

NOVOS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA • NELSON ROSENVALD • FRANCISCO MUNIZ





I



J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-56-3

DEPÓSITO LEGAL

XXX

© JUNHO 2019

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**NOVOS DESAFIOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · NELSON ROSENVALD · FRANCISCO MUNIZ

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E CONTINENTAIS	1
Adelaide Menezes Leitão	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO.....	11
Alexandre de Soveral Martins	
A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA	27
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	39
António Barreto Menezes Cordeiro	

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS.....	55
Diogo Costa Gonçalves	
ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME. O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	69
Filipe de Albuquerque Matos	
ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL. UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS LUSO- -BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO	103
Francisco Muniz	
DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	121
Henrique Sousa Antunes	
ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	145
Hong Cheng Leong	
<i>RELIANCE</i> : EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0)	165
José Ferreira Gomes	
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE.....	201
Karenina Tito	
ENTRE A ILICITUDE E O DANO	219
Mafalda Miranda Barbosa	
A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES. UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	269
Manuel Carneiro da Frada	

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO	277
Nelson Rosenvald	
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	317
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....	357
Pedro Pais de Vasconcelos	
RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO.....	379
Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	
REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET	401
Rafael de Freitas Valle Dresch	
ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS	415
Renata Vilela Multedo	

NOTA INTRODUTÓRIA

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2018, realizaram-se as II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil. Esta segunda edição de um evento que começa a marcar anualmente a vida académica dos dois países teve como mote a ilicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil. Foram muitas as questões analisadas e profundo o debate que se estabeleceu entre todos os participantes. A obra que agora se dá à estampa congrega algumas das intervenções que tiveram lugar no referido congresso. O seu objetivo é, por isso, claro: registar para memória futura um momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre Portugal e o Brasil, em matéria de responsabilidade civil.

Os coordenadores

Mafalda Miranda Barbosa | Nelson Rosenvald | Francisco Muniz

Janeiro de 2019

ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME ...

O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS¹⁻²

FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS

I. Ilícito por ofensa ao Bom Nome e ao Crédito

O tema sobre o qual nos iremos debruçar neste texto diz respeito a um dos ilícitos especificamente previstos pelo legislador português de 66 — o Ilícito ao Crédito e ao Bom Nome (artigo 484.º)³.

Como teremos ocasião de sublinhar, ao longo da exposição, a circunstância do Código Civil Português ter previsto uma disciplina específica para a responsabilidade por factos ofensivos ao Bom Nome e ao Crédito não implica um afastamento imediato e automático do regime geral do artigo 483.º, artigo no qual se dá acolhimento a um modelo de ilicitude que não se enquadra dentro dos cânones da

¹ O conteúdo do artigo que agora se publica corresponde parcialmente a um artigo em publicação nos cadernos de Direito Privado, artigo esse subordinado ao tema “A colisão entre a Liberdade de Informação e ao Direito à Honra e ao Bom Nome. O artigo 484.º e a jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017.

² Todos os artigos citados sem indicação do respectivo diploma legal pertencem ao Código Civil.

³ Para além do ilícito ao crédito e ao Bom Nome, o legislador civil consagrou, ainda, dois outros tipos de ilícito: a Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações (artigo 485.º) e a Responsabilidade Civil por omissões (artigo 486.º).

tipicidade que caracteriza os ordenamentos norte-americanos, nem no âmbito de um sistema aberto ou atípico, à semelhança de quanto se verifica com o Direito Francês, onde é acolhida uma cláusula geral centrada na categoria da *Faute*⁴.

Com efeito, o modelo de ilicitude consagrado no Código de 66 manifesta traços que o aproximam daquelo previsto no §823I do B.G.B. O carácter aberto e amplo da formulação vertida no n.º 1 do artigo 483.º, onde se prevê que a ilicitude resulta da violação de direitos de outrem e de normas legais destinadas a proteger interesses alheios, encontra-se, na verdade, bastante aquém do nível de indeterminação presente na categoria francesa da *Faute* ou da fórmula italiana do *dano ingiusto* (artigo 2043.º do *Codice Civile*).

Por seu turno, a aludida abertura⁵ e indeterminação da regra vertida no artigo 483.º n.º 1 distancia-nos claramente dos sistemas onde pontifica o princípio da tipicidade em matéria de ilicitude. Todas estas brevíssimas considerações justificam, pois, a mencionada inclusão do nosso sistema de ilicitude no âmbito dos Modelos Mistos.

Como atrás fizemos referência, a opção do legislador português aproxima-se do modelo germânico, que, também, foi denominado de Modelo Misto. Porém, os traços de aproximação entre estes sistemas não permitem, de modo algum, afirmar uma perfeita sinonímia entre ambos. Por um lado, o direito germânico revela-se mais fechado do que o direito português, uma vez que procede a uma enumeração dos direitos cuja violação determinam a emergência do ilícito: direito de propriedade, direito à vida, direito à saúde, direito à integridade

⁴ Para uma caracterização dos sistemas típicos e atípicos de Ilicitude, cfr. o nosso estudo “Ilicitude Extracontratual (umas breves notas)”, in *Novos Olhares sobre a responsabilidade Civil*, publicação online do Centro de Estudos Judiciários (Jurisdição Civil), 2018, 15 e s.; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de Ilicitude do artigo 483º do Código Civil”, in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga, 2002, 523-524 (a este propósito, o autor sublinha que um sistema dominado pela nota de tipicidade é susceptível de oferecer resultados significativos mais seguros, mas ao invés é de molde também a provocar maiores entraves à busca de soluções concretamente adequadas e mais justas, e no caso de sistemas de definição da ilicitude suscitam-se dificuldades acrescidas numa correcta distribuição dos danos sofridos no contacto social).

⁵ O artigo 483.º n.º 1 reporta-se genericamente à violação dos direitos de outrem, e por direitos de outrem tem entendido a Doutrina e a jurisprudência dominantes que estão em causa direitos absolutos, no âmbito dos quais se integram os direitos de personalidade e os direitos reais. De igual modo, quanto à segunda variante da Ilicitude — violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios — torna-se necessário o auxílio de contributos ou arrimos dogmáticos para definir o respetivo âmbito.

física e direito à liberdade. Apenas a referência no §823II a um outro direito específico acaba por, afinal, distanciar a solução acolhida pelo B.G.B. dos sistemas onde a ilicitude surge definida em termos típicos.

Desta feita, também o modo como o legislador germânico disciplinou a Ilicitude Extracontratual permite integrar o respetivo modelo no âmbito dos sistemas mistos, sendo que o mesmo se encontra mais próximo dos sistemas onde domina a nota da tipicidade.

Esta breve trajetória em torno do figurino português da ilicitude ficaria incompleta se não fosse feita menção à última *ratio* de sindicância da ilicitude, prevista na parte Geral do Código Civil — artigo 334.º. Os parâmetros, cuja inobservância excessiva é susceptível de desencadear a aplicação do instituto do abuso de direito reconduzem-se às categorias da Boa-Fé, dos Bons Costumes e do Fim Económico-Social do Direito, sendo que no universo extracontratual⁶ estão, sobretudo, em causa situações de violação dos Bons Costumes, em virtude de entre o lesante e o lesado não existir uma relação prévia de natureza específica, a qual constitui o pressuposto para uma intervenção regulativa do princípio da Boa-Fé⁷.

Importa referir que, do ponto de vista subjetivo, o instituto do Abuso de Direito tanto se aplica às condutas dolosas, como às situações de comportamento negligente do agente.

A inexistência de uma relação prévia entre o lesante e lesado faz suscitar particulares dúvidas quanto à possibilidade de aplicação deste instituto ao universo extracontratual, tal como se pode constatar a propósito da questão complexa da concorrência da culpa do lesado (artigo 570.º)⁸, sendo que, no âmbito da responsabilidade extracon-

⁶ Não podemos ignorar que o instituto do abuso de direito é de aplicação genérica, razão pela qual o espectro da sua actuação se estende, também, ao universo contratual. No plano contratual, assume uma particular relevância a figura do *Venire contra factum proprium*, (cfr., a este propósito, a importância por esta figura assumida no âmbito do contrato-promessa, J. Calvão da SILVA, 14.ª ed., Coimbra, 2017, 64).

⁷ Cfr. J. Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 2 (2005) 366; António Menezes CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984, 2 vol., 645-648 e 1223. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, 431 e s; IDEM, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 172.

