.

decisão legislativa dependerá das avaliações, das ponderações e dos juízos de prognose do legislador¹⁷⁸.

Dado que é inegável que a proteção judicial efetiva e tempestiva dos direitos, liberdades e garantias *personais*, no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, corresponda a um dever especial de proteção, justificar-se-á que o direito à honra possa revestir-se da função de proteção na dimensão objetiva dos direitos fundamentais em ordem à determinação da sua tutela com recurso a medidas penais, sempre que for caso disso, satisfazendo-se a obrigação a uma investidura estadual, ainda que de forma mais onerosa¹⁷⁹. Pela prossecução deste dever de *facere*, é adequado dizer que este é o ponto de partida da decisão legislativa sobre a criminalização legítima e que a relação jurídica será, desta vez, tripartida: entre o titular do direito à proteção e o Estado mas também com o terceiro, que é titular de um direito subjetivo de defesa e que será a pessoa do suposto agressor do primeiro direito; neste seguimento, e de acordo com o pensamento vital de Robert Alexy, os direitos fundamentais – no nosso caso, da liberdade de expressão e da honra – compõem os bens jurídicos constitucionais essenciais, encabeçados por dois particulares em conflito, respetivamente, um – a liberdade de expressão, a par obviamente da liberdade geral de ação – postula uma *proibição* (na realização da função de defesa) de todo o tipo de ação estadual que com ele contenda e o outro – a honra – estabelece uma *imposição* (na realização da função de proteção) de prevenção adequada e eficaz da afetação da integridade do bem jurídico ameaçado¹⁸⁰.

Abre-se então caminho com a teoria dos deveres de proteção para a aferição da legitimação material da intervenção penal, legitimação essa numa componente positiva. Não é de todo inesperado que dos direitos dos outros, na medida em que deles se vislumbra um dever de abstenção, se desdobre uma limitação ao dever de proteção, pois o cumprimento do último poderá restringir desproporcionalmente um direito ou liberdade fundamental. Por outras palavras, a proteção da esfera jurídica de um indivíduo pode levar à violação de um outro direito fundamental, de outro indivíduo, com isso requer-se o apelo ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, além disso, em particular, à luz da

¹⁷⁸ Vide, quanto a todo o parágrafo, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 90 e 91.

¹⁷⁹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁰ Vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 247-251, citando no mesmo sentido Ac. n.º 75/2010, do TC, Processos n.º 733/07 e n.º 1186/07, ponto 11.4.3.; ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, *op. cit.*, pp. 420-422; NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 92 e 93; e CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 168.

compreensão da função de proteção contra terceiros num primeiro patamar e, num segundo patamar (agora, como ponto de chegada), da oposta função de defesa contra o Estado que geralmente se manifesta nas categorias da dignidade penal e da necessidade penal, as quais são relevantes para a concretização do conceito material de crime¹⁸¹ (ver *infra*).

d) Se bem nos lembrarmos, em jeito de apontamento, a doutrina reconhecia a necessidade de um âmbito de proteção alargado do conteúdo da liberdade de expressão, pois só desta forma poderia afirmar-se o princípio de que a liberdade individual é a regra e a sua restrição é a exceção, exigindo-se clareza na ponderação de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Em paralelo, este âmbito de proteção faz com que a liberdade de expressão tenha uma estrutura normativa de princípio e, como integra o leque de direitos, liberdades e garantias, poderá carecer de otimização dentro do quadro de possibilidades fácticas ou jurídicas concretamente existentes. No conflito com o direito à honra, será justamente o princípio da proporcionalidade que mediatizará a ponderação com este direito¹⁸². No entanto, aquilo que agora se expõe não é o problema da restrição legislativa propriamente dita mas da solução, em abstrato ou concreto, da colisão entre direitos fundamentais, visto que deve haver esta diferenciação dentro do sistema normativo constitucional, embora haja a tendência, já entre nós, de o problema da limitação dos direitos fundamentais, associado à ponderação e à harmonização, abarcar amplamente na discussão da colisão de direitos o tema da restrição legislativa e dos limites imanentes¹⁸³. A

¹⁸¹ Vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, pp. 247-251, que adverte para a plena autonomia entre ambas as funções todavia, constando-se um conflito insanável entre elas, deverá prevalecer, em regra, a função da defesa, conforme o texto do n.º 3 do artigo 18.º da CRP; DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa), *RLJ*, ano 145.º, n.º 3998, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 265; o Ac. n.º 75/2010, do TC, Processos n.º 733/07 e n.º 1186/07, ponto 11.4.8., SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, *op. cit.*, pp. 360 e 361; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁸² Cfr. BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 33 e 34, e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 373-378, 708 e 751, que se refere ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, neste contexto, como «um verdadeiro *metaprincípio de otimização* dos múltiplos princípios que integram a ordem jurídica.»

¹⁸³ Correspondendo a delimitação do conteúdo de proteção do direito fundamental à apreciação do problema dos limites dos direitos fundamentais, e a restrição do seu conteúdo ao problema das leis restritivas gerais e abstratas. Vide, para melhor desenvolvimento, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 261-274, que rejeita a norma de direito fundamental como princípio porque o direito não é um valor intocável e não deve ser um imperativo de otimização, ao invés de CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 1270-1283, que aceita essa conceção, da mesma forma que admite a existência de normas-regra; e ainda CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 388-391, e MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 850 e 851, sobre a distinção entre as normas penais e os conflitos em casos concretos.

doutrina constitucional recorre pois a um princípio de interpretação constitucional para dar solução (de harmonia) ao conflito entre dois valores constitucionais em contradição, em que, para o dirimir, o «conflito entre o direito de liberdade de expressão e o direito à honra terá de ser resolvido com base nas circunstâncias concretas do caso *sub judice*, estabelecendo limites a ambos os direitos, por forma a alcançar-se o saldo mais favorável, segundo o princípio da concordância prática dos bens em colisão». Pretende-se evitar o sacrifício total de cada um em relação ao outro¹⁸⁴, contudo, se não for possível a aplicação coexistente dos princípios em conflito, impõe-se a ponderação de bens que consiste no sopeso dos direitos, no caso concreto, com o fim de se determinar o que tem mais valor, repetindo-se este procedimento sempre que ambos se confrontarem. Deste modo, o sacrifício de um dos direitos é levado avante, escrutinado pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo, em que tem de ser, imperiosamente, adequado para a salvaguarda do outro direito e comprimindo-o o menos possível¹⁸⁵.

Intensifica-se, por consequência, a pertinência do princípio da proporcionalidade porquanto, num momento, a partir dele procura-se alcançar o ponto ótimo de máxima efetividade dos direitos em colisão, aquando da ponderação dos bens, e, no outro, ele mesmo constitui uma limitação ao prosseguimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais quanto à realização dos deveres de proteção, o que está inter-relacionado com a afirmação da função de defesa¹⁸⁶.

Tal como seria expectável, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e ilimitado, e também qualquer restrição legislativa terá de respeitar, neste caso, os limites constitucionalmente autorizados. Ou seja, a responsabilidade sobre a ponderação de bens que leva à restrição da liberdade de expressão fica a cargo do legislador ordinário, podendo o legislador constituinte oferecer ou não indicações sobre os fundamentos constitucionais atendíveis nesse processo de ponderação. O que sabemos é que no artigo 37.º, n.º 3, da CRP, é atribuída expressamente uma competência genérica de regulação do direito de

¹⁸⁴ Como na *nota 140*, vide ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa*, *op. cit.*, pp. 152 e ss., CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 1225, e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 54 e 55.

¹⁸⁵ Fica assim afastada a hipótese de uma preferência abstrata (mas sim, concreta) de um dos bens, descartando-se uma hierarquização antecipada dos direitos fundamentais, que é intolerável, vide CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 1236-1241, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 294-299, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 726 e ss., e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 55-57.

¹⁸⁶ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, p. 137, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 726 e 727.

expressão (e do direito de informação) especialmente subordinada aos princípios gerais do direito penal. No entanto, também sabemos que qualquer norma proibitiva, cujo propósito seja a penalização de um comportamento, só deve “ver a luz do dia” caso esteja verificada a legitimidade da intervenção penal, circunscrita «às ofensas *mais significativas* dos mais importantes interesses individuais e colectivos constitucionalmente reconhecidos.» (itálico nosso), conforme o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP¹⁸⁷.

3. A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO CRIME DE INJÚRIA

Finalmente, depois de assimilados os conceitos e os tópicos jurídico-dogmáticos oportunos relativamente à temática dos direitos fundamentais, ocupar-nos-emos do questionamento da criminalização materialmente legítima da injúria, ou melhor, da descriminalização materialmente legítima, em atenção a cada um dos juízos reflexivos que este percurso exige, sem olvidar-se das implicações do direito constitucional, e indagando uma nova abordagem da política-criminal com o apoio da jurisprudência constitucional italiana.

3.1. A determinação do bem jurídico digno de pena: a questão prévia do dever estadual de proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pena

a) Se, de um modo geral, o direito penal só pode e deve intervir quando for para salvaguardar as condições mínimas (e não ótimas), que se dizem ser essenciais, para a livre realização e desenvolvimento da personalidade individual e para a convivência das pessoas em sociedade, e que quando houver uma lesão particularmente grave dos bens jurídicos é que há a necessidade da sua sanção, então a delimitação da sua legitimidade material será

¹⁸⁷ Vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, p. 241, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos, op. cit.*, pp. 274 e ss., e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, op. cit.*, pp. 708, 709, 711, 720, 726, 727, 740, e 748-751, lembrando que, apesar de o âmbito normativo dos direitos fundamentais não poder ser definido pelas normas de responsabilidade penal (e civil) criadas pelo legislador ordinário – não existindo, por exemplo, um direito penal da honra –, o que existe é uma proteção penal dos direitos de personalidade constitucionalmente consagrados. O autor continua advertindo para a premência da «necessidade de assegurar a capacidade de prestação dos órgãos judiciais perante o perigo de os mesmos se verem sobrecarregados com a análise de pretensões de queixosos hipersensíveis» porque a liberdade de expressão deve ser amplamente protegida, ressalvando as sanções constitucionais quando se verificarem violações manifestamente graves dos direitos de personalidade.

precípua. Está envolto o problema da definição do crime que reclama a identificação dos bens jurídicos penalmente relevantes e a constatação da utilidade e das vantagens da tutela penal. Por outro lado, esta averiguação decerto não se circunscreve a uma legitimidade formal, aliás, pouco terá a ver, pois o que neste momento se quer saber são as razões, que ditames motivaram o legislador a punir como crime determinados comportamentos humanos, levando isso a consequências jurídicas e sociais, e não a discussão da sua capacidade para tal, que é assente¹⁸⁸.

Tendo em mente a confirmação da legitimação previamente referida, deverá começar-se por interpretar o chamado princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”, refletindo-se na concordância da função do direito penal, que é a tutela subsidiária dos bens jurídico-penais (artigo 40.º, n.º 1, do CP) ou a «*protecção do mínimo ético-jurídico fundamental (dimensão axiológica)*»¹⁸⁹, e dos limites do direito penal com, o que se pode dizer, a perspetiva do racionalismo teleológico-funcional do conceito material de crime. Só um conceito destes como critério material ou axiológico-normativo é que há de ser um critério válido para legitimar a decisão legislativa da incriminação de uma dada conduta, revelando-se a lei fundamental como fonte da legitimação material, pela doutrina penal dominante e pela jurisprudência constitucional nacional, e como base da orientação do legislador ordinário na determinação dos valores constitucionais que devam ser protegidos através da criminalização dos comportamentos que os violem¹⁹⁰.

Nesta ideia, o conceito material de crime não deve ser observado numa qualquer outra perspetiva, definitivamente não como a da «moral (ético)-social» posto que o ordenamento jurídico-penal não se prende com noções de pecado e de castigo, nem deve encontrar um homólogo na ordem religiosa, ou mesmo servir de tutela da virtude ou da moral¹⁹¹. De facto, não há nenhum outro ramo do direito que interaja tão fortemente e seja

¹⁸⁸ Vide CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 13 e 14, e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, pp. 106 e 107.

¹⁸⁹ Na expressão de CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise histórica. Sentido e Limites, Sep. do BFDUC*, 1985, p. 90-92.

¹⁹⁰ Cfr., sobre todo o parágrafo, *ibidem*, em que Américo A. Taipa de Carvalho admite que tal critério material, ao apelar à «consciência ético-social da comunidade histórica», obsta à sua inteligibilidade e, portanto, a sua concretização resguarda-se no texto constitucional; BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 239 e 240; DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 32 e 33; CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 19; e ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *RPCC*, ano 2, n.º 1, Lisboa, Aequitas: Editorial Notícias, 1992, pp. 173 e 174.

¹⁹¹ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, pp. 111 e 112.

bastante limitado pelo direito constitucional, simultaneamente como a política-criminal também é definida e demarcada pela lei fundamental. O direito penal, relativamente aos valores ou interesses suscetíveis de integrar o sistema penal de bens jurídicos, não deve por isso expandir-se a fechadas mundividências religiosas, metafísicas e ideológicas, acabando por distanciar-se da exclusividade do seu fundamento na imoralidade da conduta punível, e deve reduzir-se, sim, aos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis para a pessoa ou para a própria sociedade democraticamente organizada, quando for para garantir a sua proteção necessária e eficaz, já que desses bens se retiram os referentes teleológico-materiais das incriminações do legislador penal¹⁹².

Na construção daquele conceito criminológico (não meramente formal) de crime, ainda antes de qualquer divisão de bens jurídicos, o crime tem de ser histórico-espacialmente situado para que posteriormente possam ser definidos os bens jurídicos merecedores de tutela penal. Este conceito é dado ao legislador ainda antes do direito e servirá de *padrão crítico* para o elucidar do que pode e deve ser criminalizado, daquilo que por sua vez não pode nem deve ter relevância penal e incluindo as normas penais já constituídas, e tudo isto cumpre-se, como é mais aceite pela doutrina, se se atender quanto à função do direito penal. Ao mesmo tempo será crucial a determinação em concreto destes bens para a própria definição do crime¹⁹³.

b) Retomando a noção de bem jurídico, na conceção teleológico-funcional e racional que iniciámos no ponto 2.1., a), em que o mesmo deve ter conteúdo material, ocupar o lugar de padrão crítico da legislação e ter uma orientação político-criminal, deduzimos que o bem jurídico-penal é encarado como «um pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui *dignidade penal*.» (itálico nosso). Além do mais, a missão do direito penal consiste em garantir a proteção de bens que são na maior parte das vezes direitos jurídico-constitucionalmente estabelecidos, representando uma parte importante na legitimação

¹⁹² ANDRADE, Manuel da Costa, «Constituição e Legitimação do Direito Penal», in: António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.) *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 51-54, e «A ‘dignidade penal’, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹³ Vide, sobre todo o parágrafo, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, pp. 106, 107 e 113, CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 15, e ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra, Edições Almedina, 2019, pp. 48 e 49, ainda que se venha a anunciar desde há algum tempo que o conceito material de crime que assenta na função da tutela de bens jurídicos poderá estar em crise (*idem, op. cit.*, pp. 54-58).

(negativa) da incriminação¹⁹⁴, quanto à qual iremos ver de que forma se processa; no entanto, ainda antes disso, os mesmos direitos constitucionais destacam-se noutra vertente legitimante, porque essa função do direito penal é fundada na lei fundamental, também porque no âmbito do problema da legitimação material da atividade penal verifica-se uma conexão com o regime *constitucional* que especialmente regula as limitações dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), como vimos *supra*, e, conseqüentemente, porque se tratam de bens jurídicos integrados na ordem dos direitos fundamentais¹⁹⁵.

Na relação incontornável entre a Constituição e o direito penal, é evidente a observância da primeira como fundamento, e não apenas como limite, do direito penal e a evolução que devido a tal foi possibilitada, no que concerne em matéria de direitos fundamentais e no desenvolvimento de um Estado legislativo de direito e do princípio da legalidade para um Estado constitucional e do princípio da constitucionalidade. Da efetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se resumia simplesmente a sua positivação no texto constitucional, de sorte que no plano dos deveres de proteção é que se enfatiza uma das ligações específicas ao direito penal, relativas à sua interferência materialmente legítima ou ilegítima. Neste sentido, são também referentes dessa legitimação na posição de direitos fundamentais e não somente como bens jurídicos consagrados no texto constitucional limitadores da liberdade de conformação do legislador¹⁹⁶.

Tal como dissemos *a priori*, com a punição de um comportamento é provocada a restrição de direitos, liberdades e garantias dos destinatários da incriminação, como acontece com o direito à liberdade de expressão pela punição da injúria. Segundo o princípio da ofensividade, é a ofensa (grave) a um bem jurídico (de eminente relevo social)¹⁹⁷ que desencadeia primeiramente a atuação positiva de quem detém o *ius puniendi*,

¹⁹⁴ COSTA, José de Faria, *Noções*, *op. cit.*, p. 164; ROXIN, Claus, «O conceito de bem jurídico», *op. cit.*, pp. 12 e 13.

¹⁹⁵ Cfr. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio Para Uma Recompreensão Da Relação Entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, Coimbra: [s.n.], 2013. Tese de doutoramento, pp. 510 e 511, e «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 240-242.

¹⁹⁶ Sem forçosamente se subentenderem porém a imposições constitucionais de criminalização (ver ponto 3.4., b) e c)). Cfr. ANTUNES, Maria João, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 59 e 60; e *vide* STRECK, Lenio Luiz, «Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais», *in: BFDUC*, Vol. 80, 2004, pp. 340 e ss., relativamente à imposição da Constituição como fundamento da pena.

¹⁹⁷ COSTA, José de Faria, *Noções*, *op. cit.*, pp. 161 e ss.

logo será necessário discriminar em que situações pode ou deve eventualmente ser chamado o legislador penal para que ele coloque em prática tal capacidade. Esta parte do problema da legitimação revela-se numa primeira vertente em que se suscita a questão da legitimidade material positiva; por seu turno, à legitimidade material na vertente negativa é conferida a questão de se delimitar quando é que o direito penal não pode atuar. Por um lado, a definição de uma função e, por outro, a definição de um limite. A despeito da invocação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, em regra, introduzido no levantamento da questão da legitimação negativa, precisamente porque a *ratio* deste preceito – que dá sentido ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo – se confina à limitação das restrições dos direitos, liberdades e garantias previstos na CRP, ora protegendo os direitos fundamentais que pela repressão penal são atingidos, nada obsta, pelos modos, a que se acolha igualmente da norma a função da proteção de bens jusfundamentais, no enquadramento da uma ação positiva, para a justificação do direito penal. Aliás, é este o assentimento da doutrina e jurisprudências internas maioritárias¹⁹⁸, contudo também é por cá dominante o entendimento de que possa ser invocado o princípio da proporcionalidade para apoiar e justificar positivamente as opções de criminalização, o que Nuno Brandão já discorda inteiramente uma vez que a tutela dos bens jurídicos pelo direito penal é imperativamente subsidiária. Neste seguimento, o mesmo autor traz de novo à memória o primeiro acórdão do TCF alemão sobre a interrupção voluntária da gravidez, do ano de 1975, de onde se retira, entre várias coisas, que da aceção dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, pois bem, em relação à dimensão subjetiva e à função negativa dos direitos fundamentais, e do subsequente apelo ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo (para sustentar aquilo que o direito penal não pode fazer) não poderá fundamentar-se de forma positiva uma decisão legislativa em prol da criminalização de todo e qualquer comportamento¹⁹⁹.