⁸ A este propósito, uma certa doutrina entende que o fundamento para impedir o lesado de deduzir um pedido de indemnização pelo montante integral dos danos se funda na proibição do *Venire contra factum proprium*, uma vez que aquele que causou com culpa (“culpa contra si mesmo”) um dano, possa vir a exigir a reparação integral dos prejuízos ao lesante, cfr. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, 743-744. Porém, em sentido diverso, se pronuncia Brandão Proença por considerar que não é possível afirmar a relevância da Boa-Fé

tratual, propendemos, apenas, para admitir a responsabilidade quando se registar negligência grosseira, ou seja, quando a conduta culposa do agente se possa qualificar como grave.

Procedendo a um confronto entre o instituto do Abuso de Direito, a figura análoga do direito alemão — a causação dolosa contra os bons costumes prevista no §826º do B.G.B., deparamo-nos com duas diferenças fundamentais:

- a. enquanto as bitolas aferidoras do conteúdo do abuso de direito se reconduzem às categorias da Boa-Fé, dos Bons Costumes e do Fim Económico-Social do Direito, no âmbito do §826º do B.G.B. apenas se afere a conformidade da conduta do agente com os bons costumes;
- b. No âmbito do abuso de Direito não é pressuposto para a responsabilização do agente a ocorrência de uma conduta dolosa, enquanto em sede de aplicação do §826 do B.G.B. exige-se necessariamente o dolo do agente⁹.

Ainda no âmbito das considerações genéricas em torno do requisito da ilicitude, cumpre chamar à atenção que defendemos na senda da doutrina clássica ou tradicional, a existência de uma cisão entre os pressupostos da ilicitude e da culpa. Reportando-se ambos os requisitos ao facto voluntário do agente, a verdade é que a ilicitude se consubstancia numa contrariedade objectiva do comportamento face aos ditames da ordem jurídica, enquanto a culpa se traduz num juízo de censura dirigido ao agente, configurando-se como uma censurabilidade subjectiva.

Este modo de conceber a ilicitude distingue-se de uma outra orientação, de acordo com a qual se identifica neste pressuposto da responsabilidade civil uma matriz ou dimensão subjectiva.

Segundo um tal entendimento, a afirmação da existência da ilicitude pressupõe que se tenha em consideração o dever violado pelo agente com a sua conduta, por se entender que lhe era exigível a adop-

neste âmbito, em virtude de faltar entre o lesante e o lesado um vínculo de natureza específica, cfr. J. Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra, 1997, 408 e s. e 659 e s.

⁹ Como a propósito do confronto entre o direito positivo português e o sistema germânico sugestivamente considerava Sinde Monteiro: “Não estamos — ou em alguma medida não temos de estar — à partida sujeitos aos mesmos constrangimentos dos juristas alemães, perante hipóteses em que não existe violação de direitos absolutos nem de uma disposição imposta pela consciência jurídica, esbarra com o garrote da exigência do dolo”, cfr. J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, 181.

ção de outro comportamento. Em causa está a comumente designada ilicitude da conduta, orientação esta que tem conquistado adeptos na doutrina e na jurisprudência¹⁰ nacional, invoca-se em seu abono a maior permeabilidade a considerações da Justiça, permitindo, assim, uma ordenação ou distribuição mais justa¹¹ dos prejuízos ocorridos no contexto social.

Por seu turno, e em contrapartida, os defensores da concepção contrária — a da ilicitude do resultado — enaltecem a maior segurança ou certeza na determinação da existência deste requisito propiciada pela já atrás aludida cisão entre a ilicitude e a culpa. Com efeito, de acordo com este modelo de ilicitude, ao lesado caberia, apenas, efectuar a prova da ocorrência do dano para se presumir a ilicitude, cabendo, em contrapartida, ao agente demonstrar a existência de uma causa de justificação da Ilicitude¹².

Bem vistas as coisas, um tal modo de conceber a Ilicitude permite alcançar uma maior segurança ou certeza na determinação da existência do pressuposto da responsabilidade civil em análise.

Aquilo que, verdadeiramente, distingue as doutrinas da ilicitude da conduta da ilicitude do resultado são diferentes olhares ou diversas ópticas a partir das quais estas categorias são perspectivadas: enquanto a ilicitude da conduta se centra na ideia de lesão ou perigo da lesão em virtude da adopção, pelo agente, de condutas contrárias aos comandos do ordenamento jurídico, já a ilicitude do resultado foca-se na adequação causal da conduta do agente para a produção do resultado danoso¹³.

Importa, no entanto, esclarecer que a relevância desta distinção, entre os modos diversos de perspectivar a Ilicitude, acaba por esbater-se quer relativamente às acções dolosas, quer a propósito dos direitos consagrados através do recurso a cláusulas gerais, tal como sucede com o Direito Geral de Personalidade (artigo 70.º).

Com efeito, no tocante às acções dolosas, as diferenças atrás aludidas entre as doutrinas esbatem-se, uma vez que o agente, ao agredir ou ao colocar intencionalmente em perigo bens ou interesses jurídi-

¹⁰ Cfr., a este propósito, o Acórdão do Tribunal da relação do porto de 11 de Setembro de 2012, onde se pode ler: “A ilicitude envolve sempre um juízo de reprovação: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que se devia ter feito”.

¹¹ Cfr, a propósito deste argumento, Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de Ilicitude”, 524.

¹² Um tal argumento é convocado por Vaz Serra para proceder à caracterização da ilicitude do resultado, cfr. a este propósito, A. Vaz SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *BMJ* (1960) 135.

¹³ Cfr, a este propósito, o nosso estudo, “Ilicitude Extracontratual”, 19.

camente protegidos, actua ilicitamente¹⁴.

No tocante aos direitos consagrados através de cláusulas gerais ou cláusulas indeterminadas, como é o caso paradigmático do direito geral de personalidade (artigo 70.º), as diferenças entre a concepção da ilicitude da conduta e a ilicitude do resultado acabam, também, por esbater-se significativamente. Na verdade, estando em causa um Direito-Quadro (*Rahmenrecht*), a determinação da existência do ilícito encontra-se dependente de uma ponderação casuística, impondo-se ao decidente sopesar, por um lado, os interesses ou direitos do lesado atingidos e os interesses ou valores prosseguidos pelo agente com a sua actuação, por outro.

Idênticas considerações, embora com menor grau de intensidade, podem ser tecidas relativamente ao ilícito por ofensa ao bom nome e ao crédito (artigo 484.º), no âmbito do qual se encontra latente uma colisão de direitos entre a liberdade de informação e o direito ao bom nome e ao crédito, tornando-se, assim, necessário ponderar uma multiplicidade de factores ou circunstâncias ligadas quer à actuação do agente, quer à posição do lesado com vista a definir a existência e os contornos do respectivo ilícito.

Após estas breves notas introdutórias em torno dos requisitos da Ilicitude, debruçar-nos-emos, de seguida, sobre a ilicitude especial regulada no artigo 484.º — Ilícito por ofensa ao Crédito e ao Bom Nome — para nos pronunciarmos de uma maneira particular sobre o modo como as ofensas dirigidas a estes direitos de personalidade (Bom Nome e Crédito) pelos órgãos da Comunicação Social têm sido tratadas pela Jurisprudência Portuguesa, que, nos últimos anos, tem sofrido uma influência decisiva da posição assumida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no âmbito do qual se encontra, também, latente um conflito entre o valor da liberdade de expressão e o direito à Honra.

II. Prevalência da Liberdade de Informação no âmbito do conflito entre este direito quadro *Rahmenrecht* e os direitos à Honra e ao Bom Nome

Importa começar por referir que a mais recente jurisprudência portuguesa, na senda da interpretação levada a cabo pelo Tribunal europeu dos Direitos do homem, acaba por atribuir uma prevalência

¹⁴ Salvo, obviamente, quando ocorre uma causa de exclusão de ilicitude.

em abstracto à liberdade de imprensa¹⁵.

Cumpre, ainda, explicitar que o Supremo Tribunal de Justiça não assume claramente uma tal posição, afirmando, ao invés, em vários arestos, a posição contrária, ou seja, a inadmissibilidade de afirmar a prevalência, em abstracto, da liberdade de expressão quando se registar um conflito entre este bem jurídico e os direitos ao bom nome ao crédito. Porém, procedendo a uma análise cuidada da posição assumida por esta alta instância jurisdicional, deparamo-nos, efetivamente, com a afirmação de uma prevalência, de princípio, da liberdade de informação.

Ora é precisamente esta prevalência concedida ao bem da Liberdade de Imprensa¹⁶, invocando-se em seu abono a circunstância de se

¹⁵ Cfr. ponto 1 do Sumário do Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017 (in <www.dgsi.pt>).

¹⁶ Apesar de em vários acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça se fazer continuamente menção ao bem valor ou bem da Liberdade de Imprensa, certo é que no âmbito do referido artigo 484.º c.c. se garante a tutela da liberdade de informação dentro do amplo universo da liberdade de expressão, no seio da qual, se integra tanto a difusão de afirmações de facto, quanto a divulgação de juízos de valor. Na verdade, o valor da liberdade de expressão assume uma dimensão axiológica significativamente mais ampla. Relativamente à categoria da Liberdade de Imprensa, importa esclarecer que a mesma surge muitas vezes identificada, ou confundida com aquela outra da liberdade de expressão. Porém, e na senda da doutrina dominante, importa esclarecer que existe uma clara relação filial entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, cfr. R. Capelo de SOUSA, “Conflitos entre a Liberdade de Imprensa e a Vida Privada”, *Ab Vno ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra, 1998, 1127; M. Costa ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal — Uma Perspetiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, 1996, 40-41. Esta afinidade entre a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão justifica que alguns autores as integrem na denominada “constituição da informação”, atendendo à localização sistemática dos preceitos que as regulam na constituição, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, 4.ª ed. rev., vol. 1 (artigos 1.º a 107.º), Coimbra, 2007, 571. A maior extensão e densidade axiológica da liberdade de expressão revela-se, desde logo, na circunstância deste valor fundamental funcionar como bitola para apreciação de admissibilidade de divulgação das mensagens, quando as mesmas não tiverem sido transmitidas através de um específico meio de comunicação. Razão pela qual, e apesar da relação filial entre as liberdades atrás mencionadas, sempre se dirá que a liberdade de expressão se caracteriza basicamente através do conteúdo, enquanto a liberdade de imprensa é sobretudo perspectivada a partir do meio de divulgação, cfr. Jónatas MACHADO, *A Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, 2002, 504 e s.; Francis BALLE, *Médias et Sociétés*, Paris, 1990, 5.ª ed, 234-235. Para além deste traço distintivo, importa ainda sublinhar que a Liberdade de Expressão é fundamentalmente concebida como um “direito de liberdade subjetivo”, enquanto na Liberdade de Imprensa, se destaca sobretudo o aspeto institucional. Ainda no tocante à Liberdade de Imprensa pode evidenciar-se uma particular ligação

tratar de um valor constitucionalmente protegido, imprescindível “à formação de uma opinião pública robusta, sem a qual se não conceba o correto funcionamento da democracia”¹⁷, que constitui o alvo principal da nossa discordância.

Torna-se absolutamente necessário chamar à colação o art.º 484º do c.c. onde, como já ficou subentendido no título do artigo, se encontra latente um conflito entre a Liberdade de Informação, por um lado, e os Direitos ao Bom Nome e ao Crédito, por outro, uma vez que o perímetro valorativo do ilícito ao crédito ou ao bom nome se circunscreve apenas à divulgação de factos e já não à transmissão de juízos de valor.

Não queremos, de modo algum, afirmar que a tutela dos direitos de personalidade possa ser única e exclusivamente alcançada através do ilícito ao Bom Nome e ao Crédito, porquanto, o artigo 484.º c.c. se reporta apenas ao universo das declarações de facto e já não aos juízos de valor. Desta feita, se estiver em causa, como parece verificar-se também na hipótese *sub iudice*, a divulgação de juízos de valor considerados como lesivos do Bom Nome e Honra dos visados pelas declarações, então a regra geral do artigo 483.º n.º 1 poderá permitir a identificação da respectiva ilicitude por violação dos direitos de personalidade.

Aliás, esta maior amplitude da tutela dispensada aos bens jurídicos da personalidade pelo artigo 483.º n.º 1 legítima a dúvida em torno da oportunidade do legislador de 66 ter reservado uma disciplina específica ao ilícito ao Bom Nome e ao Crédito¹⁸.

Dispensando-nos neste contexto de proceder a uma análise desenvolvida de uma tal problemática, pois tal extravasaria manifestamente os propósitos da nossa exposição, sempre se dirá, que a tutela específica dispensada ao ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome sempre

deste valor fundamental à Liberdade de Empresa, assumindo esta, sobretudo quando estiverem em causa as suas caracterizações organizacionais, um importante papel para a realização da atrás referenciada liberdade de imprensa.

¹⁷ Cfr. sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017 (in <www.dgsi.pt>).

¹⁸ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, 2011, 156 e s. (a propósito da tutela delitual do crédito, e muito especialmente p. 189-190). Idêntica problemática se coloca a propósito do regime estatuído no art.º 485º, considerando a esse propósito Sinde Monteiro, que a obrigação geral de não violar os direitos de outrem não pode ser impedida pelo artigo 485.º: “A proteção delitual dos direitos absolutos deve em princípio ser assegurada sem lacunas, com independência do tipo de conduta adotada pelo lesante, muito especialmente com respeito a danos pessoais, e não será de ânimo leve que um aparente conflito entre normas leve a pensar o contrário”, cfr. J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, 434.

se justificará atenta a maior potencialidade ofensiva das afirmações de facto face aos juízos de valor, bem como nas particulares especificidades manifestadas pela tutela do Crédito. Para além destas considerações genéricas, poder-se-á dizer que relativamente às primeiras o lesado apenas pode lograr alguma proteção através do artigo 483.º n.º 1, o mesmo já não se pode afirmar quanto aos factos divulgados, pois nessa sede não se suscitam quaisquer dúvidas quanto à mobilização da disciplina provinda no artigo 484.º.

Centrando-nos, pois, no conteúdo informativo factual transmitido pelos órgãos da comunicação social, não temos quaisquer dúvidas em afirmar a existência de um conflito entre a Liberdade de Informação e os Direitos ao Crédito ou ao Bom Nome tutelados no artigo 484.º. Porém, uma tal tensão entre a Liberdade de Expressão e o Direito à Honra, não deixa também de estar subjacente à disciplina do artigo 483.º n.º 1, podendo convocar-se um tal regime, quer quando esteja em causa a divulgação de juízos de valor, quer nas hipóteses em que as afirmações de facto não sejam divulgadas perante terceiros, mas antes dirigidas diretamente aos destinatários visados pelas mesmas.

Aliás, como já tivemos a ocasião de sublinhar, em relação a estes dois núcleos de situações, o lesado apenas pode socorrer-se desta regra geral de direito delitual, uma vez que não se encontram preenchidos os pressupostos do artigo 484.º.

Admitindo, na senda de Capelo de Sousa, que se podem registar colisões entre “ as modalidades possíveis de atividade material através das quais se realiza o exercício do direito geral de personalidade ou os direitos especiais de personalidade de uma certa pessoa... com as modalidades igualmente possíveis da atividade material correspondente ao exercício do direito geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou de outro direito subjectivo por parte de outra pessoa¹⁹”, ficam afastadas as dificuldades decorrentes da circunstância de um autêntico conflito de direitos implicar uma identidade do bem ou objecto sobre que incidem em simultâneo uma pluralidade de direitos ou de faculdades²⁰.

Desta feita, importa então debruçarmo-nos sobre o conflito de direitos de personalidade — Liberdade de Informação *versus* Direito à

¹⁹ Cfr. R. Capelo de Sousa, *Do Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, 251; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 84 e s.

²⁰ Para uma análise mais desenvolvida em torno dos obstáculos à admissibilidade, de acordo com critérios técnicos jurídicos rigorosos, de autênticos conflitos de direitos no universo dos direitos de personalidade, cfr. Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Lisboa, 2004, 276 e s.

Honra, Bom Nome e Reputação. Ora, assim sendo, constitui um percurso incontornável para o interprete proceder à análise dos critérios plasmados no artigo 335.º, precisamente a propósito desta complexa questão da colisão de direitos.