Portanto, sempre que na prática de um crime esteja em causa um bem jurídico que patenteie um direito fundamental, obviamente reconhecido na Constituição, o que coincidirá com a maior parte das vezes, contanto que na pergunta deve ser questionado e justificado, pela positiva, uma norma incriminatória, na resposta encontrar-se-á solução na

¹⁹⁸ Vide, relativamente a todo o parágrafo, e da mesma opinião, BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, pp. 240-242, que inclusive alude a DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, p. 107, quando este afirma que o conceito material de crime indicará também ao legislador ordinário o que «pode e deve criminalizar».

¹⁹⁹ Vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, pp. 242-245, e, para maior aprofundamento, *Crimes e Contra-Ordenações, op. cit.*, pp. 514-516.

(in) existência de um dever estadual de proteção de bens jurídicos, ora, uma decorrência dimensional e funcional da teoria dos direitos fundamentais²⁰⁰. Por este motivo, não podíamos deixar de introduzir este tema, assim que fosse possível, no âmbito do conceito de bem jurídico e da sua relevância jurídico-penal. Como dissemos antes, o ponto de partida da legitimação é orientado por uma função de proteção contra terceiros, constituído de acordo com a faceta objetiva dos direitos fundamentais, e neste panorama é feita a ligação ao bem jurídico porque é ele que «assegura o mínimo ético jurídico-constitucional indispensável para conferir ao dever estadual de protecção um substrato axiologicamente relevante.»²⁰¹.

Por isso, o que irá impactar no objeto deste estudo é saber se o direito à honra, no que deriva da aplicação constitucional do direito ao bom nome e reputação, como direito fundamental que é²⁰², fundamenta a sua tutela jurídico-penal, visto que é consensual que a teoria do bem jurídico, na formulação do tipo legal de crime, esteja cada vez mais condicionada pela materialidade constitucional e que isso, de alguma forma, molde a liberdade de decisão do legislador penal²⁰³.

Decerto que as medidas, normativas ou não, de proteção de que o Estado pode fazer uso são vastas e nenhum dever como a obrigação estadual de proteção impele de forma autoritária o recurso à atividade sancionatória do ramo do direito mais agressivo, de tal forma que não está neste propósito creditar-se um dever implícito de criminalização obrigatório, cada vez que na situação de um direito fundamental em perigo se pretenda prevenir uma eventual violação ou ameaça. O que impende sim o poder estadual, no papel do legislador ordinário, é o dever de, dentro do possível, promover as medidas idóneas e

²⁰⁰ Apesar de se testemunhar «ainda hoje uma assinalável distância» quanto a essa teoria e o discurso legitimador do direito penal, como refere BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, p. 517. Vide, acerca deste estudo, CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 271 e ss.

²⁰¹ Embora saibamos que não é por ter a natureza de direito fundamental que o bem jurídico tutelado legitima de forma suficiente um facto ético-socialmente relevante, vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 251 e 252. Em simultâneo, o «*direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, (...) deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.*», vide STRECK, Lenio Luiz, «Bem Jurídico e Constituição», *op. cit.*, p. 310.

²⁰² Veja-se o artigo 12.º da DUDH que expressamente infere: «Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.». Disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz, «Bem Jurídico e Constituição», *op. cit.*, p. 311.

necessárias com a finalidade de proteger o bem jurídico com reconhecimento na ordem dos direitos fundamentais²⁰⁴.

Ora, tais medidas, prossecutoras da natureza objetiva dos direitos fundamentais – que é aceite pela doutrina e pela jurisprudência, em muito sob a influência do direito alemão²⁰⁵ – e concretizadoras da função de proteção enraizada nessa dimensão jurídica²⁰⁶, devem seguir um programa de tutela tal que as pautas de adequação e de eficácia com o objetivo de garantir a integridade dos bens jurídicos em causa. Para atingir essa *efetividade de tutela*, que é o intento reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência maioritárias, como Nuno Brandão também refere, o legislador ordinário deve começar pela definição de uma *estratégia de tutela*, seja de que natureza legal for e qualquer que seja a consequência jurídica, que consiste em delimitar os elementos fácticos que representem as hipóteses de lesão ou de perigo para os mesmos bens jurídicos²⁰⁷. Para mais, nem tudo será efetivamente exequível quanto às tarefas que o Estado tiver que completar, isto é, não é exigível a eliminação total do risco ou de todas as fontes de perigo para os bens jurídicos; por conseguinte, na escolha do âmbito do dever de proteção, é preciso ponderar-se um conjunto de certos fatores, em que se assinalam critérios de orientação rigorosos, como o grau de importância do bem jurídico fixado na ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais, tal como a espécie e o grau de ofensas do bem jurídico, a sua intensidade e a duração, a longevidade e a reversibilidade dos seus efeitos, ainda

²⁰⁴ Em sintonia com o pensamento de BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, p. 518. Vide ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 410, e, novamente, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 135 e 136, e NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, p. 90, sobre a amplitude de opções legislativas.

²⁰⁵ Vide BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, pp. 522-524, lembrando a declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral no Ac. n.º 101/2009, do TC, Processo n.º 963/06, que afirma que, além da originária dimensão subjetiva das normas constituintes de direitos fundamentais, estas exprimem uma «decisão constituinte de proteger *objectivamente* certos bens jurídicos enquanto componentes estruturais básicas de toda a ordem infraconstitucional», vinculando «o legislador ordinário a certos deveres de protecção»; e já na doutrina portuguesa, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, pp. 57 e 58, e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 107 e ss.

²⁰⁶ Também aqui «foi o Tribunal Constitucional Federal alemão o principal impulsionador do dever estadual de protecção como função dos direitos fundamentais», algum tempo depois do caso *Lüth* (1958) pois só mais tarde, com o acórdão sobre a interrupção voluntária da gravidez, de 1975, e o desenvolvimento da tese da natureza objetiva pela doutrina, inclusive do direito privado, é que esse dever se galvanizou, vide BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, pp. 525-528, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, p. 80 e ss., e SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», *op. cit.*, pp. 343 e ss.

²⁰⁷ Pode dar-se o caso também de se adotar mais que um tipo de sanção consoante o facto desencadeie infrações que sejam de diferente espécie, portanto, nesses termos, faz-se referência ainda a um *programa de tutela* «concebido como um conjunto sistematizado e coerente de medidas estaduais filiadas num desígnio de tutela que lhes confere uma unidade global de sentido», vide BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 253 e 254, e *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, p. 570; e Ac. n.º 75/2010, do TC, Processos n.º 733/07 e n.º 1186/07, ponto 11.4.3.

considerando a probabilidade da prática de ofensas na ausência de mecanismos legais dissuasórios, a proximidade do perigo, o conhecimento e a disposição volitiva do agressor, e também a condição do ofendido e as faculdades de autotutela de que o mesmo possa dispor, a idoneidade e suficiência dos vários meios de tutela disponíveis, com vista a que, individualmente e/ou articuladamente, consiga garantir uma tutela eficaz do seu direito fundamental, entre outros²⁰⁸.

Não será tanto interrogando em ordem a cumprir o dever estadual de proteção mas primeiro procurando a determinação do conteúdo do mesmo. Para isso, Otto Lagodny propõe o critério da proporcionalidade em sentido estrito que facilita a conjugação daqueles fatores, na medida em que alguma doutrina já o enquadra na discussão da legitimação material positiva, especificamente, dentro da função de proteção dos direitos fundamentais²⁰⁹. Algumas resultâncias desse princípio²¹⁰ fortaleceriam a ideia de que as medidas protetivas aplicadas devem ser mais pesadas para quem ofende o direito fundamental/bem jurídico na situação de este possuir uma relevância jurídica mais elevada na hierarquia dos direitos fundamentais, o que não fará sentido se considerámos, por várias vezes, que tanto a honra como a liberdade de expressão, a haver hierarquia, têm o mesmo valor constitucional; ou que será maior a exigência da vinculação do Estado no caso de ser mais difícil a reversibilidade (natural ou jurídica) da lesão do bem jurídico em questão ou até se a capacidade do ofendido para evitar a agressão ou se proteger em relação ao agressor for menor, o que também nos leva a reavivar que o bem jurídico da honra é, valendo o princípio da ofensividade, imaterial, o que significa que «por mais forte e aguda que se concretize essa violação ela nunca poderá chegar à nadificação», quer dizer, não estando integrado no primeiro patamar de ofensividade jamais poderá ser totalmente aniquilado e mais facilmente ficará apto à sua restituição²¹¹, ao mesmo tempo, relembremos que a própria CRP, como um dos poucos exemplos na ordem jurídico-constitucional dos Estados, concede expressamente, no n.º 4 do artigo 37.º, na imediatez do

²⁰⁸ Algo a que, por NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições*, *op. cit.*, p. 90, também já havíamos feito referência. Contudo, ao pormenor, *vide* BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 254 e 255, e *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, p. 598.

²⁰⁹ Numa relação de “quanto-tanto”, *apud* BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, p. 255, que defende, entre nós, esta tese; contrariamente, ou, pelo menos, desenvolvendo o teste da proporcionalidade em sentido estrito somente no momento em que se queira legitimar, pela negativa, um crime, ora, na categoria da dignidade penal, *cfr.* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 226 e ss., e ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, p. 185.

²¹⁰ *Vide* BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 255 e 256.

²¹¹ *Vide* COSTA, José de Faria, *Noções*, *op. cit.*, pp. 161-163.

ilícito – inclusive deve ser tido em consideração na utilização de meios eletrônicos contanto que seja cada vez mais comum no diálogo participativo – e sem necessidade da interveniência do poder judicial, direitos de resposta como um «instrumento de defesa das pessoas contra qualquer opinião ou imputação de carácter pessoal ofensiva ou prejudicial, (...) constitucionalmente concebido como elemento constituinte do direito de expressão» e que visam proteger direitos de personalidade como o bom nome e a reputação, tratando-se de pretensões reativas ou contra-mensagens²¹²; ou que será ainda, por exemplo, mais premente o reconhecimento do dever estadual de proteção do direito fundamental quanto menor for o peso ou a importância dos direitos ou interesses constitucionais contrapostos, sobre o qual nos debatemos e acessivelmente afirmamos, com segurança, a incerteza da carência de tal obrigação, pelo menos a nível geral, ante o direito fundamental da liberdade de expressão – apesar de que a orientação da jurisprudência nacional tem vindo a refletir uma tendência abstratamente restritiva da liberdade de expressão, prevalecendo o direito à honra em detrimento da liberdade de expressão²¹³, em discordância com o princípio bastante anunciado de que é a liberdade a regra – posto que é difícil justificar-se que um outro direito fundamental, quer em abstrato, quer em concreto, tenha um peso superior a este direito²¹⁴.

Gradualmente vimos dando estabilidade à posição para arguir que a satisfação de um imperativo de tutela, fundado no direito à honra, mediante o direito penal, inspira falivelmente um programa de tutela eficaz, adequado e suficiente. Neste programa, a finalidade da Constituição é clara, mas o modo de atuação para que a mesma se realize já

²¹² Vide CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 575 e 576, e MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 857-859.

²¹³ Com isso, BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 84-87, enuncia a prevalência como um dos aspetos negativos relacionados com esta tendência, evidenciado por várias decisões judiciais, mas reafirma a proteção constitucional identicamente existente dos dois direitos fundamentais. Deste modo, ainda que só no caso de não ser possível encontrar a concordância prática entre os mesmos se deva proceder a uma preferência concreta, determinada para cada caso em concreto, o que a autora não entende é essa tendência jurisprudencial que, ao resolver o conflito a favor da honra, no fundo, «como critério da ponderação, acaba por realizar uma hierarquização abstracta de direitos fundamentais, incorrendo na violação do artigo 18.º da Constituição». Continua dizendo que não deve haver «pré-juízos de preferência por qualquer uma» pois a ponderação tem que ser feita em condições de igualdade pelo julgador. Cfr. também MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 708 e ss., ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos*, *op. cit.*, pp. 294-309, e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 1225. Em jeito de crítica, vide MOTA, Francisco Teixeira da, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a liberdade de expressão: os casos portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 18 e 19, que não esconde a sua decepção quanto à ausência de discussão na doutrina e na jurisprudência no tocante à matéria da liberdade de expressão.

²¹⁴ Pelo menos, assim é no entender do TEDH, vide nota 127 e *infra*.

não é explicitamente definido por ela²¹⁵. Deste modo, entre tantas alternativas para efetuar a tutela do direito fundamental, aquela que suceder terá sido optada por intermédio da discricionariedade do legislador, mas nunca poderá significar um meio qualquer. Um meio que deve ser então fundada e razoavelmente idóneo para garantir a integridade do bem jurídico perante determinado tipo de ofensas e eficaz, se bem que, por definição, aquele que for adequado também é eficaz²¹⁶; por isso é que entre as medidas adequadas a solução deva ser a que mais produz eficácia, porém um meio de tutela adequado mas ineficaz não mostra automaticamente que a opção pela atribuição de uma pena, por ser igualmente adequada, será a mais eficaz²¹⁷.

A legitimação positiva ainda se depara com um limite importante, o qual analisaremos no ponto 3.4., b), não obstante, por enquanto podemos adiantar que o dever de proteção da honra, se assim pudermos dizer, é satisfeito com a criminalização de certos comportamentos ofensivos da honra ou consideração, mas relativamente à conduta ofensiva na forma de ataque direto – a injúria – não podemos concordar à primeira vista, se admitirmos que existem outras possibilidades de afetação da liberdade de expressão não tão fortes e tão ou mais eficazes.

c) Na fase seguinte deste processo de legitimação material do direito penal é centrado o foco, finalmente, na determinação do bem jurídico digno de pena. Ou seja, indagando sobre a categoria da *dignidade da pena*, não releva aqui estritamente a sua natureza de direito fundamental (objetivo) – quando muito, terá valoração a função de defesa dos direitos fundamentais (subjetivos) – mas a definição do objeto da tutela penal que se constitui pelo bem jurídico merecedor da proteção jurídico-penal. Desta sorte, nem todos os bens jurídicos podem beneficiar da projeção sancionatória do direito penal; como é para generalidade, esta disciplina tem como consequência jurídica um «mal necessário»,

²¹⁵ Desta asserção também se desdobra, no âmbito penal, a inexistência de imposições constitucionais absolutas de criminalização, *vide* BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, p. 256.

²¹⁶ É este o entendimento de Nuno Brandão, *cfr. ibidem, op. cit.*, p. 257, que inclusive refere a desnecessidade de esperar por um momento de legitimação posterior (em que há a sujeição ao critério da carência de tutela penal) para aferir se a tutela do direito fundamental, impulsionada pelo dever de proteção, é adequada ou não através da medida penal; contrariamente, *vide* ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’, *op. cit.*, pp. 183 e ss., e também DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, pp. 127 e 128, que remete a aplicação mais aprofundada do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e respetivos pressupostos para o critério da necessidade penal numa fase subsequente da determinação da legitimidade da intervenção penal.

²¹⁷ BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, p. 257, e Ac. n.º 75/2010, do TC, Processos n.º 733/07 e n.º 1186/07, ponto 11.4.8.

o que faz com que «tenha continuamente de se justificar.», ainda mais dependendo de cada época histórica porque nada fica legitimado eternamente²¹⁸, quanto mais um crime (como o de injúria).

O primeiro passo dentro daquele princípio jurídico implícito e não escrito na CRP, do qual se retém que «*todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico*», nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incriminatórias, é tomado pelo critério da dignidade penal do bem jurídico, e só depois passará a legitimação da intervenção penal pelo critério da carência de tutela penal²¹⁹.

Antes de mais, estes critérios que compõem o princípio jurídico-constitucional são distinguíveis entre si, sem prejuízo de ambos contribuíram para o mesmo, ora para a definição dos comportamentos que sustentam ou não, e em que medida, a desaprovação ético-social pelo direito penal. Para a generalidade da doutrina, o direito penal legítimo está subordinado, a comando da Constituição, a uma categoria revestida sobretudo de densidade axiológica (*Wertrationalität*) ou que exprime um «juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.», e uma outra que obedece a uma racionalidade particularmente de finalidade (*Zweckrationalität*) ou que exprime um juízo duplo e complementar, de *necessidade* e de *idoneidade*²²⁰. Respetivamente, a dignidade penal, um critério de valoração, e a necessidade penal, um critério de utilidade e eficácia²²¹, uma dimensão axiológica e uma dimensão pragmática²²², um princípio de tutela de bens

²¹⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 260; apesar disso, COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção», *op. cit.*, p. 158, aponta que a pena deve ser antes vista sim como um «bem», uma vez que a ordem jurídico-penal é uma ordem de liberdade (o que não suscita qualquer dúvida) e porque a pena não deve ser um prolongamento do mal do crime (o que também não tem de ser olhando ao nosso ordenamento jurídico-penal).

²¹⁹ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 32 e 33; ANTUNES, Maria João, «Problemática Penal no Tribunal Constitucional português», *RBCC*, Ano 19, Vol. 92, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 17 e 18, e «A Constituição e os princípios penais», *in*: Relatório Português à XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, 2011, pp. 4 e 5; e CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 140, 141, 218-220.

²²⁰ Vide ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’, *op. cit.*, pp. 176 e 181-187, que, todavia, num plano semântico, não qualifica estritamente a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade penal (*Strafbedürftigkeit*), respetivamente, a um momento axiológico, por um lado, e a um momento funcional, pelo outro.

²²¹ CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 221.