Muito sumariamente, podemos distinguir no âmbito do artigo 335.º dois grupos de situações, cujos conflitos a que se reportam têm contornos diversos: enquanto no n.º 1 da norma em análise se encontra prevista a colisão de *direitos iguais ou da mesma espécie, já no seu n.º 2 regula-se a colisão de direitos desiguais ou de espécie diferente.*

O legislador associa à resolução das duas espécies de conflito mencionadas, a aplicação de critérios diferentes: enquanto no n.º 1 do artigo 335.º, em relação aos conflitos de direitos iguais ou de natureza da mesma espécie, se convoca o critério da concorrência prática, já a propósito da colisão de direitos desiguais ou de espécie diferente, no n.º 2 do artigo 335.º consagra-se a regra da prevalência do direito considerado superior.

Não se encontra isenta de dificuldades a delimitação de uma escala hierárquica de direitos, uma vez que o relativismo prevalecente nas sociedades do mundo Ocidental constitui uma realidade avessa à afirmação da superioridade de certos valores face a outros. Afastada fica a tentativa de definir uma ordem rígida e fixa de valores, de modo abstrato e apriorístico. Não se revela, porém, impossível alcançar em cada momento histórico, um consenso axiológico comunitário, em torno dos valores ou direitos tidos como mais relevantes ou significativos. A este propósito, ninguém pode contestar que nas modernas sociedades Ocidentais se atribui uma maior relevância axiológica aos direitos pessoais face a aquela concedida aos direitos de índole patrimonial²¹.

²¹ Apesar desta prevalência dos direitos pessoais face aos direitos patrimoniais acolher um consenso esmagador nas sociedades com um fundo axiológico marcado pelos valores judaico-cristãos, a verdade é que se assiste com frequência, mercê do relativismo dominante, a uma certa ambivalência na caracterização de certos bens ou valores jurídicos. Na ordem do dia dos ordenamentos jurídicos encontra-se a abordagem de assuntos, que outrora tinham um enquadramento jurídico pacífico, entre os quais se destaca a questão da tutela jurídica dos animais. Não podemos ignorar a intensificação das relações entre as pessoas e os animais registada nestas últimas décadas, tornando-se as sociedades civilizadas cada vez mais sensíveis à necessidade de reforçar a tutela a dispensar aos animais. Neste ambiente muito favorável à proteção dos animais, várias soluções têm sido avançadas para atingir um tal desiderato, oscilando as mesmas entre a protecção indirecta alcançada pela atribuição de direitos aos proprietários dos animais e uma protecção autónoma e directa a estes conferida, integrando-se nesta linha de orientação aqueles que defendem a atribuição de personalidade jurídica aos animais. Não ficou imune a este debate o ordenamento jurídico Português, tendo-se recentemente registado uma reforma do código civil (através da

Esboçado este quadro genérico de orientações meramente indicativas e flexíveis, compete ao decidente tomar uma particular atenção às especificidades do caso concreto, revelando-se esse contexto casuístico como uma dimensão relevante, na medida que o mesmo pode conduzir a uma intensificação ou atenuação das exigências de tutela de um dos direitos em conflito, face ao quadro de prevalência abstrata tenuemente definido.

Não admira assim que o importante relevo atribuído às *circunstâncias do caso* para a resolução das situações de colisão de direitos mereça um acolhimento pacífico na Dogmática e Jurisprudência, na medida em que uma tal postura criteriológica e metodológica representa afinal um corolário do já atrás aludido relativismo axiológico, que acaba por enfraquecer o papel regulativo associado ao plano abstracto dos critérios atrás aludidos.

Em face de todas estas considerações, poderá admitir-se que em determinadas hipóteses se registre a prevalência de direitos de carácter patrimonial face a direitos de índole pessoal, subvertendo assim a regra apriorística atrás enunciada e que normalmente acantona a resolução de tais casos no âmbito do n.º 2 do artigo 335.º, fazendo prevalecer os direitos pessoais.

Como exemplo paradigmático, refira-se a prática cada vez mais frequente, sobretudo nos meios urbanos, de execução de pinturas murais e grafitis, e até mesmo de “trabalhos escultóricos”, que se traduzem na destruição parcial de paredes, muros, prédios e monumentos nacionais.

Em tais situações, verifica-se, com efeito, um conflito entre bens da personalidade: a liberdade de expressão artística, por um lado, e o direito de propriedade, por outro. Não obstante, a convocação da regra contida no n.º 2 do artigo 335.º nos levar a concluir pela prevalência da liberdade de expressão artística, legitimando, como tal, os tipos de comportamentos atrás referidos, tendo em conta

lei nº8/2017, de 3 de Março), na qual, apesar de não se ter optado pela solução mais radical sufragada pelos acérrimos defensores da causa Teriofílica, acabou, no entanto, por se reforçar a tutela jurídica civilística dos animais, passando a concebê-los como “ seres vivos dotados de sensibilidade (Art.º 201 -Bº), afastando-os assim da clássica integração na categoria jurídica das coisas. No nosso entendimento, uma tal reforma do código civil, conquanto possa ter sido movida pelos melhores propósitos, não se consubstanciou num contributo feliz para esta obra legislativa cinquentenária. Como a este propósito já tivemos ocasião de sublinhar “... o estatuto híbrido por ela atribuído aos animais não deixa de suscitar as mais sérias objeções, desde logo, por não ter respeitado a matriz antropocêntrica norteadora das relações jurídicas entre os particulares, (matriz essa positivamente plasmada no código de 66) e o sentido ético-axiológico recortado para o Direito”, cfr. Filipe Albuquerque MATOS / Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, Coimbra, 2017, 75.

os critérios dogmático-jurisprudenciais dominantes que tendem a qualificar como superiores os bens da natureza pessoal, certo é que pensamos a propósito das hipóteses enunciadas, que o direito de propriedade deve considerar-se prevalecente.

Consideramos, na verdade, que nestas situações rigorosamente não se verificam autênticos conflitos ou colisões de direitos, porquanto as concretas objetivações ou manifestações artísticas foram alcançadas com comportamentos abusivos, os quais ultrapassaram, de modo excessivo ou grosseiro, o modo como qualquer legislador razoável considera admissível ou legítimo o exercício das faculdades ínsitas na liberdade de expressão artística.

Com efeito, o âmbito de proteção assegurado por um qualquer direito conhece naturalmente alguns limites²², impondo-se ao intérprete na resolução de casos de colisão de direitos, a tarefa de concreta delimitação do âmbito dos direitos colidentes, de modo a averiguar os interesses e valores por estes tutelados. Procedendo a uma tal análise, o intérprete pode chegar à conclusão, que certos comportamentos devem considerar-se excluídos do âmbito normativo dos direitos invocados como fundamento para a sua adopção, apesar de numa análise meramente formal ou apriorística poderem até considerar-se como modos legítimos de exercício de tais direitos.

Neste contexto, apenas se verificam colisões aparentes de direitos, devendo as situações atrás descritas ser consideradas ilícitas, por configurarem comportamentos subsumíveis no instituto do abuso do instituto do abuso do direito (artigo 334.º)^{23 24}, ou num plano de

²² Veja-se a este propósito a posição dos defensores das teorias do *Tatbestand* restrito dos direitos fundamentais, incluindo no âmbito normativo dos direitos um conjunto mais ou menos amplo de proibições, cfr, sobre a matéria, J. J. Gomes CANOTILHO, “Direito Constitucional de Conflitos e Proteção de Direitos Fundamentais”, *RLJ* 125, 38 e s.

²³ Cfr, a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 82 (nota 98). Discordando também da prevalência da liberdade de expressão artística nas hipóteses de execução de pinturas murais causadoras de prejuízos significativos na propriedade alheia, mas considerando, porém, registar-se em tais situações um conflito de direitos, cfr. R. Capelo de SOUSA, *Do Direito Geral de Personalidade*, 540 (nota 66). Apesar de reconhecer a existência de colisão de direitos nesta situação, Capelo de Sousa defende, porém, a prevalência do direito de propriedade, por entender que os bens de personalidade ligados à liberdade de expressão artística invocados nestas hipóteses não correspondem a valores vitais da personalidade humana.

²⁴ Poderá contestar-se a convocação que é feita neste âmbito do instituto do Abuso do Direito, uma vez que, por regra, uma tal figura encontra a sua esfera de atuação a propósito do exercício de concretos direitos subjectivos, sendo que na colisão dos direitos — objecto da nossa análise, a liberdade de expressão

apreciação constitucionalística, coenvolverem a violação dos limites imanentes²⁵ dos direitos em que se baseiam.

Encontrando-se em causa uma questão de responsabilidade civil extracontratual, por violação de direitos de personalidade, então o problema deveria ser discutido, principalmente no plano civilístico, remetendo-se a questão para a tutela da personalidade assegurada pelo código civil, através de uma análise conjugada dos artigos 483.º n.º 1 e 70.º deste diploma legal, não se nos afigurando muito correcta uma certa tendência para a constitucionalização do Direito Civil verificada na mais recente jurisprudência nacional em sede de aplicação do artigo 484.º do c.c.

Em rigor, esta necessidade que tem sido sentida pelo Supremo Tribunal de Justiça de se refugiar numa fundamentação constitucional revela uma tendência que não nos parece muito correcta; a tendência para a constitucionalização do Direito Civil, tendência essa que levada ao extremo é susceptível de colocar em causa a idiosincrasia do Direito Civil.

A circunstância de no artigo 18.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa se afirmar categoricamente a *vinculatividade imediata* dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, tanto nas relações com as entidades públicas, quanto nas relações entre os particulares, tal não significa que neste universo específico se imponha como regra primacial a aplicação do regime constitucional respeitante aos direitos fundamentais.

Tal entendimento não se revela minimamente sustentável no contexto de um ordenamento jurídico, como é o nosso, em que o

representa um princípio estruturante do Direito Civil, ou um direito quadro (*Rahmenrecht*), fonte, por seu turno, de uma pluralidade de faculdades ou de direitos. Na doutrina vai prevalecendo o entendimento, de acordo com o qual, o instituto do Abuso do Direito se aplica também no âmbito destes direitos com um conteúdo particularmente elástico, entendimento este igualmente por nós sufragado, cfr. neste sentido, M. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed., Coimbra, 2006, 87 s.; IDEM, “A Eficácia Externa das Obrigações. Entendimento da Doutrina Clássica”, *RLJ* 135/3936: 134; J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, 180-181 (nota 13); A. Ferrer CORREIA / Vasco Lobo XAVIER, “Efeito Externo das Obrigações: Abuso de Direito; Concorrência Desleal (a propósito de uma hipótese típica)”, *Revista de Direito e Economia* 1 (1979) 10-12. Uma tal orientação não se revela, porém, unânime, havendo quem conteste a extensão do instituto do Abuso do Direito quando estejam em causa princípios fundamentais, cfr. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, 165 (nota 121).

²⁵ Cfr., a propósito da teoria dos limites imanentes, J. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, 282 s.; J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, 450 e 1279 e s., (o autor pronuncia-se criticamente quanto a esta teoria, por considerar que os limites ao exercício dos direitos apenas se podem afirmar a posteriori, na sequência da colisão de direitos).

código civil representou um marco histórico na afirmação e defesa da liberdade individual, através da disciplina altamente perscrutadora estabelecida em matéria de tutela da personalidade humana. Na verdade, a consagração ampla de um direito geral de personalidade (artigo 70.º) e de um elenco de direitos especiais de personalidade (artigos 72.º a 80.º)²⁶, revela claramente um regime bastante generoso para a afirmação da pessoa, enquanto um ser livre e responsável.

Para além de generosa, a tutela dispensada pelo código de 1996 à personalidade humana, manifesta-se, como já atrás deixámos aludido, particularmente inovadora, não se encontrando nos ordenamentos jurídicos que mais influenciaram a nossa lei civil (Alemão e Italiano)²⁷, a consagração de um direito geral de personalidade, com a amplitude da cláusula do artigo 70.º.

Importa, ainda, sublinhar que em matéria de defesa da personalidade humana, por razões históricas conhecidas, o direito civil esteve à frente das prescrições constitucionais²⁸ nesta matéria, não se revelando assim necessário replicar para o plano juscivilístico aquelas diretrizes, uma vez que mesmo actualmente, após várias reformas constitucionais

²⁶ A propósito da relação de especialidade entre a disciplina dispensada aos direitos especiais de personalidade face ao direito geral de personalidade contido no artigo 70.º, e da função subsidiária por este desempenhada, tanto a nível da interpretação, quanto no plano da integração de lacunas das normas respeitantes a direitos especiais de personalidade, cfr. R. Capelo de SOUSA, *Do Direito Geral de Personalidade*, 562 s.; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 88 e s. (especialmente nota 109); Rudolf REINHARD, *Das problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, zugleich eine Besprechung von: Heinrich Hubmann, "Das persönlichkeitsrecht"*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1954, 559 (apesar de no direito germânico não estar positivamente consagrado o direito geral de personalidade, o mesmo é aí reconhecido graças à criação dogmático-jurisprudencial).

²⁷ No Direito Germânico e Italiano, o direito geral de personalidade é um direito de criação dogmático-jurisprudencial, cfr. a este propósito, J. Antunes VARELA, "Alterações legislativas do Direito ao Nome", *RLJ* 115/3710: 140 e s. (o autor procede a um confronto entre o Direito Português e o Ordenamento Jurídico Germânico); Hans Carl NIPPERDAY, "Tatbestandsaufbau und systematik der deliktischen Grundtatbestand, zum "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften"", *NJW* (1967) 1895 s. No Direito Italiano, a dogmática, com base no artigo 2.º da Constituição, defende a existência de um direito geral de Personalidade, levando em linha de conta na delimitação da figura exigências inderrogáveis de solidariedade, cfr. Adriano de CUPIS, "La solidarietà umana nel diritto civile", *Riv. Dir. Civ.* 2 (1985) 621.

²⁸ Não podemos ignorar que a proteção constitucional mais intensa dos Direitos Fundamentais ocorreu com a Constituição de 76, enquanto no Direito Civil, o código de 66, nos artigos 70.º e s., conferia uma tutela particularmente forte aos direitos de personalidade.

dirigidas a intensificar a tutela da personalidade²⁹, o regime civil não fica aquém do constitucional, bem pelo contrário, revela-se mais densificado. Para além disso, a concreta mobilização dos preceitos civilísticos em matéria de direitos de personalidade conta com importantes arrimos nos ensinamentos dogmáticos que ao longo destes mais de cinquenta anos de vigência do Código Civil, têm contribuído, de modo decisivo para uma correta e mais precisa delimitação do âmbito de tais direitos³⁰. Não nos parece assim particularmente útil o recurso neste universo temático a expedientes hoje tão prodigamente invocados, como é o caso da interpretação das normas conforme a Constituição³¹.

Com este discurso apenas se pretende enfatizar uma ideia que nos parece importante que fique bem clarificada: a convocação do regime constitucional dos direitos fundamentais deve ser estimulada quando as prescrições em matéria de direitos da personalidade se revelarem insuficientes, e apenas susceptíveis de permitir uma proteção escassa e timorata da personalidade humana. Defender o entendimento inverso, ou seja, permitir e fomentar o recurso às normas constitucionais, em nome da aludida eficácia imediata dos direitos fundamentais, pode implicar um avassalamento inaceitável do Direito Civil ao Direito Constitucional.

²⁹ Cfr., a este propósito, a reforma constitucional de 1997, através da qual veio a ser reconhecido pela lei fundamental no art.º 26º o Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Porém, na doutrina constitui motivo de discussão a questão de saber se a amplitude do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade se revela idêntica à do Direito Geral de Personalidade do artigo 70.º. Com efeito, o reconhecimento de um sentido amplo ao direito ao livre desenvolvimento de personalidade, pode colocar particulares obstáculos, desde logo, o de sujeitar qualquer alteração introduzida a um tal direito, ao regime de reserva de competência legislativa da Assembleia da República, mesmo quando estiverem em causa manifestações acessórias, cfr, a este propósito, R. Capelo de SOUSA, *Do Direito Geral de Personalidade*, 256 (nota 595). Importa sublinhar que o autor assumiu uma tal posição num momento em que esta alteração legislativa ainda não tinha ocorrido.

³⁰ Não podemos esquecer a forte influência desempenhada pela dogmática nacional para a consolidação do processo de reconhecimento dos direitos de personalidade, cfr. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012, 202 e s.; Carlos A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, 207 e s.; J. Castro MENDES, “Direitos Liberdades e Garantias-Alguns Aspectos Gerais”, in *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1977, 94.