²²² CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Condicionalidade*, *op. cit.*, p. 90.

jurídicos e um princípio de técnica de tutela²²³, que constituem os princípios básicos da política-criminal, que consistem nos «tópicos nucleares de fundamentação e racionalização do movimento de *descriminalização*» (itálico nosso) marcado largamente no panorama europeu das últimas décadas até hoje, e que mobilizam alguns dos princípios constitucionais que devem ser respeitados na elaboração da lei penal, como a danosidade social, o princípio da proporcionalidade, o princípio da fragmentaridade e o princípio da subsidiariedade²²⁴. De qualquer maneira, em primeiro lugar, trataremos de averiguar a dignidade penal do bem jurídico da honra e só posteriormente será desviada a atenção devida para o restante do princípio.

A dignidade penal, ou merecimento de pena²²⁵, como bem se percebe, lida apenas com os bens jurídicos que sejam dignos de tutela. Para termos uma verdadeira ordem legal de bens jurídicos cuja fonte é o sistema social, com relevo no ser humano, é necessário, para a sua materialização, um instrumento mediatizador e orientador – frustrando a arbitrariedade e alguma imprecisão do conceito de bem jurídico – que será, no entender da generalidade da doutrina, a lei fundamental. Falando-se assim de bens jurídicos (de nível jurídico-constitucional) com dignidade jurídico-penal. É esse, uma vez mais, a Constituição visto que é nela que estão consagrados os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, portanto, os direitos fundamentais de um Estado de Direito Democrático que vinculam todo o ordenamento jurídico interno, e ainda porque toda a atividade estadual a ela se subordina (artigo 3.º, n.º 2, da CRP). De facto, a relação entre a Constituição e o direito penal é muito mais estreita e denota uma particular importância devido a este ramo jurídico contender com os valores mais essenciais (seja para os proteger, seja para os limitar) à vida humana em comunidade. No fundo, quer dizer que são objeto de proteção pelo direito penal os bens que encontrem referente constitucional, que reflitam um valor jurídico e também social, e que exista mesmo previamente a qualquer proibição de algum tipo de conduta na lei penal. Desta forma,

²²³ Assim denomina, terminologicamente, Hassemer, *apud* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 218. No entanto, embora existam autores que defendem que cada um dos critérios é autónomo em relação ao outro, mas que são complementares no discurso da legitimação jurídico-penal, já, de modo diferente, existem teses que ditam uma intensa relação entre ambos, aglutinando-os num único conceito, e havendo também uma certa confusão com o próprio conceito de danosidade social, de que não deixaremos de desenvolver oportunamente, *vide*, para maior aprofundamento, *idem*, *op. cit.*, pp. 222-229.

²²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, p. 187, e «Constituição e Legitimação», *op. cit.*, pp. 55 e 56.

²²⁵ Na designação de Sax, *apud* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 140, que, juntamente com a necessidade da pena, deverá englobar um conceito unitário.

temos a Constituição a limitar, desde logo, o poder punitivo do legislador e por sua vez do Estado²²⁶.

A relação que tem de existir, no entendimento da maioria da doutrina e jurisprudência, entre a tal ordem legal de bens jurídicos e a “ordem axiológica jurídico-constitucional”, já dizia Jorge de Figueiredo Dias, em 1982, ainda antes do último CP entrar em vigor e da primeira lei constitucional rever a Constituição de 1976, é de *mútua referência*, onde deve haver entre bens jurídicos e valores constitucionais uma relação de *analogia material* correspondendo no sentido e nos fins, e não uma relação de “identidade” ou mesmo “recíproca cobertura”; por este motivo se depreende que os direitos protegidos penalmente estejam, muitas das vezes, ligados direta ou indiretamente com direitos e deveres fundamentais e que daí se desenrole o emprego das funções de defesa e de proteção – especialmente nesta fase da dignidade penal e da necessidade penal em que permeia a função de defesa, pois de forma conjunta e articulada dão «corpo ao paradigma do bem jurídico como *limite e padrão crítico* das escolhas legislativas penais» e por isso aqui deve ser a legitimação negativa²²⁷ –, caracterizadoras destes direitos, no âmbito penal. De facto, com a revisão constitucional surge o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, muito na linha da própria tese do autor, onde é consagrado a restrição de certos direitos que deverão ser *constitucionalmente protegidos* apenas na medida do necessário para acautelar outros direitos constitucionais em conflito; da mesma forma, também se realça o artigo 40.º, n.º 1, do CP, quando estatui a função primacial do direito penal²²⁸. Naturalmente, será um preceito (artigo 18.º) com o devido relevo também no próximo ponto, como já tem sido na essência deste estudo, visto que a dignidade penal em junção com a necessidade penal

²²⁶ Vide, para todo o parágrafo, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, pp. 119 e 120, e «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 33 e 34, e CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 112-118.

²²⁷ Para BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, pp. 260 e 261, particularmente sobre o primeiro critério, «a *dignidade penal* assume-se como instrumento de *defesa* do cidadão contra o Estado, participando da função clássica dos direitos fundamentais (...) como *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*) face ao Estado.» (itálico nosso), e, além disso, o mesmo autor incorpora o critério da necessidade também na vertente negativa da legitimação material da intervenção penal.

²²⁸ Vide, para todo o parágrafo, DIAS, Jorge de Figueiredo, «Os novos rumos da política-criminal e o direito penal português no futuro», *ROA*, Ano 43, Lisboa, 1983, pp. 15 e 16, e «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 32-35, e *Direito Penal, op. cit.*, pp. 119, 120 e 123; ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, pp. 182 e 183; CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 113, 114, 124-128, 196 e 204; ANTUNES, Maria João, *Constituição, op. cit.*, pp. 44 e 59-61, e, especialmente sobre a jurisprudência do TC, «A Constituição e os princípios penais», *op. cit.*, p. 6; e BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações, op. cit.*, p. 290.

densificam a substância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que tem expressão constitucional no mesmo preceito²²⁹.

Até ver, o direito à honra, como direito de personalidade, decorrente do valor com dignidade constitucional previsto na CRP que é o direito ao bom nome e reputação, corresponde a um bem jurídico suscetível de tutela penal, a partir do momento em que é indiscutível que por detrás da incriminação da injúria está uma ofensa à honra. Porém, dos bens jurídicos de eminente dignidade de tutela não “vive” somente esta categoria (da dignidade). Outro referente da dignidade penal é a danosidade social da conduta. Quer dizer, um dado facto terá relevância jurídico-penal se ele conduzir a uma lesão grave desses bens jurídicos²³⁰.

Uma política-criminal válida exigirá que, depois (e além) de determinados os bens jurídicos dignos de tutela penal – naquela conceção de condições indispensáveis para que todo o ser humano, inserido numa comunidade, possa desenvolver e realizar a sua personalidade em liberdade –, seja apurado se existe uma lesão insuportável dos mesmos, pretende-se avaliar os danos sociais do comportamento ético-socialmente reprovável. Após a determinação dos bens, é então requerido uma análise dos efeitos sociais da conduta em causa, considerando-se as diferentes formas de conduta e o grau de lesão na realidade social²³¹.

Pouco interessa neste local precisar ao certo o instante, no plano legitimante, em que este conceito deve ser chamado, contudo, dentre as várias opiniões, o que temos de salientar é que o conceito de danosidade social diz respeito ao grau de intolerabilidade social de comportamentos, constatando o grau de importância do bem jurídico e os efeitos do comportamento no âmbito social, ora constantemente fazendo menção aos supracitados valores essenciais e, nessa circunstância, requisitando um juízo de dignidade de tutela²³².

²²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 392 e 393; e BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 260-262.

²³⁰ Por consequência, são comuns expressões como «*lesão particularmente grave*», «*perturbação gravosa*», «*sensível perturbação*», «*desvalor efectivamente gravoso*», *vide* ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, pp. 184 e 185. Também o conceito de danosidade social conhece alguma controvérsia acerca da sua definição material e inclusivamente quando tomado como modelo para combater a insuficiência do conceito de bem jurídico, *vide*, para esse efeito, CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 90-103, e COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção», *op. cit.*, pp. 163 e 164.

²³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «Os novos rumos», *op. cit.*, p. 13; e CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 141 e 217.

²³² Sem prejuízo da análise daqueles efeitos em termos empíricos, com recurso à teoria criminológica, tal como o critério da necessidade também assim solicita, e da ligação de bastante intensidade existente entre a danosidade social e a necessidade penal, mas que obviamente não será totalmente determinante porque o

Voltando ao grau de importância do bem jurídico e ao direito à honra como tal. Boa parte da doutrina italiana faz referência à hierarquia dos valores constitucionais – o que é rejeitado pela maioria doutrinária portuguesa defendendo, como vimos *supra*, que a proteção constitucional, pelo menos em abstrato, é semelhante para todos os direitos fundamentais previstos na Constituição – que resultaria numa distinção entre bens primários e bens secundários²³³. Angioni vê na liberdade pessoal o critério distintivo e, nesse sentido, classifica a honra como bem primário, por entender que tem uma importância comparável, não obstante, admite diferentes categorias: para a honra e a reputação, o grau primário, e para o decoro e o prestígio, o grau secundário. Todavia, não poderá ser assim tão rígida e fácil uma tal interpretação porque qualquer bem jurídico é propício a mutações históricas. É certo que exista um «pequeno núcleo de bens de inquestionável primariedade (*vida, liberdade, integridade física*), mas, a partir daí, as dúvidas surgirão em crescendo» (itálico nosso), assevera Maria da Conceição Cunha sem incluir explicitamente a honra²³⁴.

De qualquer forma, em determinado momento histórico, diga-se, há muito tempo atrás, o legislador português terá visto no referente do valor essencial e constitucional da honra um bem jurídico-penal, quando estivesse em causa uma ofensa direcionada a outrem e de forma direta. Mas, diretamente ligado à importância da honra deve estar as consequências sociais desta conduta ofensiva. Para tanto, relembramos que o ataque à honra na forma direta condiz justamente com o comportamento-ilícito menos grave do que aquele na forma indireta. A injúria reproduz o ataque mais frontal, mais simples e mais comum, suscitando geralmente a hipótese real de resposta no imediato, porquanto podemos admitir que a danosidade social, a comprovar-se, demonstra mais certeza no facto

ajuizamento do princípio da proporcionalidade reclama o preenchimento de outros requisitos para além da necessidade. Vide CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 218, 225 e 226 (e notas 613 e 636), que considera ser também este o partido de ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, pp. 184 e 185; aliás, este autor afirma que é a medição da dignidade penal que possibilita singularizar aquele ilícito penal daquele que, por sua vez, não deve não é penal – tendo, para Hans-Ludwig Günther, entre eles uma relação de grau – mas acrescenta que isso não será motivo suficiente para que deva ser excluído pela proteção do direito (*apud idem, op. cit.*, pp. 196-198).

²³³ Autores italianos como Bricola, Angioni, Fiandaca e Musco, ou mesmo, entre nós, Manuel da Costa Andrade, cfr. CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 175 e 182 (e nota 488 e 510).

²³⁴ *Ibidem, op. cit.*, pp. 178-180 e 183. Ainda assim, Sax inclui a honra como um dos «valores ético-sociais pré-existentes que sempre e em toda a parte foram protegidos penalmente», *apud idem, op. cit.*, pp. 205 e 206 (e nota 578). Para Maria da Conceição Cunha, alguma hierarquização será sempre inevitável tendo em vista que há de determinar-se a moldura penal de um crime e a espécie da pena, no entanto não basta medir o grau de importância do bem jurídico, acresce a danosidade social e a necessidade de prevenção.

difamação do que no facto *injúria*²³⁵. Ao mesmo tempo, reincidimos uma vez mais na concretização do bem jurídico da injúria que dificilmente transcende a honra interior, para dar conta que a determinação do facto socialmente danoso terá aqui diferentes implicações, caso assimilamos esta honra aos sentimentos ou à moral, ou mesmo à dignidade humana.

Atendendo a tudo o que temos vindo a dizer agora e aquilo que foi desenvolvido no ponto 2.1., quanto às concepções da honra, seria realmente inusitado recusar contudo a sua relevância jurídico-penal, quanto mais ainda a sua prevenção pelo direito em geral²³⁶, o que também não é, de todo, o fim desta investigação, será sim encontrar a melhor solução menos pesada para os direitos fundamentais. No entanto, tudo isto fará mais sentido criticar quando for sujeito a análise o que foi proferido no acórdão do TC português acerca da questão da determinação do bem jurídico-penal no crime de injúria, no ponto 3.3.

3.2. A necessidade da pena

a) Não sendo condição suficiente que legitimasse a intervenção do direito penal a individualização do bem jurídico, embora partindo do pressuposto de que, como vimos, ele existe, seguimos para o próximo critério determinante.

Simplesmente estabelecer-se-á o conceito material de crime se, ao juntar à dignidade penal de um determinado bem jurídico, não houver outra forma, que não seja pelo direito penal, que garanta protegê-lo eficazmente²³⁷. Ou seja, recorrendo ao pensamento de Américo A. Taipa de Carvalho, o bem jurídico tem de respeitar uma dupla exigência: positiva, quanto ao critério do bem jurídico digno de pena, por se proteger os

²³⁵ Cfr. COSTA, José de Faria, «Artigo 180.º (Difamação)», *op. cit.*, pp. 911 e 912, e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 241 (e nota 454). Já sobre a prova da danosidade social com base na realidade empírica, esta pode complicar-se em certos casos, mas a solução mais acertada parece ser aquela que tenha em conta vários fatores determinantes do grau de exigência da prova pelo legislador: a intensidade, a extensão e o grau de probabilidade da presumível danosidade social e a intensidade da lesão a direitos fundamentais do agente com a sua punição. Em todo o caso, foi dada previamente uma ampla liberdade de apreciação legislativa com a incriminação da injúria e da difamação ao ponto de o legislador não ter ficado em muito onerado por aquela prova, mas, por Heinz Müller-Dietz, a exigência para a comprovação dos danos sociais é maior nos crimes de perigo e sendo maior o dano para o bem jurídico e menor a limitação dos direitos fundamentais do agressor, menos exigências haverá quanto ao grau de probabilidade, *a contrario sensu*, se a limitação for maior (como será na injúria) o grau de probabilidade deve ter que ser maior, cfr. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», *op. cit.*, pp. 159-164.

²³⁶ Cfr. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, *op. cit.*, pp. 301 e ss., na medida em que, para a doutrina civilística, é tutelado, em especial no artigo 70.º do CC, o bem jurídico da honra, isento (se for possível) das concepções que o emaranham, equivalendo a uma «*projecção* na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo», tais valores emergentes da sua condição de pessoa humana e do que vai adquirindo no seu desenvolvimento.

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *op. cit.*, p. 127.

valores essenciais, e uma exigência negativa, quanto ao critério da necessidade da pena, por ser útil sancionar um dado comportamento criminalmente²³⁸. Posto isto, completa Jorge de Figueiredo Dias, em que caso sejam suficientes os meios da política social não acompanhados pela pena, avista-se um programa político-criminal de descriminalização, não só se não for claramente divisível um bem jurídico, por muito que o facto ilícito seja moralmente reprovável, mas também, sendo já individualizado o bem jurídico, se bastarem outras medidas estaduais não criminais para se opor ao facto ilícito²³⁹; e também Claus Roxin, afirmando que o compromisso de proteger os bens jurídicos não pertence somente ao direito penal como também compele todo o ordenamento jurídico, tratando-se o instrumento do direito penal no último recurso se os demais falharem²⁴⁰.

Mostrando-se tão intolerável, opressiva e perigosa uma conduta que contenda com valores comunitários essenciais, podia concluir-se que uma escolha predileta da sanção criminal seria a reação mais necessária e ajustada na defesa da sociedade²⁴¹, mas nem assim se dita a sua legitimidade. De tal forma que do aproveitamento da dignidade penal não é possível impor-se a criminalização nem delimitar o que pode ser crime, e da idoneidade do direito penal não se deduz a necessidade nem a eficácia do mesmo²⁴².

Assim sendo, Manuel da Costa Andrade remete a avaliação da categoria da dignidade penal para a legitimidade material negativa, ao passo que o princípio da necessidade penal (e só ele) é que constituiria a legitimidade material positiva²⁴³. Em sentido oposto, Nuno Brandão assume que a necessidade penal, tal como a dignidade penal, são critérios negativos da legitimidade material do direito penal, contribuindo o cumprimento do dever estadual de proteção que vimos *supra* para o que legitima (prévia e)

²³⁸ *Apud* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 25 e 26 (e nota 22); e *vide* CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Condicionalidade*, *op. cit.*, p. 90.

²³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «Os novos rumos», *op. cit.*, p. 17.

²⁴⁰ *Apud* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 25 e 26 (e nota 22).

²⁴¹ Na expressão semelhante de Wilhelm Gallas para a definição de dignidade penal, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, p. 176.

²⁴² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, «Constituição e Legitimação», *op. cit.*, pp. 57 e 58, e «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, pp. 185 e 186, e BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», *op. cit.*, pp. 262 e 263 (e nota 121); também algo interessante é a questão levantada por PALMA, Maria Fernanda, «O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade», *in: Julgar*, n.º 29, Coimbra, Editora: Almedina, 2016, pp. 105 e 106, quanto à hipótese da relativização e de um certo oportunismo do princípio da necessidade da pena originado pela expansão do direito penal (em nome da proteção de novos bens jurídicos e direitos): interrogando se este, no panorama da reforma penal e da híper-criminalização, passou «a justificar a criminalização, em vez de deixar de se comportar como um princípio liberal» devido à sua ambivalência, ora para criminalizar, ora para descriminalizar, ou se está simplesmente em crise (*vide*, para mais, *idem*, *op. cit.*, pp. 107 e ss.).

²⁴³ Perpetuando a ideia de Hassemer, *vide ibidem*, e, ao que parece, também CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 217 e 218.

positivamente um crime. Mediante esta perspectiva, se em primeiro lugar se reconhecer que a intervenção penal é recomendável diante do dever de proteção do direito fundamental, já são as duas categorias que vão garantir a «conformidade constitucional da intromissão restritiva, *maxime* da observância do princípio da proibição do excesso» (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e por isso se dirá que fazem parte do ponto de chegada da decisão legislativa e da legitimação relativamente ao crime²⁴⁴.

De resto, a orientação de um direito atentatório da liberdade geral e dos direitos fundamentais dos indivíduos como o direito penal pauta-se pela ideia da subsidiariedade ou da menor ingerência possível e da atuação em última instância. Logo, a ser acionado um direito sancionatório desta envergadura, a dignidade penal e a necessidade penal só podiam ser critérios negativos da legitimação – levando até a doutrina penal a convocar a função negatória dos direitos fundamentais que sobressai desses mesmos critérios – dado que a observância da dignidade penal do facto não é suficiente para o criminalizar nem a exigência da necessidade da tutela penal pode impor a sua incriminação se outra alternativa de tutela, no mínimo, igualmente adequada, for tão ou mais eficaz ou suficiente, porque a consequência jurídica da pena corresponde exatamente ao meio mais pesado²⁴⁵. Ainda assim, no caso de um meio de controlo social menos eficaz que o direito penal, se for, por sua vez, mais adequado que este, nada parece inviabilizar que seja abandonada a possibilidade da intervenção penal (*v.g.*, no plano dos criminologicamente denominados “crimes sem vítima”, como o consumo de drogas e a prostituição, em que a incriminação do comportamento pode gerar o aumento extraordinário da prática de mais supostas violações desse tipo)²⁴⁶.

Por consequência, este último critério terá que ser também concretizável. E encontra-se realmente no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, o preceito que tem uma grande importância para a penalização legítima, relativamente ao qual também J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira enunciam, a fim de a restrição legal de direitos, liberdades e garantias se demonstrar constitucionalmente legítima, quatro requisitos rigorosos e cumulativos: esta restrição tem de estar *expressamente* admitida pela Constituição (como é o caso da lei penal, no artigo 27.º, n.º 2, da CRP), não sendo necessário uma previsão

²⁴⁴ É este o sentido da jurisprudência do TC português, *cfr.* BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico, *op. cit.*, pp. 251, 262 e 263 (e nota 121), e *nota* 181.

²⁴⁵ *Ibidem, op. cit.*, pp. 247, 263 e 264.

²⁴⁶ *Vide ibidem*, ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’, *op. cit.*, p. 186, e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, pp. 128 e 129.

direta; deve *salvaguardar* outro direito ou interesse *constitucionalmente* protegido; tem que ser exigida para essa salvaguarda e ser apta no mesmo sentido, isto é, deve estar limitada ao *necessário* em cumprimento do princípio da proporcionalidade em sentido amplo; e não pode afetar o núcleo essencial do direito restringido, já no n.º 3 do preceito, daqui derivando a não aplicação da pena de prisão de perpétua ou da pena de morte (artigo 30.º, n.º 1, da CRP)²⁴⁷.

No preenchimento deste último requisito, respeitando obviamente o princípio da necessidade penal, deve ser vedada a interferência do direito penal quando se observar o livre exercício de um direito fundamental. E um dos exemplos será no exercício da liberdade de expressão, que não pode ser desrespeitada por qualquer proibição legal que possa atingir o núcleo essencial deste direito, «como acontecerá com uma incriminação da emissão de *meras opiniões*, mesmo que tal fosse justificado por uma política preventiva de danos para os bens jurídicos.»²⁴⁸ (itálico nosso). Neste contexto, podemos adiantar que é lançado por alguma doutrina o próprio problema das proibições constitucionais de criminalização, baseadas nos direitos fundamentais normalmente limitados pela restrição²⁴⁹, que veremos *infra*. De qualquer maneira, nem sempre será valorado o conteúdo da liberdade de expressão de forma quase absoluta pois a «honra configura um dos bens jurídico-penais propensos à conflitualidade» com este direito²⁵⁰; na verdade, tudo indica que a *ratio legis* do artigo 181.º do CP (e do artigo 180.º) não é condicente com a simples punibilidade de factos que exprimam juízos de valores que não ofendam outros direitos constitucionalmente protegidos, é sim representativo da tipicidade e da ilicitude penal do crime que as ofensas provocadas a partir do exercício da liberdade de expressão correspondam à intervenção lesiva do direito fundamental (da honra) de terceiros, por muito que quanto à honra, sendo um «*bem jurídico socialmente vinculado*», haja

²⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, p. 388, e CUNHA, Maria da Conceição, *“Constituição e Crime”*, *op. cit.*, pp. 200 e 201.

²⁴⁸ Vide PALMA, Maria Fernanda, «Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça” pelo Direito Penal Secundário?», *Sep. da RMP*, n.º 96, Lisboa, 2003, p. 22. Alguns termos como «mimada» (de uma professora para uma aluna, em sala de aula) ou «chavalo» (de um particular para um agente da autoridade em exercício de funções) ou as afirmações «“Sei bem de que laia és” e “vou pôr-te na linha, já te conheço há muitos anos e sei bem que peça és”» (no local de trabalho e perante outros trabalhadores), ainda que grosseiras, poderão ser equiparadas a expressões medianas e destituídas de dignidade penal, *vide*, respetivamente, o Ac. do TRE, de 26/04/2018, Processo n.º 606/14.0GASSB.E1, ponto 2, o Ac. do TRC, de 10/07/2014, Processo n.º 1205/13.0GBAGD.C1, ponto 4, e o Ac. do TRP, de 13/09/2017, Processo n.º 301/15.3GCSTS.P1 (sumário), também tratado no ponto 2.2., *b*).

²⁴⁹ Cfr. Claus Roxin, *apud* ANTUNES, Maria João, *Constituição, op. cit.*, pp. 50, 51 e 62, sobre os «limites constitucionais à criminalização de condutas que não põem em causa bens jurídicos».

²⁵⁰ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 250.

dificuldade em se identificar a agressão, em se confirmar a necessidade da sua proteção penal e, por isso, se torne frequente o suscitamento da questão da sua tutela penal materialmente legítima, com uma resposta pouco afirmativa²⁵¹.

b) Reforça-se novamente que a intervenção deste ramo jurídico deva ser de última instância pois não se trata senão do mais gravoso de todo o Direito, que condiciona o prosseguimento normal da vida das pessoas, sendo por essa razão até que o princípio da legalidade se mostre tão premente para que, pelo menos, seja cumprida a segurança jurídica e o respeito pelas expectativas individuais, como se caracteriza um Estado de Direito material²⁵². Por este motivo é que ao introduzir-se a discussão do princípio da necessidade da intervenção penal ou da carência de tutela penal, simultaneamente se alude ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso, que melhor concretiza a ideia da necessidade, tendo em apreço o preceituado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP («limitar-se ao necessário»). Ou seja, a vigência deste princípio traduz-se no controlo constitucional das medidas tomadas pelo direito penal que impõe que sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas*, para serem legítimas²⁵³.

Com fundamento nos mesmos princípios, são abordados pela doutrina constitucional, e na mesma sequência, três subprincípios constitutivos: o princípio da indispensabilidade/exigibilidade, ou apenas princípio da necessidade, o princípio da adequação/idoneidade, ou mesmo da conformidade, e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em sede penal, as medidas penais são necessárias se se apresentarem como as únicas capazes de proteger os bens jurídicos, por não haver outras alternativas menos gravosas para os direitos restringidos e que ofereçam a mesma proteção, o que a doutrina apelida de princípio da subsidiariedade; são adequadas se, na perspetiva do fim justificativo (da proteção dos bens jurídico-penais) a que se propõem, o meio penal for apropriado; são estritamente proporcionadas se houver uma “justa medida” entre o meio

²⁵¹ Cfr. *ibidem*, e ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa*, *op. cit.*, pp. 28, 31, 32 e 182-186.

²⁵² Cfr. CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 202 e 205, e ANTUNES, Maria João, *Constituição*, *op. cit.*, p. 20.

²⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 42-44 e *Direito Penal*, *op. cit.*, pp. 127-129; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 269, 270 e 457; ANTUNES, Maria João Antunes, «A Constituição e os princípios penais», *op. cit.*, p. 6; MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 726 e ss.; PALMA, Maria Fernanda, «Consumo», *op. cit.*, p. 21; BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, pp. 589 e 590; CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 233; e, por exemplo, o Ac. n.º 99/2002, do TC, Processo n.º 482/2001, ponto 5, apesar de ter por objeto o crime de exploração de jogo ilícito.

penal e a proteção dos bens jurídicos, proibindo-se a desproporção entre a restrição penal de direitos e a função de tutela primariamente apontada ao direito penal²⁵⁴.

Por um lado, os dois primeiros subprincípios estão relacionados, essencialmente, com o princípio da necessidade penal, por outro, o terceiro pressuposto ficará submetido principalmente a um juízo de dimensão valorativa, não deixando relativizar-se a uma dimensão pragmática. No caminho a percorrer na ponderação entre o bem restringido pela sanção penal e o bem protegido com essa sanção, as medidas restritivas devem ser desnecessárias se forem exageradas, verificando-se então a proporcionalidade de meios, contudo, a ponderação exige igualmente uma proporcionalidade que fará a comparação entre a importância do bem jurídico tutelado (e a danosidade social da conduta) e a importância (e o grau da restrição penal) do bem jurídico restringido, naquela medida, sem que a limitação deste ultrapasse o que é permitido, confirmando-se assim a *proibição do excesso*, ora, a função primaz do princípio da proporcionalidade em sentido amplo²⁵⁵. Em contraposição, a *proibição de insuficiência*, que significa que o legislador, ao elaborar a lei restrigente de certos direitos fundamentais, tem de chegar à medida mínima exigível para que se cumpra efetivamente o dever de proteção do bem jurídico que se pretende acautelar²⁵⁶.

Em particular, para o legislador ordinário, a adequação da opção legislativa, tal qual a penalização da injúria, há de ter suscitado a questão da necessidade de proteger o direito à honra, obedecendo ao resultado de investigações empíricas e à existência de uma relação de causa-efeito ou medida-fim razoável. A sua necessidade, dissemos, deverá ter estado condicionada aos meios menos limitativos, comparativamente com o direito penal, indicados para uma proteção jurídica eficaz do direito à honra; atendendo a uma relação especial entre o meio penal e o direito à liberdade de expressão e de sentido negativo, pois é suposto ser escolhido o que restrinja na menor medida os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa. Nalgumas vezes, a assunção deste critério implica simultaneamente a averiguação da proporcionalidade em sentido estrito, e a verificação deste princípio há de

²⁵⁴ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 392 e 393; e CUNHA, Maria da Conceição, *“Constituição e Crime”*, *op. cit.*, pp. 212, 232 e 233.

²⁵⁵ Vide CUNHA, Maria da Conceição, *“Constituição e Crime”*, *op. cit.*, pp. 212-215 e 232-236, que, na linha de orientação daquela preferência concreta, em cada caso, revela a admissão de uma hierarquia *tendencial* e uma *certa* comparação entre os direitos do infrator e os direitos do ofendido através do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (comparar *supra* ponto 3.1., c)); e SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», *op. cit.*, pp. 364 e 365.

²⁵⁶ Vide ANTUNES, Maria João Antunes, «A Constituição e os princípios penais», *op. cit.*, p. 11, ainda que a propósito da jurisprudência constitucional portuguesa relativa à interrupção voluntária da gravidez.

ter coincido especialmente em pesar as vantagens e as desvantagens, os custos e os benefícios, do sancionamento penal da injúria, colocando em confronto o «grau de maximização do fim contra o grau de minimização do dano concretamente conseguidos»; em todo caso, dada a complexidade do problema, a ponderação deve abarcar os efeitos mais ou menos restritivos, tanto dos meios colocados em hipótese, como dos fins e de outros princípios jurídico-constitucionais relevantes²⁵⁷.

Se na política social não houver outros meios de controlo que não sejam criminais, como são a tutela civil ou a tutela de mera ordenação-social, então pode e deve valer-se do direito penal para a proteção jurídica, assertando que, em regra, a dignidade penal do bem jurídico existe; quer dizer, se há menos custos que benefícios por causa da ingerência do direito penal, como seria de concluir com a consequência de menos criminalidade, a qual tem pouco coincidência com a realidade da injúria (ver ponto 3.5., a))²⁵⁸.

De facto, a carência de tutela penal da honra nunca foi ou é tão debatida como é a divisão desta como bem jurídico, mirando principalmente a doutrina. É como se tivesse sido tomado o partido de que não haverá tanto para dizer uma vez que dada conduta foi transposta, desde bem cedo, na lei que a criminaliza e, portanto, de um facto ilícito-típico, e não menos, se tratará daí em diante. Por raciocínio lógico, este é um assunto que será melhor desenvolvido no ponto que se segue.

3.3. O Ac. n.º 128/2012, de 7 de março, do TC e a determinação do bem jurídico digno de pena

a) Efetivamente, o legislador penal, dispondo da ampla liberdade de conformação e decisão legislativa que lhe é reconhecida, tipificou os crimes na lei penal portuguesa sem a preocupação de se pronunciar densamente sobre o bem jurídico em questão e a sua

²⁵⁷ Cfr., quanto a todo o parágrafo, mais ao pormenor e apontando algumas fragilidades dos princípios, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, pp. 733-738; e *vide* CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 270, desdobrando o princípio da necessidade em quatro diferentes tipos de exigibilidade.

²⁵⁸ Cfr. CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 212, 218 e 220 (e nota 615), que reitera o delineamento feito por ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’», *op. cit.*, p. 186, acerca dos pressupostos do princípio da carência de tutela da pena: um juízo de necessidade, por não haver outra alternativa idónea e eficaz, e um juízo de idoneidade do direito penal como medida tutelar do bem jurídico e este mesmo juízo de idoneidade para assegurar que essa tutela penal é em proporção ao sacrifício de bens jurídicos, que não seja desmedida ou exagerada, o mesmo que dizer, que se proceda da forma menos excessiva possível; e *vide* ROXIN, Claus, «O conceito de bem jurídico», *op. cit.*, p. 25.

dignidade jurídico-penal, nem sobre se há hoje a necessidade do direito penal intervir uma vez mais. Porém, a averiguação da assimilabilidade constitucional das normas penais não pode ser determinada à partida por doutrinadores nem pelo legislador, mas antes – tendo em conta o princípio da proporcionalidade em sentido amplo em complementaridade com a função do direito penal e a teoria do bem jurídico – no controlo da constitucionalidade levado a cabo por uma jurisdição específica constitucional²⁵⁹.

Aliás, o TC português fê-lo em “lugar” do legislador, na sua tarefa de intérprete da Constituição, (apenas) em 2012, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade da norma do artigo 181.º, n.º 1, do CP. Em respeito pelo parâmetro de controlo da constitucionalidade das normas incriminatórias de que o TC se serve na interpretação normativa, a partir de três princípios constitucionais implícitos, sendo aquele que aqui mais nos interessa o princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”, passando pelos critérios da dignidade penal e da necessidade penal, o tribunal deve poder analisar a questão da constitucionalidade, ainda que autolimitado²⁶⁰, como é sabido, e de modo excecional: somente nos «casos em que o legislador *ultrapassou* o limite da sua liberdade ao editar normas criminalizadoras que se mostravam *manifestamente excessivas* e, portanto, violadoras do já referido princípio da proporcionalidade.» – do critério da carência da pena²⁶¹ –, princípio este que «começou por ser fundado nos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, enquanto princípios decorrentes da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da Constituição», mas que passou a ter sustento no artigo 18.º, n.º 2, da CRP²⁶².

Neste sentido, afinal o TC não deve ser interpelado sistematicamente para proferir o seu juízo acerca da compatibilidade da norma penal com o disposto na Constituição, deve

²⁵⁹ Cfr. ROXIN, Claus, «O conceito de bem jurídico, *op. cit.*, pp. 36 e 37, e ANTUNES, Maria João, *Constituição, op. cit.*, pp. 49, 50, 75 e 78. A autora declara sobre a pertinência dos tribunais constitucionais: «O Estado constitucional que garante a Constituição que positiva direitos fundamentais foi-se afirmando, no continente europeu, (...) quem controla melhor a observância destes direitos por parte do legislador é *um tribunal constitucional e não o processo democrático.*» (itálico nosso).

²⁶⁰ Vide ANTUNES, Maria João, «A Constituição e os princípios penais», *op. cit.*, pp. 4-7, e *Constituição, op. cit.*, pp. 51 e 77 (e nota 173), na medida em que «a autolimitação da competência de controlo face ao legislador começa quando intervenha o critério da “necessidade” (ou da “carência”) de tutela penal, que é afinal o ponto de harmonização do princípio da constitucionalidade com o princípio da maioria». O TC português tem atuado com competência e coragem, mas sobretudo com reserva e prudência, o que algumas matérias mais delicadas impõem, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 32 e 33.

²⁶¹ Vide Ac. n.º 128/2012, do TC, Processo n.º 385/11, ponto 4; e DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 34, 35, 44 e 45, e *Direito Penal, op. cit.*, p. 130.

²⁶² ANTUNES, Maria João, «A Constituição e os princípios penais», *op. cit.*, p. 5.

aguardar que a doutrina jurídico-penal, pelos benefícios trazidos com a sua própria apreciação jurídica, e os tribunais comuns encabecem a tarefa interpretativa, e só excecionalmente é que decidirá pela inconstitucionalidade material da norma penal concreta, sendo caso disso²⁶³.

Mais, acompanhando posições como a de Maria da Conceição Cunha, este tribunal, enquanto “guardião” da Constituição, deve ser interventivo ao ponto de ser debatida a flagrante desnecessidade penal que normalmente corresponderá aos casos em que a danosidade social – mais intimamente ligada à categoria da dignidade penal, mas que não deixa de ser autónoma desta categoria e do conceito de bem jurídico, tal ilustrando-se na análise dos conhecimentos empíricos – é duvidosa ou reduzida²⁶⁴, o que não podemos deixar de interrogar se não será o caso da conduta da injúria, considerando tudo o que foi dito *supra*, nomeadamente, a menor gravidade da conduta comparativamente ao crime da difamação. A autora acrescenta que num caso destes, de baixa ou duvidosa danosidade, ao legislador, num momento anterior, teria sido mais exigível comprovar a necessidade do direito penal; por outro lado, o ónus da prova deste critério pertence ao legislador na situação de duvidosa carência de tutela penal, independentemente de no caso ser evidente a existência da danosidade social, ponderando o grau da necessidade preventiva, indissociável do grau da danosidade social, o grau da probabilidade da necessidade e a intensidade previsível de uma restrição penal dos direitos. No desfecho produzido por estes fatores, «quanto *menos elevado* for o grau da danosidade social (e o da sua probabilidade), maiores serão as exigências de prova.» (itálico nosso) do critério da necessidade da pena²⁶⁵, tal como pensamos que se verifique na injúria.

A determinação destes danos sociais acarreta o conhecimento do grau de importância do bem jurídico em causa. Aquele que o TC esclarece como o protegido pela norma que prevê o tipo legal da injúria e com respaldo constitucional no n.º 1 do artigo

²⁶³ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional.», *op. cit.*, pp. 45 e 46.

²⁶⁴ Entre os exemplos práticos dos jogos de sorte e de azar, do consumo de drogas, da pornografia e do *shoplifting*, é defendida uma interligação igualmente crucial entre a necessidade penal e a danosidade social da conduta, que no caso em concreto destas condutas esta é de nível reduzido, enquadrando-se no contexto de bagatelas penais, tendo como suporte da descriminalização a justificativa não só obviamente de que essa gravidade das condutas é pequena, como também de que, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é exagerado o recurso penal e é vantajosa a descriminação face aos possíveis efeitos criminógenos da aplicação da pena nestes casos, vide CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 156 (e nota 433), 245-251 e 267.