³¹ Para uma melhor caracterização deste expediente interpretativo, cfr. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1310 e s.; Ana Raquel MONIZ, *A recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidades: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012, 290 s.; Theodor Schilling, *Rang und Geltung von Normen in Gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, 1994, 543 e s.

O Legislador Constitucional ao consagrar, e bem, no artigo 18.º n.º 1, o comumente designado *Drittwirkung* teve como propósito não deixar desacompanhada a dignidade da pessoa humana, pela circunstância de a tutela infraconstitucional se revelar insuficiente³², desadequada ou desproporcionada. Ou seja, não é pelo facto de nos encontrarmos perante relações entre particulares que os direitos fundamentais deixam de ser operantes, apesar desta categoria oitocentista ter sido criada com o propósito de salvaguardar os direitos dos particulares perante as possíveis arbitrariedades ou abusos cometidos pelo Estado³³.

III. A Prevalência da Liberdade de Expressão nos conflitos entre a Liberdade de Expressão e a Honra, Bom Nome e Crédito

Como já atrás tivemos ocasião de sublinhar, a jurisprudência superior portuguesa tem sustentado a dita prevalência da Liberdade de Expressão sobre os direitos ao Bom Nome e ao Crédito, com base no entendimento recente do Tribunal Europeu dos direitos do Homem em torno do artigo 10.º da convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendimento este que se revela, no mínimo, discutível, porquanto tem subjacente uma ideia de supremacia de direito internacional convencional sobre o Direito Constitucional.

Esta enorme preocupação em exaltar o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem enquanto instância qualificada para interpretar as disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, resulta da circunstância da mencionada Convenção, de acordo com o disposto no artigo 8.º da C.R.P., constituir direito interno, e segundo o entendimento jurisprudencial dominante, um tal direito convencional internacional deve prevalecer sobre o

³² Apesar de o Legislador Constitucional Português ter consagrado *expressis verbis* a eficácia imediata das disposições constitucionais nas relações entre os particulares, não podemos esquecer que constitui problemática relevante no âmbito do comumente designado *Drittwirkung*, averiguar se para os direitos fundamentais serem efetivamente operantes nas relações entre particulares se exige como pressuposto necessário a transposição, por via legislativa, das normas fundamentais (eficácia mediata dos direitos fundamentais), cfr, sobre esta problemática, J. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed, Coimbra, 2001, 242-250; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 44 e s. (especialmente nota 52).

³³ Claus-Wilhelm CANARIS, „Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts“, *Juristische Schulung* 29 (1989) 162.

direito constitucional³⁴.

Ora bem, a prevalência do Direito Internacional convencional sobre o Direito Constitucional dos Estados que aprovam e ratificam os respectivos diplomas normativos está longe de representar uma questão resolvida, havendo várias vozes autorizadas que contestam um tal entendimento.

Regista-se, na verdade, na doutrina nacional, a tendência clara para sufragar a prevalência do Direito Constitucional sobre o Direito Convencional Internacional, razão pela qual o posicionamento contrário que sobre a matéria tem sido assumido pela mais alta instância jurisdicional Portuguesa, deve qualificar-se, no mínimo, como acrítico. Nem se invoque a favor da prevalência das linhas de orientação definidas pela jurisprudência Internacional o critério vertido no artigo 771.º, alínea *f*) do Código de processo Civil, de acordo com o qual quando a decisão transitada em julgado “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”, dá lugar às revisões de sentença.

Não podemos de modo algum, concordar que os Tribunais Portugueses com o receio das suas decisões serem revistas e que o Estado Português seja condenado pelas instâncias internacionais, reproduzam mimeticamente as linhas de orientação ditadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca dos assuntos sujeitos à respetiva apreciação. Tal significa, desde logo, uma renúncia absoluta a uma importante parcela de Soberania Nacional: a soberania reservada aos tribunais.

Para além disso, no tocante à matéria em discussão — o conflito entre a Liberdade de Imprensa e o Direito à Honra e ao Bom Nome, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não censura invariavelmente as decisões dos tribunais Portugueses que condenam a imprensa por violação dos direitos de personalidade.

³⁴ Cfr, a este propósito Henriques GASPAR, *A Influência da CEDH no diálogo interjurisdicional*, 39-40. Uma tal orientação é igualmente sufragada por vozes doutrinárias consagradas, vide, Jónatas MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas”, *BFD* 85 (2009) 81 e s. Uma tal orientação parece ignorar entendimentos particularmente importantes para esta discussão, e que não torna a questão tão pacífica como a jurisprudência dominante tende a fazer crer. Nesta sede, cumpre convocar o pensamento de Gomes Canotilho/Vital Moreira, de acordo com o qual: “As normas de DIP vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação hierárquica à Constituição, sendo, pois inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou os seus princípios (artigo 277.º-1)...” “O que é evidente é que a vinculação internacional por uma convenção desconforme com a Constituição não pode valer como revisão ou derrogação indireta desta, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, (primeira citação p. 258), (segunda citação p. 259).

Razão pela qual, a Jurisprudência Nacional não pode, a propósito dos casos concretos em que se registam conflitos entre a Liberdade de Imprensa e os Direitos à Honra e ao Bom Nome, deixar de convocar os critérios dogmáticos- jurisprudenciais ao longo dos anos sedimentados, e que têm orientado as decisões contidas em vários Acórdãos sobre a matéria.

Ora, e como temos insistido neste ponto, a maioria dos Acórdãos destaca, a este propósito, que o Bem da Liberdade de Imprensa não pode considerar-se em abstracto como prevacente face ao Direito à Honra, quando estiverem em causa pessoas ou figuras públicas, tal como realmente vem sendo, na atualidade, a tendência seguida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Para além disso, o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos inícios deste século (a propósito do caso *Von Hannover V. Germany*),³⁵ veio a revelar-se bastante favorável a uma protecção mais generosa a dispensar a certos Direitos de Personalidade quando sejam atingidos pelos órgãos de comunicação social, entre os quais se destaca o Direito à Privacidade.

Num campo temático tão delicado como se nos afigura ser este da tutela da personalidade, defender universalmente que estando em causa figuras públicas, a esfera de protecção dos direitos de personalidade de tais pessoas se revela mais limitado, atento o maior interesse do público em ser informado acerca de certos aspetos das suas vidas pessoais, pode conduzir a um resultado muito perigoso para os Estados Democráticos: os órgãos da Comunicação Social passam a ser investidos do poder de unilateralmente definirem o âmbito de intensidade da tutela dos direitos de personalidade das pessoas em geral, e de um modo particular, graduarem a Dignidade e a Honra das pessoas públicas. Tal perigo é uma ameaça real, uma vez que em nome de uma sociedade mais informadora e pluralista, aos órgãos de comunicação é lícito invadirem e atingirem o reduto pessoal das pessoas com notoriedade pública. Ora, um tal fundamento, do ponto de vista da tutela de personalidade, parece-nos ser claramente de repudiar.

Por seu turno, a prevalência atribuída à Liberdade de Expressão pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em virtude do facto deste valor fundamental constituir “um dos pilares fundamentais do Estado Democrático e uma das condições primordiais do seu progresso e, bem assim, do desenvolvimento de cada pessoa”³⁶, não

³⁵ Estamos a reportar-nos à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 24 de julho de 2004.

³⁶ Cfr. p. 39-65 do *Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017* (in <www.dgsi.pt>), des-

pode ser pacificamente acolhida, desde logo, porque o artigo 10.º da Constituição Europeia dos Direitos do Homem não consagra expressamente qualquer prevalência da Liberdade de Expressão sobre os outros bens de personalidade, tais como a Honra, o Bom Nome e o Crédito.

Não nos parece, de resto, minimamente correcto fazer derivar esse argumento da prevalência da Liberdade de Expressão da circunstância do mencionado documento convencional não se referir expressamente ao direito à Honra³⁷.

Um tal entendimento acaba por atribuir uma particular ênfase a dois elementos da interpretação — o histórico e o sistemático, que apesar de não poderem ser desconsiderados, estão, no entanto, longe de se revelarem decisivos no âmbito da actividade interpretativa.