²⁶⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 267-269.

26.º da CRP é obviamente a honra; observe-se que o tribunal confirma declaradamente que a honra «deverá ser hoje entendida (...) como uma *decorrência direta da dignidade da pessoa humana* (artigo 1.º da Constituição) e, nessa medida, como um conceito normativo cuja concretização não dispensa a convocação de uma *dimensão fáctica* ou existencial do homem enquanto ser social, enquanto pessoa empenhada na realização dos seus planos de vida e ideais de excelência» (itálico nosso), e mais admitindo tratar-se de um bem «*necessariamente complexo* — como o interesse da *estima que cada um tem por si próprio*, e simultaneamente, como valor de não desconsideração social»²⁶⁶ (itálico nosso).

Com efeito, após salutar o trabalho progressivo do legislador ao ter elaborado um regime jurídico que se foi adaptando, o mesmo tribunal conclui que o legislador ordinário não violou, pelo menos não de forma demasiado arbitrária, o princípio da intervenção mínima nem o princípio da proporcionalidade, proferindo por isso um juízo de não inconstitucionalidade da norma, também porque «o recurso a meios penais para proteção de bens jurídicos com a dignidade da honra *pessoal* constitui uma *tradição* do nosso ordenamento jurídico-penal»²⁶⁷ (itálico nosso). Confirmar-se-ia o respeito por ambos os critérios da legitimidade no tocante ao exercício da ampla liberdade do legislador na definição do crime, a identificação do bem jurídico da honra *subjéctiva*, e a parte da justificação do crime implícita no simples facto de a lei sem cessar, tradicionalmente desde as primeiras codificações legislativas até à última, ter protegido penalmente a honra, sem sequer mencionar que outros direitos, para além da liberdade em geral (artigo 27.º da CRP), poderiam estar aqui em conflito, como a própria liberdade de expressão, prevista no artigo 37.º da CRP, e sem referir a sua precisa ponderação, apesar de se entender doutrina e jurisprudencialmente em Portugal que o TC continua a estar autolimitado na sua competência de controlo no que diz respeito a um critério como o princípio da necessidade penal, pois o que está em causa é nada mais nada menos que a fiscalização da atividade do legislador da maioria parlamentar²⁶⁸.

²⁶⁶ Vide Ac. n.º 128/2012, do TC, Processo n.º 385/11, ponto 5.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Atente-se, num sentido gradualmente mais favorável, como vimos na nota 259, Maria João Antunes e também CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 213, 267 e 268 (e nota 764), que particularmente quanto à ponderação entre os bens jurídicos entende que este problema, que apresenta maior dimensão no âmbito do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é legitimamente controlável pelo TC.

b) A verdade é que existe uma excessiva deferência, maioritariamente, para com o poder legislativo. Todavia, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo só adquire grande parte do seu sentido útil se for considerado como um «*padrão de controlo exterior* à actividade dos poderes públicos (...), devendo considerar-se que a *protecção efectiva* destes direitos só pode ser uma *protecção jurisdiccional efectiva*, que não meramente política.». Além disso, Jónatas E. M. Machado adverte para que seja mais exigente a fundamentação empírica, técnica e científica das medidas restritivas fixadas pelo legislador e refere duas questões que possuem um particular relevo em matéria de liberdades de comunicação previamente ao apreçamento dos três testes da proporcionalidade, cada uma relacionada com os fins e os meios constitucionalmente protegidos que os tribunais devem examinar dentro dos limites do princípio da proporcionalidade²⁶⁹. São elas a legitimidade constitucional expressa do fim, que constitui uma dimensão importante no âmbito deste princípio maiormente para a doutrina norte-americana (e não tanto para a maioria doutrinal). Não será complicado traçar esse mesmo fim já que a protecção jurídica do direito à honra – como objeto de tutela penal do crime de injúria – é concordante com o prescrito na Constituição. E a legitimidade constitucional expressa do meio que é tratada habitualmente pela doutrina dentro do princípio da proibição do excesso e diz-se que é coerente com a lógica das proibições constitucionais expressas, tornando dispensável os testes da proporcionalidade na presença de uma delas²⁷⁰.

Desta sorte, não querendo desempenhar o papel do tribunal, mas contestando os seus argumentos e ideias perpassadas sobre o crime em juízo, e, quando devido, aludindo à difamação, podemos começar por dizer que deve ser essencial que aquela fundamentação empírica seja mais exigente para o legislador e, conseqüentemente, que o controlo do TC dos resultados empíricos seja mais rigoroso para que não haja a tentação de justificar a restrição de direitos fundamentais com razão na mera tradição histórica (do direito penal), como fez o tribunal no caso *decidendo*, ou no consenso ou mesmo no senso comum, exatamente o que pudemos interpretar com o recurso constante da nossa jurisprudência ao

²⁶⁹ Vide MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, op. cit., pp. 728-730 (e nota 1598).

²⁷⁰ Vide ponto seguinte para esse exercício teórico; *ibidem*, op. cit., pp. 730-733, e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, op. cit., pp. 57 e 58.

critério do sentimento médio da honra (no suprimento das imperfeições da conceção da honra fáctico-subjetiva)²⁷¹.

Pois bem, sobre o bem jurídico, há que evidenciar que a tutela da honra dá-se também ao nível do direito civil no ordenamento jurídico português, que visa a proteção da personalidade humana moral, respeitando o preceituado no artigo 25.º, n.º 1, da CRP, para proteger mais uma vez a integridade moral. Daqui decorre, interiormente ao conjunto dos vários direitos de personalidade (sendo o principal o direito à vida), a vigência do direito à honra, da qual se pretende reprimir a violação e o desvalor sobre as características e atributos inatos provindos da condição humana como o seu intelecto e o carácter individual. De maneira a se integrar o conteúdo da sua personalidade enquanto bem jurídico, há quem afirme que até um recém-nascido é portador dessa honra²⁷² – ao tutelar-se a personalidade moral graças ao nascimento completo e com vida – mesmo que não consiga aperceber-se de que está a ser ofendido nela (porque não tem consciência da sua própria natureza), cuja violação merecerá a proteção pelo direito penal. Ao mesmo tempo, diz-se que a honra vai ganhando estrutura e exatidão com o avançar da idade e das experiências, como que um valor intrínseco do homem, porque o homem vai desenvolvendo a sua personalidade e toma consciência dela. Nesta sequência, por tanta interiorização e imaterialidade, uns arrazoam, sabendo que apenas o indivíduo terá a consciência concreta do que é a *sua* honra e então desligada do mundo exterior, que ela é insuscetível de ser atingida; ao passo que outros justificam a hipótese da sua agressão com base nas emoções e no sofrimento do ofendido, reiterando que ele sim, por causa dos valores espirituais e morais que o determinam como ser e por viver na sociedade, projetando-os nela, tem a consciência «daquilo que vale ou, pelo menos, daquilo que *pensa ser* e daquilo que *pensa valer*.»²⁷³ (itálico nosso).

E assim deparamo-nos com uma quantidade de subjetividade incomensurável que chega a ser carregada por este bem jurídico, incorporando-se validamente expressões como «desequilíbrio psíquico-social», «auto-reconhecimento», e os sentimentos. Já não só sentimentos pelos seus valores morais, mas mais pelas qualidades individuais que, por possuir aqueles, também tem; de pessoa para pessoa, a estima que cada um tem

²⁷¹ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 730 (e nota 1598), e nota 266; e *vide* ponto 2.1., b).

²⁷² SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, *op. cit.*, pp. 108, 156 e ss.

²⁷³ Cfr., sobre toda esta exposição, MENDES, António de Oliveira, *O direito*, *op. cit.*, pp. 11-18, que propende para esta última posição.

pessoalmente por si próprio – reconhecida pelo TC – é “sentida” por «uns mais intensamente que outros», alguns mesmo sem eventual sensação moral. Identicamente, no pertencente à honra objetiva, em que se destaca a consideração social como a lei identifica e o TC também, não podemos deixar de identificar, no fundo, mais um sentimento, este de dignidade social porque agora é “sentido” por terceiros²⁷⁴. Mas questionamos se isto será ajustado ao direito penal.

Posto isto, era mesmo Claus Roxin que dizia que «“a moral, o bem comum, os sentimentos populares, a ordem ética e a dignidade humana não constituem bens jurídicos por lhes faltar a possibilidade de serem *apreendidos pelos sentidos*» e por não poderem ser «lesionados por meio de um comportamento externo”». Não obstante, veio admitir mais tarde a individualização do bem jurídico da honra, ainda que de sentimentos se tratasse; até Birnbaum, que admite considerar a honra como bem jurídico mas que entra em contradição ao afirmar a tese, de sua autoria, da materialidade necessária dos bens jurídicos para poderem ser agredidos²⁷⁵. De qualquer modo, persiste o entendimento de que a honra é a «essência da personalidade humana»²⁷⁶, correndo o risco de quase nunca se autonomizar da dignidade humana – que não pode ser bem jurídico, a saber, «a ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico», tal como «a proteção de sentimentos apenas pode corresponder à proteção de um bem jurídico-penal quando pressuponha uma ameaça real» e também «os objetos de tutela abstratos que sejam de difícil apreensão não podem ser tidos como bens jurídicos.»²⁷⁷.

Em definitivo, a honra além de ser imaterial, por se tratar de um valor abstrato englobante de referentes concretos como acontece com todos os bens jurídicos, tem um substrato concreto também ele imaterial. Isso é o que a distingue. Todavia, concordamos que não é por ter essa característica que a honra não pode ser lesada ou não pode ser um bem jurídico, tão-somente, o grau de importância da honra pode não ser elevado o suficiente para considerar-se bem jurídico-penal na injúria. O facto de alguns bens jurídicos se considerarem ideais parece ser irrelevante, na apreciação de Maria da

²⁷⁴ José Beza dos Santos estipulava a relevância jurídico-penal da estima pessoal «embora o grau de intensidade deste sentimento varie muito de um indivíduo para outro», *apud Ibidem, op. cit.*, pp. 18-23.

²⁷⁵ *Apud* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 41-50, 85 e 86 (e nota 243 e 246). Inclusive a autora, asseverando que a dignidade humana é a base para os direitos e as liberdades do indivíduo, um princípio jurídico geral para os bens jurídicos, ressalta que a dignidade humana é um valor essencial do homem mas não é bem jurídico.

²⁷⁶ Ac. do TRC, de 25/01/2006, Processo n.º 1913/05, ponto 2.

²⁷⁷ *Vide* ROXIN, Claus, «O conceito de bem jurídico, *op. cit.*, p. 20.

Conceição Cunha, para explicar a não punição, em alguns casos, de lesões como da moral social e dos sentimentos populares dominantes, antes fundando a sua exclusão do direito penal na ausência do caráter essencial, na prevalência da autonomia individual – que, como vimos no ponto 2.2., é um dos grandes fundamentos da liberdade de expressão – e por valer o princípio do pluralismo e da tolerância sociais²⁷⁸.

Apesar de esta autora tentar dar uma resposta, através da danosidade social, ao que poucos interrogam sobre os sentimentos não serem tão discutidos no caso dos crimes contra a honra como na situação, por exemplo, dos sentimentos religiosos, é irrefutável que os danos da honra são frequentemente sofridos de forma diferente conforme a pessoa em causa. Tenta-se muito justificar a relevância jurídico-penal da honra ao ponto de se comparar que os danos de um furto também podem ser sentidos diferentemente por mais que um sujeito, sobre o mesmo objeto²⁷⁹, mas o que releva, para efeitos de preenchimento do tipo da injúria, é sobretudo a honra subjetiva, não menos que a estima pessoal ou o juízo de valor que o ofendido faz de si mesmo – sendo corrente os tribunais utilizarem elocuições como «incomodar e ferir a suscetibilidade pessoal do visado» e «qualidades morais que devem existir para que a pessoa tenha *apreço por si própria e não se sinta desprezado pelos outros.*»²⁸⁰ (itálico nosso) –, ao passo que no furto (artigo 203.º do CP) não tem relevo jurídico-penal o que sente o ofendido, até para produção de prova, nem disso depende a tipicidade do facto, mas sim a simples subtração da propriedade.

Com isto, frisamos, não equacionamos a conduta injuriosa nas violações estrita e puramente morais ou ideológicas, de tal forma que se apartasse do direito e anuísse a impunidade, porque existe realmente neste crime danos sociais, ainda que não tanto determináveis, provocados pela ofensa a um direito constitucional. Sendo ainda a honra, para a maioria doutrinária, uma das condições vitais para cada ser humano se desenvolver livremente, ora um bem jurídico-penal, lembre-se, ainda assim, que o Estado de maneira nenhuma pode «exercer o papel de conformador ou tutor moral dos cidadãos, mas, apenas, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para uma vida em comunidade.». Mas, se estamos perante um Estado de Direito Democrático e o princípio da

²⁷⁸ Cfr. CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 86-90 (e nota 250).

²⁷⁹ Cfr. *ibidem*, *op. cit.*, pp. 90, 105 e 106 (e nota 256). Atente-se, no que toca à honra, «danos “imateriais”», e danos materiais, já nos bens jurídicos com substrato material, como a propriedade.

²⁸⁰ Vide Ac. do TRG, de 09/10/2017, Processo n.º 118/14.2T9VNF.G1, ponto 3.3.2.; Angioni indica inclusive que existe entre a honra e sua ofensibilidade uma causalidade meramente psicológica e social, *apud* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, p. 107 (e nota 299).

dignidade humana fundamenta um limite à intervenção penal, deve haver a consciência de que, a despeito de na Constituição se espelhar o mais amplo consenso possível na sociedade do que deve ser protegido juridicamente, mesmo os bens essenciais, tutelados penalmente, são funcionais e dinâmicos, moldam-se, tal como certos factos serão legitimamente descriminalizados caso não sejam tão socialmente danosos e, por certo, desnecessários²⁸¹.

c) No entanto, admitindo uma vez mais que o bem jurídico-penal existe, interessa igualmente o que deveria ser mais discutível, que é ainda a necessidade de o direito penal punir este crime, e que também coincide, de certa forma, a uma matéria complexa, seguramente do mais controverso relativamente à constitucionalidade da restrição dos direitos fundamentais²⁸².

No meio de tantas teses que interrelacionam a dignidade penal e a necessidade penal e mesmo que se possa afirmar uma tendencial convergência entre o bem a tutelar de elevada importância e cuja lesão é de gravidade particular – como assim penalmente é exigido e numa relação em que a danosidade social é inerente à dignidade penal – e a necessidade penal, deve olhar-se sempre, em primeira mão, aos meios de controlo que o direito tem ainda disponíveis²⁸³. Não podem ser exemplos comparativos os crimes que punam ofensas corporais ou a subtração do património, contanto que os bens jurídicos aqui versados têm maior grau de importância e as agressões dos bens jurídicos aqui em causa são mais graves, e então esse grau de gravidade em nada se assemelha ao da violação da honra. À sua parte, pensamos ser coerente comparar quaisquer outros crimes cuja danosidade social seja mais reduzida. Os dois juízos complementares que abordámos *a priori* são agora lembrados porque, principalmente o da necessidade, devem ser tidos em conta para apreciar a conduta em causa, as circunstâncias típicas, o grau de danosidade social e a previsão das alternativas da política social²⁸⁴. É esta a resposta político-criminal a indagar, começando no ponto imediato, se pretendemos arguir, por fim, a descriminalização da injúria.

²⁸¹ Cfr. *ibidem*, pp. 135-151 (e notas 383 e 420), e PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, pp. 76 e 77.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», *op. cit.*, p. 366; e PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, *op. cit.*, p. 105.

²⁸³ Como na nota 223.

²⁸⁴ Cfr. CUNHA, Maria da Conceição, “Constituição e Crime”, *op. cit.*, pp. 226-233, onde reside a fonte das ilações retiradas.

3.4. Descriminalização da injúria: proibição do excesso ou proibição constitucional de criminalização? A proibição de insuficiência e o problema do limite constitucional do artigo 37.º, n.º 3, da CRP

a) Sempre nos dirigimos à liberdade de expressão como um direito de defesa, decorrente da função negatória dos direitos fundamentais, atuando como uma proibição de intervenção, quando for esse o caso. Aliás, esta função encontra boa parte da sua solidez nos critérios da dignidade penal e da necessidade penal, como temos vindo a demonstrar. Portanto, o próprio princípio da proibição do excesso, na obediência de todos os seus requisitos, é um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, geralmente apresentado como o *limite dos limites*²⁸⁵. Este princípio, que se baseia na própria vigência dos direitos fundamentais, coincide com um verdadeiro critério de interpretação das suas limitações, visto que a intenção é «evitar que o custo que representa a limitação de um direito seja superior ao benefício que se supõe para outro direito», sendo patente que «até a pena menos grave implica uma limitação (embora apenas pelo seu significado simbólico de reprovação ético-social) de direitos mais grave do que a que resulte de qualquer outro meio de intervenção do Estado à margem do direito penal»²⁸⁶.

Deste pensamento concluímos que, se existe outro meio do qual resulte uma limitação menos grave da liberdade individual e da liberdade de expressão, ainda à conta da validade da autonomia individual e da dignidade da pessoa humana em que aquele último direito se fundamenta, deve ser contestada a intervenção do direito penal no facto correspondente a uma injúria. A proibição do excesso diz-nos não aquilo que o direito pode penalizar mas já aquilo que não deve nem pode, como vimos *supra*; por conseguinte, a solução mais sensata será a sua descriminalização, como foi o caso da descriminalização da injúria no ordenamento jurídico italiano.

Não há, definitivamente, nas leis fundamentais de grande parte dos países europeus, disposições constitucionais que premeiem tanto a liberdade de expressão – apesar de ser um direito fundamental nuclear para as mesmas – como a Constituição dos Estados Unidos

²⁸⁵ Vide SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, *op. cit.*, p. 361, e PUIG, Santiago Mir, «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal», Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *RPCC*, ano 19, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 12, 13 e 15.

²⁸⁶ PUIG, Santiago Mir, «O princípio da proporcionalidade, *op. cit.*, pp. 14 e 23.

da América²⁸⁷, todavia, não será descomedido trazer à discussão uma problemática que é intrínseca à natureza de “fundamentalidade” do direito constitucional da liberdade de expressão, independentemente de não ser este o centro do nosso trabalho, porque ele não menos se identifica com um direito fundamental *de liberdade*²⁸⁸. Além dos direitos de liberdade, podem vir a ser reconhecidas pelo legislador ordinário, no texto constitucional, quer em disposições amplas ou mais estritas, outras proibições fundadas em princípios fundamentais, de que é exemplo na jurisprudência portuguesa a proibição constitucional de criminalização fundada no princípio constitucional geral da igualdade perante a lei (artigo 13.º da CRP), na decisão do TC que julgou inconstitucional a norma da incriminação dos atos homossexuais com adolescentes²⁸⁹.

Tal como a proibição do excesso, que o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, passou a edificar, a salvaguarda do conteúdo essencial de um direito fundamental, já no n.º 3, figura como um requisito de legitimação da restrição de um mesmo direito. É essa problemática a que se intersere nas proibições constitucionais de criminalização e que inclusive Maria João Antunes levanta no âmbito da descriminalização da injúria pela lei italiana, a par da desnecessidade penal; reafirmamos que esta escolha político-legislativa sintetiza-se, acima de tudo, numa tendência de descriminalização em consequência do valor da liberdade de expressão e de pensamento para o Estado de Direito Democrático e da própria dignidade penal do bem jurídico da honra²⁹⁰.

É nítido que não deve haver crime faltando o ferimento de bens jurídicos, ora porque não foi conseguido que fossem individualizados, e daqui decorre uma proibição constitucional expressa de criminalização ou, indo mais longe, porque é questionado ao legislador, na relação entre o direito penal e a ordem constitucional dos direitos fundamentais, a identificação – ainda que, normalmente, pela jurisprudência – de

²⁸⁷ A Primeira Emenda à Constituição norte-americana declara imperativamente que «“o Congresso não fará nenhuma lei (...) que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa”», *vide* MOTA, Francisco Teixeira da, *O Tribunal Europeu, op. cit.*, pp. 17 e 18. Não sendo sancionadas a nível federal a difamação ou a injúria, embora alguns Estados norte-americanos tenham legislado algumas medidas criminais sobre o assunto, de acordo com o Relatório: Criminal Libel in the Land of the First Amendment (2015) do IPI, uma Organização Não-Governamental e internacional de 1950, de que Portugal é membro, (pp. 27 e ss.), disponível em <https://ipi.media/criminal-libel-in-the-land-of-the-first-amendment/>.

²⁸⁸ *Vide* DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição e escolha dos bens jurídico», *RPCC*, ano 4, n.º 2, Lisboa, Aequitas: Editorial Notícias, 1994, pp. 155 e 156, e o que foi desenvolvido no ponto 3.2., a), sobre o tema.

²⁸⁹ *Ibidem, op. cit.*, pp. 161-164; ANTUNES, Maria João, *Constituição, op. cit.*, pp. 27, 64 e 65.

²⁹⁰ *Vide* ANTUNES, Maria João, *Constituição, op. cit.*, pp. 70 e 71, e PALMA, Maria Fernanda, «O argumento criminológico, *op. cit.*, p. 110.

imposições constitucionais de descriminalização, no momento da divisão dos bens jurídicos, neste caso, daquela que seja fundada na liberdade de expressão porque o crime de injúria envolve o exercício específico deste direito. Deve atentar-se na conduta que é tipificada e na sanção que é aplicada²⁹¹.

Fazendo uma análise relativamente ao ordenamento jurídico italiano que prevê no artigo 21.º da Constituição italiana a liberdade de expressão, como o «direito de manifestar livremente o próprio pensamento, mediante forma oral ou escrita, e qualquer outro meio de difusão», limitando-se as «manifestações contrárias aos bons costumes», Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci elencam vários casos em que o TC italiano se pronunciou sobre a constitucionalidade de algumas normas penais relevantes para cada caso, por exemplo, aquelas que puniam criminalmente puras e simples manifestações do pensamento (como «a propaganda (...) feita para destruir ou abater o sentimento nacional») sem que se ofendesse qualquer direito constitucional e que foram declaradas inconstitucionais²⁹². Para os mesmos autores as proibições constitucionais de incriminação são mais ou menos vastas, salientam também que o pleno exercício dos direitos de liberdade, como a liberdade de expressão, tem duas implicações legais: que o seu exercício, quando puro e simples, não possa determinar como crime um tal modo de atuação, como igualmente a exigência de que qualquer crime que venha punir essa atuação tenha em vista imperativamente direitos constitucionalmente protegidos²⁹³.

Tendo isto presente, dificilmente seria possível, podendo ser mesmo uma tarefa árdua para o TC português, a determinação da proibição constitucional da criminalização da injúria na exata forma legal que é tida no artigo 181.º do CP. Primeiro, o direito à honra é um direito a que é dado guarida constitucional e tem reconhecimento para toda a doutrina e jurisprudência como um bem jurídico-constitucional sem a suscitação de grande controvérsia relativamente à legitimidade da sua proteção penal no plano da calúnia, da denúncia caluniosa, também da difamação ou mesmo da injúria. Em segundo, ainda cuidando no objeto de tutela desta proibição legal, nem todos os casos serão de injúrias em que os juízos de valor e as afirmações de factos equivalham a meras expressões de opiniões e pensamentos que se arrogam do núcleo duro da liberdade de expressão e sem

²⁹¹ Cfr. DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição, *op. cit.*, pp. 153-155; e ANTUNES, Maria João, *Constituição, op. cit.*, pp. 51 e 62-64.

²⁹² Disponível em https://www.senato.it/application/xmanage/COST_PORTOGHESE.pdf; vide DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição, *op. cit.*, pp. 156-161, sobre decisões ainda do século passado.

²⁹³ *Ibidem, op. cit.*, pp. 156 e 157.

atingir a honra de outrem²⁹⁴. Aqui a preocupação tem a ver com a extensão do conteúdo essencial, afirmando-se o direito (de defesa) como limite à sua limitação, no entanto, «a própria delimitação do núcleo essencial (...) tem de articular-se com a necessidade de protecção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos.», nomeadamente, a honra²⁹⁵.

Concluindo, da assunção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e da função de defesa, cremos que a exceção ao dever negativo de o Estado se abster de qualquer interferência no exercício do direito fundamental da liberdade de expressão não é conforme a Constituição²⁹⁶, não porque se infere uma proibição constitucional de criminalização fundada na liberdade de expressão mas pela violação do princípio jurídico-constitucional da proibição do excesso e do princípio da subsidiariedade do direito penal, de acordo com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

b) De seguida, ao lado de todos os limites constitucionais da criminalização a que já prestámos cuidado, advêm outras consequências ao nível constitucional na ocasião da descriminalização. Na relação típica entre o ordenamento jurídico-penal e a proteção jurídico-constitucional dos direitos fundamentais destaca-se a Constituição, como fundamento, na possibilidade de obrigar o Estado a criminalizar dados comportamentos que contendam com direitos fundamentais, ora porque atuou de modo insuficiente, ora porque não chegou a tomar medidas²⁹⁷.

Dissemos no capítulo anterior (ponto 2.3., c)), aquando do tratamento do dever estadual de proteção dos direitos fundamentais, que da antecipação dos direitos fundamentais numa ordem objetiva de valores se descortina várias implicações da realização da função de proteção pelo Estado. A saber, há um «*standard* mínimo do dever

²⁹⁴ Vide também ponto 3.2., a). Alguém apelidar outro de «chibo» concede-se como uma conduta ofensiva da honra e da consideração do visado porque «à semelhança de um *bufo*, é tido como um tipo no qual não se pode confiar, um apátrida, um traidor, uma pessoa sem carácter, um inconveniente», vide Ac. do TRE, de 18/06/2013, Processo n.º 1723/10.1PAPTM.E1, ponto III. Contudo, veja-se na *nota 248*, o exemplo de condutas desprovidas de dignidade punitiva principalmente no seio privado da interação social.

²⁹⁵ Não nos parece que fique tão-assim colocado em causa a utilidade constitucional da liberdade de expressão, tal como a sua subsistência, com a incriminação da injúria, por isso não há aniquilação do seu conteúdo essencial, vide, aprofundadamente, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, pp. 394 e 395, e MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de expressão, op. cit.*, pp. 741 e 742.

²⁹⁶ Atendendo ao que foi vertido no ponto 2.3., c).

²⁹⁷ Vide PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal, op. cit.*, p. 110, e, como vimos, na linha de pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, *apud* STRECK, Lenio Luiz, «Bem Jurídico e Constituição, *op. cit.*, p. 316.

de protecção jusfundamental», designado pelo princípio da proibição de insuficiência, que põe ao legislador o único limite constitucional da legitimação material positiva do direito penal, o critério de aferição da violação dos imperativos de tutela e dos correspondentes direitos à protecção²⁹⁸. Se, de um lado, temos o limite máximo da ação penal do legislador coberto pela proibição do excesso (*Übermaßverbot*), do outro temos o limite mínimo desvelado pela proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*), e só dentro deste intervalo é que o legislador terá a tal liberdade de conformação e decisão legislativa²⁹⁹. Sem intenções de nos alongarmos, mas reconhecendo o préstimo da doutrina civilística quanto à sua caracterização, especialmente por obra de Canaris, e da jurisprudência constitucional alemã quanto à sua conceção, a proibição de insuficiência é abrangida pela proibição do excesso, mas alguns doutrinadores argumentam que não há uma identificação nem mesmo uma substancial congruência entre ambas porque a ideia por detrás da proibição de insuficiência não está totalmente imbricada com o critério da necessidade como é na última, concomitantemente como na própria categoria da necessidade penal, mas a um critério de efetividade – aquela efetividade de tutela que prontamente associámos à função de protecção dos direitos fundamentais – que deve condicionar o legislador na escolha de uma das medidas de tutela adequadas que seja eficaz³⁰⁰.

Por aqui se entende, junto da linha de orientação do TCF alemão e do TC português, que o que a lei fundamental pode impor é a garantia de uma tutela efetiva do direito fundamental; dela não decorre nenhum dever de criminalização, de forma absoluta, mas apenas que a norma de protecção do direito fundamental (objeto do direito de protecção) não fique «*aquém* do constitucionalmente exigível», o que significa uma «protecção eficiente»³⁰¹, de sorte que «um acto estadual teleologicamente orientado pela finalidade de cumprimento do dever estadual de protecção de direitos fundamentais não tem de ser *constitucionalmente imposto* para poder ser *constitucionalmente legítimo*» (itálico nosso) e

²⁹⁸ Vide BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, op. cit., pp. 537, 575 e 576 (e nota 2237), e «Bem jurídico», op. cit., p. 259; e SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», op. cit., p. 362.

²⁹⁹ BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico», op. cit., p. 260; ANTUNES, Maria João, *Constituição*, op. cit., p. 61; e SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», op. cit., pp. 366 e 367

³⁰⁰ Vide BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, op. cit., pp. 576 e 599 (e nota 2237), e, expondo várias posições doutrinárias sobre as suas conceções, SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição», op. cit., pp. 366-369.

³⁰¹ Vide Ac. n.º 75/2010, do TC, Processos n.º 733/07 e n.º 1186/07, ponto 11.4.3., BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, op. cit., pp. 533, 534 e 577-579, e NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 260 e 261.

será justamente mediante a proibição de insuficiência que se vai saber se é constitucionalmente imposto ou não³⁰².

Em tom de resposta, e em especial, avançada a descriminalização da injúria (artigo 181.º, n.º 1, do CP) – em síntese, o ataque direto à honra predominantemente subjetiva, onde há maior oportunidade de reversibilidade dos seus efeitos e se apresenta menor gravidade de lesão –, cremos que não haveria a violação do princípio da proibição de insuficiência por entendermos que o dever estadual de proteção do direito à honra, como é previsto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP, não impõe qualquer tipo de mandado de incriminação e seria naturalmente cumprido, sem perda de eficiência, se o direito à honra fosse protegido de forma adequada, suficiente e igualmente eficaz por outros meios de tutela não penais, designadamente, o direito civil (ver *infra*), no qual também está protegido e até de forma mais extensa e completa (enquanto que no direito penal o bem jurídico deve ser determinado e concreto, o que também oferece algumas dúvidas na injúria, refletindo-se sobre a crítica que iniciámos no ponto 2.1.), pois aqui o conceito do bem jurídico da honra, não ignorando as suas características por vezes impossíveis de positivizar com precisão, alcança uma inteligibilidade correta com respeito pelo âmbito das variações do direito geral de personalidade³⁰³.

c) Mas, a conexão jurídico-constitucional com uma eventual descriminalização legítima ou ilegítima da norma incriminatória da injúria não terminaria assim. No artigo 37.º, n.º 3, da CRP, é atribuída expressamente uma competência genérica de regulação do direito de expressão e do direito de informação. Deste modo, precisamos de situar o problema no assunto das imposições constitucionais de criminalização.

Tal como o TCF alemão, o TC português rejeitou que dos deveres de proteção resultassem injunções constitucionais de criminalização implícitas absolutas, e adiu que somente quando fosse manifesto o erro de avaliação do legislador, observando-se critérios de evidência, é que se poderia arguir, quando muito, uma obrigação constitucional relativa

³⁰² BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, op. cit., pp. 560 e 583.

³⁰³ Cfr. *ibidem*, op. cit., pp. 579-582, MATOS, Filipe de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, Edições Almedina, 2011, pp. 128 e 129, BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 115, e SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, op. cit., p. 308. Consideramos até que a tutela eficiente da honra pelo direito penal hodierno possa ser criticável, ver *infra*.

de recurso à ameaça penal³⁰⁴. Aquelas imposições absolutas – também na opinião da doutrina maioritária – jamais seriam compatíveis com o princípio da carência de tutela penal pois o mesmo consistiria em descartar as alternativas possíveis de tutela e em identificar necessariamente todo e qualquer bem jurídico-constitucional com um bem penal, não sendo assim que funciona a ordem axiológica dos direitos constitucionais aberta e pluralista³⁰⁵; diz Jorge de Figueiredo Dias que «não é legítimo *sem mais* a exigência de criminalização» decorrente da existência de direitos fundamentais ainda que integrados nos valores jurídico-constitucionais³⁰⁶. Mas relativamente às meras imposições constitucionais de criminalização relativas, também para a doutrina maioritária, é mais que aceite que a sua existência não viole à partida o princípio da subsidiariedade penal, no fundo, serão admissíveis obrigações relativas de sanção criminal se não houver nenhum outro meio capaz de fornecer uma tutela adequada e eficaz com exceção do direito penal e sem prejuízo do respeito pelo princípio da proibição do excesso e da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP)³⁰⁷.

Justamente, o artigo 37.º, n.º 3, da CRP, que determina que as infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão, *v.g.*, a injúria e a difamação, fiquem submetidas aos princípios gerais do direito criminal – entenda-se, não só os princípios constitucionais como também a legislação penal comum – ou do ilícito de mera ordenação social, ainda provoca alguma discordância³⁰⁸.

³⁰⁴ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, pp. 572 e 581; e ANTUNES, Maria João, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 66-68.

³⁰⁵ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *op. cit.*, pp. 129, e BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, pp. 572 e 573. Pelo contrário (*idem*, *op. cit.*, p. 571), há quem inclusive defenda a possibilidade de a Constituição impor a criminalização de condutas que violem a dignidade humana (ora como fundamento penal e não só limite), *vide* CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 406 e ss.

³⁰⁶ Mesmo quando o legislador constitucional tenha previsto expressamente a necessidade da ação penal para tutelar certos bens-jurídicos determinados, deve criminalizar sob pena de inconstitucionalidade por omissão, mas continuará a ter liberdade quanto ao âmbito e à forma da criminalização, e quanto às sanções e à sua medida, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *op. cit.*, pp. 129 e 130. Em sentido convergente, rejeitando as imposições constitucionais implícitas, sejam absolutas ou relativas, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 290 e 291 (e nota 327), e DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição», *op. cit.*, pp. 178 e ss., e 184 e ss.

³⁰⁷ Em caso de impossibilidade concreta, aqueles princípios devem prevalecer sobre as imposições, *vide* BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, *op. cit.*, pp. 574 e 575; e PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, *op. cit.*, pp. 53-56, que assume que a necessidade penal, porque legítima o crime, tem um conteúdo positivo e assim «a possível obrigatoriedade concreta das incriminações depende ainda da necessidade instrumental derivada do valor intrínseco de certos bens e da carência da sua protecção.»

³⁰⁸ ANTUNES, Maria João, *Constituição*, *op. cit.*, p. 22.

Partindo do princípio que a CRP exclui um «“delito de opinião”» de forma inequívoca, para alguns autores o preceito representa uma verdadeira limitação da liberdade de opinião e de pensamento pela palavra ou outro meio que pode levar à punição criminal, visando a salvaguarda de outros direitos com igual dignidade constitucional, v.g., o bom nome e reputação, e sem que daqui se deduza sequer a descriminalização de certos factos, como a injúria³⁰⁹, ou mesmo servindo como um impulso de criminalização “oculto” que vincula negativamente o legislador, na medida em que tais infrações «não podem deixar de ser punidas pelo direito criminal» e que «ao legislador não caiba espaço de decisão para, por exemplo, uma *total* descriminalização de tais infrações, que são *em princípio* violadoras do bem jurídico da honra.»³¹⁰ (itálico nosso), contudo o artigo não especifica bens jurídicos; para outros é criticável de antemão que subsista, em relação a esta norma constitucional, a argumentação de alguma doutrina e jurisprudência que sobrepõe os limites do direito de informação aos limites do direito de expressão, pois os limites da liberdade de expressão devem ser «evidenciados e justificados», e que pretende diminuir o peso da própria liberdade de expressão e de pensamento. Concordamos que seja um erro gravíssimo este raciocínio porque Portugal apresenta um dos «*padrões mais baixos* de tutela jurisdicional das liberdades de expressão», de acordo com o CE, e porque os tribunais preferem dar continuamente primazia à honra e ao bom nome, denegando a importância da liberdade de expressão e dos interesses apostos³¹¹.

O TC português ainda não se pronunciou de forma marcante sobre a liberdade de expressão e do pensamento e o respetivo lugar no pensamento constitucional³¹². Contudo, especialmente sobre se nesta norma se encontra uma imposição constitucional de não descriminalização ou mesmo de tutela contra-ordenacional das infrações praticadas no exercício da liberdade expressão, o TC deu uma resposta negativa, independentemente da revisão constitucional de 1997 ter aditado a responsabilidade contra-ordenacional. Somente por isto, Nuno Brandão defende que se possa compreender uma certa abertura para a descriminalização de algumas condutas, ainda que sejam mais relacionadas com a liberdade da comunicação social, ou, nas suas exatas palavras, «uma *abertura constitucional à ideia de que pode ser legitimamente conferida natureza contra-*

³⁰⁹ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição, op. cit.*, p. 575.