Verdadeiramente mais significativa se revela a questão de saber se a falta de consagração expressa da protecção à Honra pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem poderá, de algum modo, significar que este diploma normativo quis excluir este bem fundamental da personalidade humana do seu âmbito de tutela, ou, não indo tao longe, se poderá, de algum modo, inferir-se a partir da arquitetura do regime desta convenção, que o direito à Honra deve configurar-se como um direito menor, quando o mesmo se confronte com direitos de índole igualmente pessoal, tal como sucede quando se estabelece a comparação com o bem da Liberdade de Expressão.

Responder adequadamente a este problema, implica que se transcenda o plano puramente literal e sistemático de interpretação, e se entre no âmbito da disciplina vertida na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e tal significa uma necessária convocação da teleologia do regime, o que, por seu turno, supõe uma ponderação em torno dos interesses, valores e referencias axiológicas fundamentais que se lhe encontram subjacentes.

tacando-se neste aresto que este entendimento tem sido mantido de forma constante pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, citando, para o efeito, vários acórdãos deste tribunal, onde tal orientação se encontra vertida.

³⁷ Um tal fundamento para a prevalência da Liberdade de Expressão encontra-se explicitado no Acórdão 13 de julho de 2017, como resulta da seguinte passagem a cuja transcrição procedemos “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não tutela, no plano geral, o direito à honra. Não o ignora no artigo 10.º, n.º 2, mas a propósito das restrições à liberdade de expressão”. Esta construção levou aquele Tribunal a seguir o caminho diverso ao que vinham seguindo, habitualmente, os Tribunais Portugueses. Não partia já da tutela da honra, situando-se, depois, nas suas ressalvas, mas partia antes da liberdade de expressão, situando-se, depois, na apreciação das suas restrições, constantes naquele artigo 10.º, n.º 2, in <www.dgsi.pt> (p. 39 de 65).

A circunstância dos artigos 10.º e 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se reportarem à tutela do valor da Liberdade de Expressão³⁸, configurando-a na óptica de uma garantia institucional, ou seja, de princípio fundamental que constitui pedra angular da edificação de um qualquer Estado de Direito, e ainda o facto de a Honra apenas figurar na disciplina da Convenção na qualidade de restrição ou ressalva ao exercício das faculdades ínsitas naquele valor fundamental não permitem, de modo algum, concluir pela menor relevância ou densidade axiológico-normativa da Honra no âmbito de funcionamento das sociedades democráticas e dos respetivos ordenamentos jurídicos.

Com efeito, a expressa referência à Honra e aos direitos de outrem no âmbito das limitações com que o valor da Liberdade de Expressão se tem de confrontar, pode querer significar antes que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem quis atribuir um lugar de destaque à tutela dos direitos de personalidade, a propósito dos quais (direitos de outrem) fez uma menção individualizada à Honra. No fundo, o que este legislador internacional quis deixar bem expresso, é que tão relevante quanto o bem da Liberdade de Expressão, cuja tutela teve a preocupação de enfatizar, se revelam afinal os direitos da personalidade, considerando que a Honra é merecedora do mesmo nível de proteção que aquele outro bem de natureza também eminentemente pessoal.

Apenas este nos parece ser o entendimento correcto acerca do alcance a atribuir à disciplina contida no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e mormente da ressalva contida no seu número dois, pois atribuir prevalência à Liberdade de Expressão no âmbito da colisão entre os bens jurídicos da Honra, Reputação e Bom Nome, poderá constituir uma perigosíssima forma de legitimar as intromissões ou invasões da comunicação social nos irredutíveis e intangíveis valores de personalidade humana.

Ainda no âmbito desta problemática acerca do modo como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem abordou, do *ponto de vista sistemático*, a colisão entre a Liberdade de Expressão e a Honra,

³⁸ Afigura-se-nos demasiadamente formal, a prevalência atribuída pelo Acórdão do s.T.J. de 13 de julho de 2017 ao Valor da Liberdade de Imprensa, pela circunstância de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não partir já da Honra, situando-se este bem jurídico nas ressalvas constantes do artigo 10.º, n.º 2, mas partir antes da Liberdade de Expressão, a cuja disciplina se debruça nos artigos 10.º e 11.º (argumento este retirado do Acórdão do s.T.J. de 30 de julho de 2011 e citado na pg. 51 de 65 do Acórdão de 13 de julho de 2017, in <www.dgsi.pt> do Acórdão a cuja anotação procedemos).

importa sublinhar que também o nosso Código Civil não se refere expressamente no artigo 70.º³⁹ e s. ao Direito à Honra, o mesmo sucedendo, de resto, quanto a um outro direito de personalidade com maior relevância axiológica, como é o caso do Direito à Vida.

Ora, ninguém pode duvidar antes de mais que o legislador de 66 se encontrava efectivamente preocupado com a tutela eficaz dos direitos à Vida e à Honra, e que ausência de referência expressa aos mesmos, não os coloca na situação de menor dignidade, quando confrontados com outros direitos de personalidade especialmente disciplinados, tais como o direito ao Nome (artigo 72.º), o direito ao Pseudónimo (artigo 74.º), e o direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada (artigo 80.º).

Concluir o contrário, em virtude da falta de uma disciplina nominada dedicada aos direitos à Vida e à Honra, representaria uma inadmissível e reprovável postura conceptualista, que apenas nos cânones de uma perspectiva estritamente positivista poderia encontrar respaldo.

Podemos assim constatar que certas dimensões nucleares e fundamentais da personalidade humana se revelam absolutamente estruturantes da Dignidade do Homem enquanto ser livre e responsável, não se manifestando assim significativa a ausência da disciplina jurídica-positiva expressa de tais matérias, quer essa omissão se registe no plano da legislação ordinária, a nível das Constituições, ou de diplomas normativos internacionais. Razão pela qual, ninguém pode duvidar da enorme relevância que o bem jurídico da Honra, do Bom Nome e à Reputação desempenha em qualquer ordenamento jurídico das sociedades Europeias Ocidentais, e assim sendo, idêntico impacto o Direito à Honra tem necessariamente de assumir no âmbito de uma codificação cujo *humus* ou o respectivo pano de fundo valorativo assenta numa ética humanista.

Para além disso, manifesta-se entendimento dominante na dogmática dos vários ordenamentos continentais, que os mais diversos direitos de personalidade, por terem em vista a tutela de interesses pessoais, possuem, num plano abstracto de valoração, uma natureza hierárquica idêntica⁴⁰.

Estando em causa uma questão de responsabilidade civil decorrente da violação pela imprensa dos direitos de personalidade dos vi-

³⁹ Obviamente que o artigo 70.º acolhe a Honra como uma das suas dimensões fundamentais, cfr. a este propósito o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 128.

⁴⁰ Cfr., a este propósito, R. Capelo de Sousa, *Do Direito Geral de Personalidade*, 548; Gerald MÄSCH, 233-234.

sados pelos eventos noticiosos, encontramos-nos então na presença de dois direitos de personalidade colidentes, não se vislumbrando motivos para invocar nesta sede um conjunto de considerações de feição publicista que desequilibrem a composição, à priori, igualitária ou paritária dos interesses em presença.

No fundo, regista-se a propósito da resolução do problema específico da colisão de direitos a mesma tendência para reconduzir a compreensão das matérias juscivilísticas aos cânones constitucionais: o já atrás aludido fenómeno de constitucionalização do Direito Civil.

De acordo com este entendimento, parece admitir-se que apenas a propósito deste valor fundamental se tutelam interesses públicos ou dimensões públicas essenciais, esquecendo, desta feita, que a tutela dos direitos de personalidade transcende também o plano da protecção meramente intersubjectiva. Importa então, nesta sede, questionar se será realmente assim, de desconsiderar, deste modo, a dimensão ou vertente transindividual⁴¹, que igualmente pontifica no âmbito da tutela dos direitos de personalidade. Ninguém contesta que os direitos de personalidade enquanto formas de tutela de dimensões nucleares da pessoa humana, assume um cunho acentuadamente individual ou subjectivo. A inclusão dos direitos de personalidade na categoria mais ampla dos direitos subjectivos, e a sua caracterização no âmbito de tal universo enquanto direitos de natureza pessoal, constitui uma constatação clara da dita matriz individual de tais direitos.

Porém, não podemos ignorar que a ausência de protecção pelo ordenamento jurídico destes bens fundamentais da personalidade, conduziria a uma degradação ou diminuição da Dignidade da Pessoa Humana, impedindo as pessoas enquanto particulares de se assumirem como seres livres e iguais, e enquanto cidadãos, ver-se-iam privados de um espaço fundamental de afirmação da sua autonomia perante o risco de atuação arbitrária dos entes públicos.