³¹⁰ Vide COSTA, José de Faria, *Direito Penal*, 1.ª Edição, Lisboa, Imprensa Nacional, 2017, pp. 133 e 134.

³¹¹ Vide MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição, op. cit.*, pp. 856 e 857.

³¹² *Ibidem*.

*ordenacional a comportamentos que atentem contra bens jusfundamentais pessoais, mesmo sob a forma de lesão.»*³¹³.

Além disso, ainda quanto ao artigo 37.º, n.º 3, não se enuncia expressamente a proteção de determinados e concretos bens jurídicos, nem da expressão «ficam submetidas» se pode interpretar que as infrações relevantes são punidas criminalmente³¹⁴. Do teor literal da norma entendemos que qualquer conduta deve ficar exposta ao escrutínio do princípio da necessidade da pena e conseqüente proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), antes mesmo de se concluir haver crime, o que também nunca seria desconforme nem estranho àquilo que se espera do legislador ordinário, respeitando a ideia do Estado de Direito material, no momento de optar pela tutela penal de um bem jurídico.

3.5. Descriminalização da injúria: outra perspetiva crítica orientada pela política-criminal, a injúria no ordenamento jurídico-italiano e demais alternativas, em especial, o direito civil

a) Nunca é de mais recordar que o direito penal é de *ultima ratio*, regendo-se pelo princípio da não-intervenção moderada ou máxima restrição/intervenção mínima, trazido pela política-criminal. Se isto significa que «possam razoavelmente ser contidos ou controlados por meios não penais» os comportamentos que lesem bens jurídicos, pode também o assunto da descriminalização estar implicado³¹⁵.

A definição dos bens jurídico-penais tem de depender sempre das condições socioeconómicas e culturais, consoante cada sociedade e época histórica, de forma mais rigorosa que noutros ramos jurídicos. Não haverá dúvida de que os valores essenciais, *qua tale* bens jurídicos, variam com o tempo e as circunstâncias, e então o conceito material de crime atual deve ser histórico-espacialmente situado na sua definição e a lei penal a expressão dessas variações, inclusive das necessidades sociais e políticas que se fazem sentir nesse momento, senão o direito penal perde eficácia e legitimidade³¹⁶.

³¹³ Vide Ac. n.º 224/2010, do TC, Processo n.º 442/09, ponto 8., e BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, op. cit., pp. 612-617 (e notas 2355-2358).

³¹⁴ Cfr. DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição», op. cit., pp. 179-181.

³¹⁵ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, op. cit., p. 131.

³¹⁶ CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», op. cit., pp. 15, 16, 111 e 112, CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Condicionalidade*, op. cit., p. 11, PALMA, e Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, pp. 117 e 118.

Na liberdade que o legislador tem para incriminar um comportamento, deveria olhar numa primeira fase à finalidade preventiva do direito penal, assimilando a função primária do direito penal com a finalidade preventiva geral, principalmente, positiva e só depois considerando a finalidade especial. Muito embora a finalidade geral positiva – reposição da confiança no direito e garantia de que os bens jurídicos estão a ser protegidos – seja prosseguida logo no momento da prescrição legislativa e a finalidade geral negativa – punição do infrator suficientemente dissuasora da sociedade do crime – se verifique aquando da aplicação da pena³¹⁷, é notório que no crime de injúria a atribuição da pena não tem surtido o melhor efeito pois existem ainda bastantes crimes destes praticados em Portugal³¹⁸.

Numa segunda fase, o legislador averiguaria a necessidade penal, agora investigando que outros meios adequados existem. Se estes não forem suficientes quanto à sua eficácia de proteção é que a questão será remetida para a eficácia do direito penal. Por conseguinte, por parecer ser tão incerto o grau de danosidade social da ofensa contra a honra, inclusive mais próximo de um nível baixo do que alto, será maior a exigência da eficácia do direito penal. E mesmo que essa eficácia fosse ligeiramente superior àquela dos meios não penais, havia que comparar-se as vantagens e desvantagens da (não) intervenção do direito penal³¹⁹. Apesar disso, podem surgir, como é natural, dificuldades nesta investigação criminológica das diferentes hipóteses de tutela, seja por falta de rigor, seja por falta de concretização, e já que não é possível ter dois cenários idênticos e testar as medidas alternativas com a mesma incidência subjetiva e sob as mesmas circunstâncias e fatores, a melhor solução é a comparação com os países de cultura semelhante que optem por regimes jurídicos distintos na proteção de certos bens jurídicos, onde até tenha havido

³¹⁷ Cfr. Cunha, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 236-242 (e nota 671).

³¹⁸ Um registo do IPI, em associação com o Ministério da Justiça assinala 574 (de 1214, no total de crimes contra a honra) condenações em tribunais de 1.ª instância só do crime de injúria, pelo artigo 181.º, n.º 1, e apenas 177 correspondem ao crime de difamação, pelo artigo 180.º, n.º 1, no ano de 2013. Disponível em <http://legaldb.freemedia.at/legal-database/portugal/>. No ano de 2018, dos 784 condenados por crimes contra a honra, retira-se que, à partida, aproximadamente pouco menos de metade deles deverão consistir em injúrias simples, o que, a título de exemplo, nem chega ao número total de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no mesmo ano, *vide* <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Condenados-em-processos-crime-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>.

³¹⁹ Cfr. CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 243, 244, 255 e 256 (e nota 717). A autora não inclui nos crimes que enumera com elevada danosidade social os crimes contra a honra quando discute a quantidade de crimes praticados (*idem, op. cit.*, p. 263). De qualquer forma, se há um número elevado de crimes praticados (e provavelmente só um número diminuto são do conhecimento das autoridades judiciárias, sabendo que a injúria é um crime particular) existe sempre um problema (cfr. *idem*, para melhor desenvolvimento sobre o problema criminológico das cifras negras, *op. cit.*, pp. 256-262).

descriminalizações³²⁰. Por este motivo, podemos constatar que Itália é o caso, ainda que muito recente, que serve de melhor ponto de comparação, sequer quanto a uma nova abordagem da política-criminal.

b) Em Itália, já no momento em que a ciência do direito penal começou a ser objeto de alguma revisão, as ofensas do direito à honra rapidamente criaram alguma divergência entre os eruditos, como Garofalo, na sua obra *Criminologia*, de 1885, que acreditava que bastaria uma multa que compensasse o ofendido e outra a favor do Estado; ou outros juristas como Capobianco e Puglia, também no século XIX, que aprovavam o espaço legítimo de intervenção do direito civil mas já não do direito penal que punisse como crimes as violações da honra; ou mesmo Florian, já no século XX, que preferia a distinção entre as ofensas contra a honra objetiva e as ofensas contra a honra subjetiva³²¹.

Com efeito, o atual sistema jurídico português na delimitação dos dois principais crimes contra a honra inspirou-se essencialmente no sistema vigente até à data na ordem jurídica italiana, onde se enfatiza, mais uma vez, que no crime de injúria se protege a honra prevalentemente no sentido subjetivo e no crime de difamação tutela-se preferentemente a reputação, por sua vez, a honra objetiva³²². Por isso, como sociedade ocidental, baseada num Estado de Direito Democrático, com um fundo cultural-social comum em relação ao Estado português, será a comparação mais prudente e viável, até para fins de descriminalização, a que tiver em atenção a injúria no enquadramento do ordenamento jurídico italiano³²³.

Também países como o México e a Irlanda aderiram, respetivamente, em 2007 e em 2009, ao movimento da descriminalização, mas é então em Itália que foi revogado há quatro anos atrás o artigo 594.º do CP italiano que integrava a norma penal que criminalizava a injúria, muito semelhante à norma do artigo 181.º, n.º 1, do CP português, e, por seu turno, foi criada uma legislação, ao que parece, apropriada e estruturada, com respeito pela ponderação de interesses e que contém as proporcionadas ressalvas, na função da verdadeira e merecida proteção dos direitos em causa, apesar de a difamação permanecer uma conduta incriminadora. O *decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7*, torna

³²⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 252-254.

³²¹ *Apud* BORCIANI, Alberto, *As ofensas à honra*, *op. cit.*, pp. 9 e 10.

³²² GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal – Passo*, *op. cit.*, p. 358.

³²³ CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*”, *op. cit.*, pp. 152 e 153 (e nota 423).

a injúria, entre outras condutas, num ilícito de direito civil sujeito a sanções pecuniárias, conforme os artigos 3.º e 4.º, n.º 1, alínea a); estabelece ainda casos em que se preveja a não ilicitude do dano, assim vertido no seu artigo 4.º, n.º 2 e 3, por exemplo, se houver a prática de factos recíprocos entre lesante e lesado; e consagra critérios de determinação da sanção no artigo 5.º do mesmo decreto³²⁴.

Também neste ordenamento jurídico o direito penal é fundamentado na ideia de última instância da política social, tal como a dignidade da pessoa humana (previstas nos artigos 2.º e 3.º da Constituição italiana) e a liberdade (artigo 13.º), constituem uns dos mais importantes valores que devem ser respeitados cada vez que há uma restrição na forma de pena³²⁵, de tal modo que, na ideia de subsidiariedade que também está presente no direito penal italiano, se faça referência ao princípio constitucional da ofensividade (da *offensività*) – o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, relevando as características do bem jurídico para a construção do ilícito – em que o tribunal exclui a punição do crime se o facto, mesmo preenchendo o tipo, revelar que não ofende o bem jurídico, estando limitado por um critério de razoabilidade que serve de parâmetro de controlo³²⁶.

Da livre decisão do legislador contudo deve esperar-se alguma atribuição, para o bem e para o mal. Neste seguimento, a *Corte Costituzionale*, ora o TC italiano, foi já interpelado com a questão sobre a conformidade constitucional do artigo 1.º, parágrafo 1, alínea c), daquele decreto, em concreto, da norma que despenaliza a injúria, levantada pelo *Giudice di pace di Venezia*, ora o Julgado de paz de Veneza³²⁷.

Naquilo que interessa para o nosso trabalho, destacamos algumas asserções. A lei fundamental italiana não prevê a proteção do direito à honra de forma expressa como a lei fundamental portuguesa no artigo 26.º. Entende-se que do artigo 2.º e 3.º, que protege a dignidade da pessoa humana, o direito à honra está compreendido, respetivamente, nos «direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade» e na «dignidade social», assim afirma o Julgado de Paz

³²⁴ Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:regione.siciliana:legge:2016:7>

³²⁵ Vide CUNHA, Maria da Conceição, “Constituição e Crime”, *op. cit.*, pp. 230 e 231 (e nota 650).

³²⁶ ANTUNES, Maria João, *Constituição*, *op. cit.*, pp. 53; PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, *op. cit.*, pp. 120 e 121; e DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição», *op. cit.*, pp. 151 e ss.

³²⁷ Os Julgados de paz em Itália são magistrados honorários (e não magistrados de carreira) e meramente competentes em processos de natureza cível e penal de menor gravidade, vide https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1.

e acórdãos anteriores o TC³²⁸. Antes de mais, o órgão jurisdicional de reenvio argumenta que a proteção dos direitos fundamentais e essenciais como a honra só pelo direito penal será adequada pois trata-se de direitos invioláveis do ser humano, quanto aos quais o meio civil e o administrativo não têm a mesma eficácia dissuasora que confere o direito penal, ao mesmo tempo não compreende a intervenção legislativa direcionada estritamente para a injúria porque a difamação continua a ser punida, sendo que o motivo da sanção penal e o direito fundamental tutelado seriam os mesmos³²⁹. O Procurador-Geral da República italiano, na representação e defesa do Presidente do Conselho de Ministros que reprova o levantamento destas questões para controlo constitucional, reitera que o tribunal está impedido de interferir em matéria (penal) reservada à lei, pelo artigo 25.º, parágrafo 2, da Constituição italiana, ou seja, afirma-se a liberdade de decisão e conformação do legislador, podendo apenas intrometer-se se, por aquele critério de razoabilidade, a discricionariedade do legislador tiver sido manifestamente abusiva; a seguir, assegura que esse critério é respeitado porque, enquanto «a continuação da relevância jurídico-criminal da difamação justifica-se com base na agressão pública à honra, ao contrário do que sucede com a injúria, a intenção do legislador é a sua remissão para o direito civil para uma resolução do conflito entre particulares.»³³⁰ (tradução nossa), e o tribunal completa que a disposição legal revogada e a norma incriminatória da difamação preveem formas de conduta distintas, que envolvem destinatários diferentes e, por isso, a questão da revogação não constitui um tratamento mais favorável relativamente à lei penal geral (nem houve ilegitimidade formal, além de material, da intervenção do legislador) que tornasse admissível a verificação da sua conformidade constitucional³³¹.

Ora, o TC confirma fundamentalmente que o modo de atuação do agente é relevante para distinguir a injúria da difamação a nível de tutela jurídica e que a gravidade da lesão da difamação, ambos fatores atinentes aos efeitos sociais da conduta, é que justifica ainda a sua proteção jurídico-penal, na medida em que também a revogação da parte da norma que previa o agravamento da pena da injúria quando o facto fosse praticado na presença de terceiros (artigo 594.º, parágrafo 4) é justificada pela acessibilidade que o

³²⁸ Disponível em https://www.senato.it/application/xmanage/COST_PORTOGHESE.pdf. Vide *Sentenza 37/2019 (ECLI:IT:COST:2019:37)*, de 23/01/2019, ponto 1.2. (questão de facto), e PALLOTTA, Omar Makimov, «Depenalizzazione dell'ingiuria e (obbligo di) protezione del diritto all'onore: riflessioni a margine di una questione di legittimità costituzionale», *RDM*, n.º 3, Medialaws, 2018, p. 269.

³²⁹ Vide *Sentenza 37/2019 (ECLI:IT:COST:2019:37)*, de 23/01/2019, pontos 1.2. e 1.3. (questão de facto).

³³⁰ *Ibidem*, ponto 2. (questão de facto) e 7.1. (questão de direito).

³³¹ *Ibidem*, ponto 7.2. (questão de direito).

ofendido tem de defesa no imediato e de proteger a própria honra, como seria a situação equiparável no caso do exercício do direito à retorsão previsto no CP português ou simplesmente a possibilidade de defesa que o injuriado mais facilmente tem³³². Numa segunda conclusão, para o TC, a obrigação estadual de proteção do direito fundamental da honra, ainda que depreendida do reconhecimento constitucional da não violação da dignidade humana, não significa obrigatoriamente nem automaticamente que a tutela da honra tem de ser garantida pelo meio de política social mais gravoso e, conseqüentemente, a injúria cominada com a sanção penal. Neste ângulo, que é o correto, considera que o legislador teve a livre iniciativa de optar político-criminalmente pela descriminalização a partir da análise que fez dos meios de tutela disponíveis, considerando que a proteção jurídico-civil da honra seria menos restritiva dos direitos fundamentais do agente mas que resolveria de forma eficaz a prevenção desta ofensa, prevalecendo o princípio da *ultima ratio* do direito penal que permeia nos sistemas jurídicos contemporâneos³³³.

Por força desta jurisprudência, a descriminalização é conforme a lei fundamental italiana e não é encontrado nenhum tipo de imposição constitucional de criminalização. De acordo com o parâmetro de controlo – o princípio da proporcionalidade em sentido amplo – utilizado pela jurisprudência do TC português, o problema teria sido centrado especialmente na avaliação da proibição de insuficiência, para o qual vale aquilo que dissemos no ponto anterior. Ademais, nada na Constituição sugere que possa haver obstáculos à eventual proteção do direito à honra unicamente pelo direito civil, sobretudo se as ofensas não forem graves³³⁴.

c) Na origem da desnecessidade da pena está, como se verifica e até já se aplica, uma alternativa adequada, suficiente e eficaz que, neste caso, seria a tutela civil. Importam pois algumas apreciações, advertindo claro que não nos cabe aprofundar esta questão.

Existem, forçosamente, diferenças a nível dogmático entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal no ordenamento jurídico português. Desde logo, a proteção da honra no direito civil é mais abrangente, como vimos, atenta à globalidade do bem

³³² *Ibidem*, ponto 1.3. (questão de facto); PALLOTTA, Omar Makimov, «Depenalizzazione», *op. cit.*, p. 287; e cfr. ponto 1.2., c) e g), sobre a oportunidade de defesa e a retorsão, respetivamente, e 3.1., b), sobre o direito de resposta (decorrente do direito constitucional da liberdade de expressão), e c), sobre a relação com a danosidade social.

³³³ Vide Sentenza 37/2019 (ECLI:IT:COST:2019:37), de 23/01/2019, ponto 7.3. (questão de direito), e PALLOTTA, Omar Makimov, «Depenalizzazione», *op. cit.*, pp. 286 e 287.

³³⁴ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, *op. cit.*, p. 776.

jurídico, mas tal é compatível com o carácter excecional do direito penal que deve cingir-se às ofensas mais gravosas. No geral, salientamos o princípio da tipicidade no direito penal e este centrar-se no bem jurídico e no facto, enquanto no direito civil o dano é condição essencial da obrigação de indemnizar, por isso é que a sanção civil é exigida por uma ideia de reparação e a sanção penal se orienta por finalidades de prevenção³³⁵.

Em especial, as condutas sancionadas pelo direito civil não se circunscrevem às condutas dolosas, abrangendo a culpa negligente, segundo os artigos 70.º, n.º 1, e 483.º, n.º 1, do CC, e todos os elementos típicos objetivos da difamação e da injúria são conhecidos pelo direito civil, que inclusivamente faz a distinção entre afirmações de facto e manifestações de juízos³³⁶. Mas nunca de forma arbitrária pois contabilizam-se alguns fatores como a graduação da ofensa em proporção da particular importância da dimensão da honra violada, o grau de intensidade da culpa e o grau da expressividade do modo de violação. Para mais, a causa justificativa da ilicitude da *exceptio veritatis* também vale para a ilicitude civil se versar sobre os mesmos factos da ilicitude penal³³⁷, todavia com atenção a algumas nuances³³⁸. Como sucedeu com a lei italiana, em particular com o tratamento jurídico da injúria, porventura o regime jurídico-civil da proteção da honra também deveria acolher uma readaptação, numa parte especialmente voltada para a injúria, se tal fosse esse o caso.

Por outro lado, a promoção de alternativas da política social também tem já alguma iniciativa no direito europeu. Numa breve referência, fazendo Portugal parte da União Europeia e, por sua vez, sendo membro do Conselho da Europa, o TEDH tem competência para julgar eventuais casos sobre os quais tenha jurisdição, a partir de queixas particulares que sejam feitas contra os Estados. Tendo acontecido já por 18 vezes que Portugal foi condenado, entre 2005 e 2015, com base na violação do artigo 10.º da CEDH, de 4 de novembro de 1950, que prevê o direito à liberdade de expressão³³⁹. Muita da discussão

³³⁵ A honra engloba o bom nome, a reputação, o decoro e o crédito pessoal, *vide* BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão, op. cit.*, p. 115 e 116 (e nota 183), e SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral, op. cit.*, pp. 304 e 305.

³³⁶ Contudo, relembra MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de expressão, op. cit.*, pp. 767 e 768, que só muito excecionalmente, em situações graves, é que os juízos de valor darão azo a indemnização, por causa da conjugação do artigo 483.º com o artigo 484.º do CC.

³³⁷ *Vide* SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral, op. cit.*, pp. 306-310 (e nota 758).

³³⁸ *Vide*, para melhor desenvolvimento, MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de expressão, op. cit.*, pp. 767-771.

³³⁹ O que para a média europeia representa um número elevado, foram doze os casos de crimes contra a honra, ainda que nenhum dissesse respeito à aplicação direta ou pelo menos exclusiva do artigo 181.º do CP, e, atente-se, os arguidos não eram só jornalistas. *Vide Relatório: Criminalização da Difamação em Portugal*

levantada por estas condenações está relacionada com a desproporcionalidade das sanções³⁴⁰. Não obstante, relembra o TRE, embora no respeitante à difamação, que a CEDH «vigora na ordem jurídica portuguesa com valor infra-constitucional (...). Considerando a adesão de Portugal à Convenção e o teor do artigo 8.º da CRP, a não aplicação da Convenção, enquanto direito interno português de origem convencional, é um claro erro de direito. A apreciação valorativa do confronto entre a liberdade de expressão e a honra é feita em sede infra-constitucional pela Convenção e pelo ordenamento penal português, e não no patamar constitucional, o que torna a Convenção um pilar essencial de onde se deve partir para a análise criminal em casos que exijam a sua aplicação (...). É jurisprudência convencional constante a afirmação de que no campo da luta e discurso político ou em questões de interesse geral ‘*pouco espaço há para as restrições à liberdade de expressão*’ (...). Neste sentido, a aplicação de penas de prisão não se justifica nos crimes de difamação, excepto em circunstâncias excepcionais, designadamente se outros direitos fundamentais foram gravemente atingidos, como nos casos de incitamento à violência, de discurso de violência contra pessoas ou grupos, de incitamento ao ódio e de apelo à intolerância. O TEDH na recente decisão *Amorim Giestas e Jesus Costa Bordalo c. Portugal* (3 de Abril 2014, § 36) é claro em considerar que o ordenamento jurídico português contém um remédio específico para a protecção da honra e da reputação no artigo 70.º do Código Civil, pelo que a penalização por difamação se deve entender hoje como residual.»³⁴¹.

Além disso, o IPI recomenda (obviamente dentro do valor oportuno que lhe possa ser dado), por comparação com os padrões internacionais, que sejam revogados os artigos 180.º e 181.º, e que a lei civil seja melhorada «com normas claras de defesa, incluindo a verdade, a publicação razoável e a opinião (...) e a pelo menos especificar que qualquer indemnização atribuída deve ser razoável e proporcional ao dano causado.»³⁴².

(2015) (p. 13), do IPI. O relatório expõe um agregado de informação relevante que trata da difamação em sentido amplo (ou seja, não só aborda a difamação e a injúria, seja em que gravidade for e por que meios, mas também no plano criminal e civil), do qual limitamo-nos a analisar os dados fácticos apresentados sem compactuar necessariamente com as mesmas conclusões. Apesar de este relatório propender, numa boa parte, à defesa da liberdade de imprensa, não deve ser descurada a reflexão que este estudo permite fazer, pela relevância atual que tem e talvez político-criminal.

³⁴⁰ *Ibidem* (p. 18). Para um melhor desenvolvimento do princípio da proporcionalidade das sanções, vide ANTUNES, Maria João, «Problemática Penal, *op. cit.*, pp. 22 e 23.

³⁴¹ Vide Ac. do TRE, de 01/07/2014, Processo n.º 53/11.6TAEZ.E2, sumário.

³⁴² Vide Relatório: Criminalização da Difamação em Portugal (2015) (p. 24).

Concluindo, a liberdade de expressão é, em si mesma, uma manifestação da democraticidade de um Estado de Direito e complementarmente constitui a estrutura basilar deste. Se está prevista, incluindo no artigo 11.º da CDFUE, e protegida, é porque são as opiniões incómodas e desagradáveis, as expressões ou ideias tacitamente controversas e contraditórias, “fora da norma”, que precisam de ser constitucionalmente acauteladas aquando do momento decisivo de as restringir. Reiterando, a jurisprudência constitucional pouco discutiu sobre a relevância da liberdade de expressão, o respeito e a honra são ainda preponderantes no conflito clássico com a liberdade de expressão, uma «prevalência do bom nome, da honra, mesmo fictícia, mesmo não correspondendo à vida das pessoas» porque «é preciso manter a imagem, manter a face.»³⁴³.

De facto, o direito é inegavelmente «produto do homem e feito para o homem»³⁴⁴ e o homem pouco se acanha, porém, a descriminalização da injúria seria o reverso que hoje é cada vez mais iminente e que urge ponderar.

³⁴³ Vide, para todo o parágrafo, MOTA, Francisco Teixeira da, «Liberdade de expressão: os tribunais nacionais e o TEDH – convergências e dissonâncias», in: *Liberdades de Imprensa e de Expressão: que papéis, que efeitos, que fronteiras e limites?*, Instituto Miguel Galvão Teles, 2017, p. 4, e «Liberdade de expressão, *op. cit.*, pp. 181-183.

³⁴⁴ Vide MENDES, António de Oliveira Mendes, *O direito, op. cit.*, p. 12.

CONCLUSÃO

Finda a nossa investigação, não podemos negar que os crimes contra a honra, cujo marco histórico é vastíssimo, começam a estar em crise, ao serem levados pela corrente da tendência de descriminalização, com particular incidência na injúria.

Certamente que a distinção entre os crimes contra a honra é pontualmente importante pois as implicações jurídico-penalmente relevantes são algo distintas. Por isso mesmo é que quanto à injúria concluímos que se traduz, em suma, no ataque direto à honra predominantemente subjetiva, mais frontal, comum, instantâneo, que geralmente possibilita a defesa no imediato do ofendido.

Primeiramente, a honra é subjetiva. Logo aqui pudemos encontrar falências relativamente à concretização do bem jurídico. A estima de que cada um é portador e que tem por si mesmo é que delimita o conteúdo do direito, portanto, os juízos de valor são pessoais e terão um papel determinante na configuração da honra. É assim que, pelo menos, tem sido conceitualizada em boa parte da jurisprudência e a doutrina também não rejeita veemente. Ainda que haja a tentativa de suprir por um critério objetivo como o sentimento médio da honra, que agora atribui a titularidade dos juízos de valor a uma “generalidade de pessoas” que num momento considerará objetivamente injurioso uma conduta e num outro já não, ou se defenda a interpretação em sentido amplo do conceito da honra, não há como escapar também à confundibilidade do conceito com a própria dignidade da pessoa humana. Muitas das vezes é esse o fundamento utilizado para se querer punir a injúria quando, dessa maneira, toda e qualquer ofensa será abrangida pelo tipo e sendo assente, na verdade, que este princípio não pode corresponder a um bem jurídico-penal.

Portanto, a honra, ainda que de difícil integração e por isso a carecer de uma objetivação que a consolide como um determinado e concreto bem jurídico e não como um pouco de tudo (como é no direito civil), é facilmente divisível como bem jurídico com dignidade penal, tendo em consideração a relação de analogia substancial entre a ordem legal de bens jurídicos e a ordem axiológica dos valores, pois encontra-se no artigo 26.º da CRP e a própria letra da lei do artigo 181.º faz-lhe referência. Não a colocamos em causa como bem jurídico-constitucional, apenas como bem jurídico-penal principalmente em relação com a danosidade social da conduta. É esse outro aspeto pertinente quanto à injúria

em si, uma vez que a importância do bem jurídico, o modo de atuação ou as formas de conduta e o grau de lesão são elementos a considerar na análise dos efeitos sociais da conduta.

No exercício da liberdade de expressão, que valorizamos incansavelmente por ter sim um fundamento legitimante na dignidade da pessoa humana, valendo assim como direito de defesa (para todas as opiniões, ideias e juízos de valor mesmo que fúteis e desapropriados pois faz parte do desenvolvimento da personalidade, sem que o Estado se intrometa), podem praticar-se condutas discriminatórias com base no gênero, na religião, na raça, ou incitamentos ao ódio que são legitimamente puníveis pelo direito penal, dada a importância do bem jurídico avalizado pela prevenção e a gravidade destas. Contudo, relevando a menor importância do bem jurídico honra, por ser ambíguo e por isso (e não só) menos essencial, aliado à ofensa que na injúria se processa de forma direta e à gravidade de lesão que é necessariamente menor do que na difamação porque há a oportunidade de defesa, criam-se as razões para que se deva, no mínimo, considerar uma danosidade social da conduta duvidosa.

Se isto não fosse suficiente, até na linha do que o TC italiano defende, o princípio da proporcionalidade, no que consubstancia o critério da necessidade, diz-nos que o direito penal só é necessário se outras medidas adequadas, que ofereçam a mesma proteção e de forma eficaz, e que devem ser até analisadas antes da consideração do meio penal, não existirem. Não nos parece que seja de todo o caso, olhando à própria eficácia dissuasora do direito penal que devia ser mais positiva e observando o regime jurídico atualmente existente no direito civil para a proteção jurídica da honra, apelando claro à sua devida reformulação.

Mesmo assim, não pode arguir-se que seja particularmente simples e linear a averiguação da necessidade penal. Por isso, a política-criminal parece ser quem tem a *upper hand* para decidir sobre a prevenção ou não dos comportamentos que atentam contra o direito à honra, na medida em que se cumpra, por fim, uma justiça penal eficaz.

Em bom direito, sabendo que a honra é um valor moral e jurídico que está em permanente exposição, com o avançar tecnológico dos meios de comunicação individual e com o arrojado de muitos indivíduos, tenderá somente a facilitar-se a propensão à sua violação, não fossem os crimes contra a honra crimes de expressão e, curiosamente, a simples palavra de cada um ser aquilo que, nesta temática, está em jogo na platitude.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2019.

ANDRADE, Manuel da Costa, «A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º 1, Lisboa, Aequitas: Editorial Notícias, 1992.

_____, «Constituição e Legitimação do Direito Penal», in: António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.) *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, 2004.

_____, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

ANTUNES, Maria João, «A Constituição e os princípios penais», in: Relatório Português à XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, 2011. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

_____, «A problemática penal e o Tribunal Constitucional», in: Alves Correia *et al.* (orgs.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

_____, «Problemática Penal no Tribunal Constitucional português», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 19, Vol. 92, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra, Edições Almedina, 2019.

BORCIANI, Alberto, *As ofensas à honra (os crimes de injúria e difamação)*, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1940.

BRANDÃO, Nuno, «Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso», *in*: José de Faria Costa *et al.* (org.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

_____, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio Para Uma Recompreensão Da Relação Entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, Coimbra: [s.n.], 2013. Tese de doutoramento. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/23886>.

BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, 1.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, «Justiça Constitucional e Justiça Penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 14, Vol. 58, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____, «O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais», *in*: José Janguê Bezerra Diniz (coord.) *Direito Constitucional*, Vol. 2, 1.^a Edição, Brasília: Editora Consulex, 1998.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise histórica. Sentido e Limites, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1985.

COSTA, José de Faria, «Artigo 180.º (Difamação)», *in*: Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial: Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____, «Artigo 181.º (Injúria)», *in*: Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial: Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 142.º, n.º 3978, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

_____, *Código Penal*, 2.^a Edição, Coimbra: Quarteto, 2000.

_____, *Direito Penal*, 1.^a Edição, Lisboa, Imprensa Nacional, 2017.

_____, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 4.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

CUNHA, Maria da Conceição, “*Constituição e Crime*” – *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Augusto Silva, *Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal: Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúrias*, Lisboa, A. A. F. D. L., 1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115.º, n.º 3697, 3698 e 3699, Coimbra, Coimbra Editora, 1983.

_____, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145.º, n.º 3998, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

_____, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *in: XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

_____, «Os novos rumos da política-crime e o direito penal português do futuro», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Lisboa, 1983.

_____, *Direito Penal – Parte geral*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, «Constituição e escolha dos bens jurídico», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n.º 2, Lisboa, Aequitas: Editorial Notícias, 1994.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005.

GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal – Passo a Passo*, vol. I, 2.^a Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2015.

GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *Código Penal: Parte Geral e Especial – notas e comentários*, 2.^a Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2015.

GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português. Anotado e comentado. Legislação complementar*, 18.^a Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2007.

JUSTO, António Santos, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M., «Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas e equiparadas», in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 85, 2009.

_____, *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

MATOS, Filipe de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, Edições Almedina, 2011.

MENDES, António de Oliveira, *O direito à honra e a sua tutela penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.

MORAIS, Maria do Céu Santos, *Difamação e Injúria: princípios gerais, Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1950.

MOTA, Francisco Teixeira da, «Liberdade de expressão – a jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses», in: *Julgar*, n.º 32, Coimbra, Editora: Almedina, 2017.

_____, «Liberdade de expressão: os tribunais nacionais e o TEDH – convergências e dissonâncias», in: *Liberdades de Imprensa e de Expressão: que papéis, que efeitos, que fronteiras e limites?*, Instituto Miguel Galvão Teles, 2017. Disponível em https://www.mlgtts.pt/xms/files/site_2018/guias/2018/IMGT_Conferencia_Liberdades_de_Imprensa_Francisco_Teixeira_da_Mota.pdf.

_____, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a liberdade de expressão: os casos portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

NETO, João Manuel Fernandes, *Breves considerações jurídicas sobre o crime de injúria no direito criminal português, Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1962.*

NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.

_____, *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*, Coimbra, Edições Almedina, 2019.

PALLOTTA, Omar Makimov, «Depenalizzazione dell'ingiuria e (obbligo di) protezione del diritto all'onore: riflessioni a margine di una questione di legittimità costituzionale», *Rivista di Diritto dei Media*, n.º 3, Medialaws, 2018. Disponível em [https://www.academia.edu/37646502/Depenalizzazione dell'ingiuria e obbligo di protezione del diritto all'onore riflessioni a margine di una questione di legittimità](https://www.academia.edu/37646502/Depenalizzazione_dell_ingiuria_e_obbligo_di_protezione_del_diritto_all_onore_riflessioni_a_margine_di_una_questione_di_legittimita).

PALMA, Maria Fernanda, «Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça” pelo Direito Penal Secundário?», *Separata da Revista do Ministério Público*, n.º 96, Lisboa, 2003.

_____, «Modelos de relevância das emoções no Direito Penal e sua relação com diferentes perspetivas filosóficas e científicas», in: Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes (coord.) *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coimbra, Edições Almedina, 2013.

_____, «O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade», in: *Julgar*, n.º 29, Coimbra, Editora: Almedina, 2016.

_____, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006.

PUIG, Santiago Mir, «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal», Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, 1.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

ROXIN, Claus, «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova», Jorge de Figueiredo Dias (dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa: comentada*, Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2011.

SANTOS, José Beleza dos, «Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (1959), Coimbra, 1959.

SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência», *in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 81, 2005.

STRECK, Lenio Luiz, «Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais», *in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 80, 2004.

TAVARES, Juarez, «Anotações aos crimes contra a honra», *in: Helena Regina Lobo da Costa (coord.) Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, Vol. 94, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. do TRC, de 10/10/2012, Processo n.º 72/10.0GAACN.C1
- Ac. do TRP, de 01/10/2014, Processo n.º 4720/13.1TDPRT.P1
- Ac. do TRP, de 18/01/2012, Processo n.º 159/09.1PIVNG.P1
- Ac. do STJ, de 08/04/1999, Processo n.º 99P104
- Ac. do TRG, de 25/10/2004, Processo n.º 1467/04-1
- Ac. do TRC, de 25/01/2006, Processo n.º 1913/05
- Ac. do TRC, de 23/05/2012, Processo n.º 241/10.2GAANS.C1
- Ac. do TRC, de 29/02/2012, Processo n.º 13/10.4GBNLS.C1
- Ac. do TRG, de 03/12/2007, Processo n.º 1865/07-1
- Ac. do TRG, de 30/06/2014, Processo n.º 377/13.8GCBRG.G1
- Ac. do TRP, de 13/09/2017, Processo n.º 301/15.3GCSTS.P1
- Ac. do TRL, de 11/12/2019, Processo n.º 4695/15.2T9PRT.L1-9
- Ac. do TRE, de 26/04/2018, Processo n.º 606/14.0GASSB.E1
- Ac. do TRC, de 10/07/2014, Processo n.º 1205/13.0GBAGD.C1
- Ac. do TRG, de 09/10/2017, Processo n.º 118/14.2T9VNF.G1
- Ac. do TRE, de 18/06/2013, Processo n.º 1723/10.1PAPTM.E1
- Ac. do TRE, de 01/07/2014, Processo n.º 53/11.6TAEZ.E2
- Ac. n.º 75/2010, do TC, Processos n.º 733/07 e n.º 1186/07
- Ac. n.º 101/2009, do TC, Processo n.º 963/06
- Ac. n.º 99/2002, do TC, Processo n.º 482/2001
- Ac. n.º 128/2012, do TC, Processo n.º 385/11
- Ac. n.º 224/2010, do TC, Processo n.º 442/09

[\(http://www.dgsi.pt/\)](http://www.dgsi.pt/)

- Sentenza 37/2019 (ECLI:IT:COST:2019:37), de 23/01/2019

[\(https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=37\)](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=37)

WEBGRAFIA

- https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006419790/2020-08-12/
- <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>
- <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>
- http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=lei_velhas&artigo_id=&nid=101&ficha=101&pagina=&nversao=1&so_miolo
- <http://www.ministeriopublico.pt/dicionarioterminologia/difamacao>
- <http://www.ministeriopublico.pt/faq/o-que-e-um-crime-particular>
- <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>
- <https://ipi.media/criminal-libel-in-the-land-of-the-first-amendment/>
- https://www.senato.it/application/xmanage/COST_PORTOGHESE.pdf
- <http://legaldb.freemedia.at/legal-database/portugal/>
- <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Condenados-em-processos-crime-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>
- <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:regione.siciliana:legge:2016;7>
- https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1
- http://legaldb.freemedia.at/wpcontent/uploads/2015/06/PortugalCriminalDef_IPI_POR.pdf