Revelando-se um dado incontestável que a Dignidade da Pessoa Humana deve ser considerada como um valor nuclear, na base do qual se constrói o edifício constitucional dos modernos ordenamentos jurídicos, questiona-se então se a tutela e a defesa da pessoa

⁴¹ Uma simples leitura do trecho do Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017, que, de imediato, passamos a transcrever, permite-nos claramente concluir que foi este o entendimento acolhido por esta alta instância jurisdicional: “No fundo, com tudo isto, estará, talvez, a vir ao de cima a contraposição entre a tendência nacional- e não só- para o individualismo (que a tutela do direito à Honra, habitualmente protege) e a visão internacional mais virada para as realidades coletivas, especialmente as reportadas ao suporte da sociedade tal como se pretende que ela seja.” Cfr. p. 42 de 65 do *Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017* (in <www.dgsi.pt>).

representam afinal uma preocupação de índole puramente subjetiva ou individual. Obviamente que a resposta a uma tal pergunta tem de ser negativa, desde logo, pela simples circunstância da tutela da personalidade ter sido eleita como uma das causas do moderno constitucionalismo Europeu.

Torna-se, então, mister atribuir um maior peso à vertente colectiva e institucional omnipresente no âmago da tutela da dignidade da pessoa humana, porquanto os interesses públicos que nessa sede reclamam protecção não se revelam inferiores, aos envolvidos na afirmação do bem da Liberdade de Expressão. Realmente, sem Liberdade de Expressão não pode afirmar-se a existência de um Estado de Direito Democrático, mas um Estado onde a Dignidade Humana não seja preservada não é seguramente um Estado de Direito.

Situando-nos, porém, num universo juscivilístico, porque é nesta sede que o caso *sub iudice* deve ser basicamente analisado, cumpre também sublinhar que a disciplina dos direitos de personalidade surge perpassada por exigências axiológicas supra-individuais. Não podemos neste contexto deixar de convocar o enquadramento dogmático dos direitos de personalidade, associando a tal categoria de direitos o epíteto de direitos indisponíveis. Uma tal classificação não assume apenas relevância no plano dogmático-conceptual, uma vez que a doutrina nacional qualificou assim esta categoria de direitos, por ter tomado em conta a disciplina que o Código Civil lhes reservou, destacando neste contexto, de modo particular, o disposto no artigo 81.º.

Desde logo, o número um deste preceito estabelece particulares restrições a propósito da admissibilidade das limitações voluntárias no âmbito dos direitos de personalidade. Resulta da regra estabelecida neste preceito, que são permitidas as limitações convencionalmente definidas a propósito do exercício de direitos de personalidade, salvo quando tais limitações se revelem contrárias às exigências de ordem pública. Encontramos nesta ressalva uma clara limitação de ordem pública ao poder conformador dos particulares relativamente aos direitos de personalidade, demonstrando, de modo claro, que as prerrogativas dos particulares se encontram nesta sede subordinadas a interesses públicos.

Uma tal disciplina parece, no entanto, contrariar a aludida caracterização dos direitos de personalidade como direitos indisponíveis. Com efeito, se aos particulares é permitido, por via convencional, definir uma grelha de direitos e de obrigações correspondentes ao exercício dos seus direitos de personalidade, então parece infirmada a característica da indisponibilidade normalmente associada a este tipo de direitos.

A este propósito, não podemos, porém, ignorar que no longo e nem sempre fácil percurso de afirmação dogmático-jurisprudencial dos direitos de personalidade, assistiu-se a um progressivo e gradual reconhecimento de uma vertente ou dimensão patrimonial a este género de direitos, sem que aos mesmos se tenha deixado de ser associada a sua matriz eminentemente pessoal.

Particularmente paradigmática se manifesta esta tendência no âmbito dos direitos de autor, não sendo igualmente disciplinada a sua ocorrência a propósito dos direitos à imagem e à integridade física, assistindo-se, em qualquer dos universos mencionados, à emergência das teorias monistas⁴², que por contraposição às perspectivas dualistas, configuram os direitos em análise como um único direito, que apresenta uma dupla vertente (pessoal/ patrimonial), sem todavia deixarem de ser qualificados como direitos de personalidade;

Ora, relativamente a tais direitos, não admira que se possa afirmar um espaço mais ou menos amplo de disponibilidade reservado aos respetivos titulares⁴³.

Porém, no tocante ao núcleo essencial dos direitos, cujo radical, é como vimos, de índole estritamente pessoal, não se vislumbra a possibilidade dos respetivos titulares disporem dos respetivas ou prerrogativas a favor de terceiros. Importa, de resto, salientar que a doutrina do início do século xx manifestava uma particular repugnância em qualificar os direitos de personalidade como direitos subjetivos⁴⁴, em virtude dos mesmos serem fundamentalmente perspectivados como poderes de vontade, e assim sendo, levantavam-se particulares obstáculos, desde logo, de ordem lógica, à admissibilidade de direitos em que se registasse

⁴² Cfr., a este propósito, a tendência registada na *common law*, para incluir a vertente patrimonial dos bens de personalidade no âmbito do *right of publicity*, sendo que se verifica, porém, cada vez mais a afirmação de perspectivas monistas, que tendem a não descaracterizar a dimensão pessoal dos direitos de personalidade, apesar de no seu conteúdo se identificar uma manifesta dimensão patrimonial, cfr. David LIBLING, “The concept of property: property in intangibles”, *L.Q.Rev* 1978) 103 e s.

⁴³ Cfr. a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome* 99 (especialmente nota 122).

⁴⁴ Cfr., a este propósito, as posições na doutrina nacional, de Guilherme Moreira, José Tavares e Cabral de Moncada, cfr., acerca de tais posições, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 152 e s. (especialmente nota 228). No âmbito da moderna doutrina civilista nacional, há quem conteste ainda que as pessoas enquanto titulares de direitos de personalidade possam ser objecto de direitos subjectivos, no sentido de estes serem perspectivados como poderes de uma pessoa sobre a outra, ou seja, contestando neste âmbito a configuração do direito subjectivo como poder de vontade, cfr Diogo Leite de CAMPOS, “Tempo, Pessoa e Agregado, na Relação Jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados* 72 (2012) 25.

uma identidade entre o sujeito e o objecto dos direitos.

Para além de tais dificuldades, questões de natureza ética podem ainda revelar-se contrárias à imputação da qualidade de direito subjetivo aos direitos de personalidade, invocando-se, nesta sede, o risco da legitimação do suicídio, na eventualidade de se aceitar que o titular do Direito à Vida possa livremente dispor deste bem fundamental.

Este argumento não se revela, no entanto, decisivo, pois como sabemos o ordenamento jurídico pode estabelecer limitações à disponibilidade, com vista fundamentalmente a proteger os titulares de direitos de personalidade. Porém, e atenta, a natureza eminentemente pessoal e extrapatrimonial dos bens tutelados pelos direitos de personalidade, defendemos, por inspiração na Filosofia Kantiana, que o cerne da caracterização dos direitos de personalidade se traduz na respectiva eficácia *erga omnes*, e não nos poderes de disposição particularmente característicos dos direitos reais.

Desta feita, quando nos reportamos à indisponibilidade como nota caracterizadora dos direitos de personalidade, queremos, na essência, destacar a natureza eminentemente pessoal e extrapatrimonial de tal categoria de direitos.

Voltando agora ao regime do artigo 81.º, que nos fez suscitar todas estas lucubrações, importa debruçarmo-nos sobre a disciplina contida no seu número dois, que permite a livre revogabilidade do contrato, do qual decorram limitações à personalidade, não obstante uma tal faculdade possa ser acompanhada da obrigação de reparar os danos causados à contraparte: uma obrigação normalmente circunscrita ao ressarcimento do interesse contratual negativo⁴⁵.

Bem vistas as coisas, encontramos-nos colocados perante uma derrogação ao princípio da pontualidade do cumprimento das obrigações (artigo 406.º), de acordo com o qual, apenas a revogação por mútuo consenso pode pôr termo às relações obrigacionais.

Em rigor, uma tal entorse à disciplina geral consagrada no artigo 406.º, decorre da circunstância das limitações voluntárias aos bens da personalidade se reportarem a um objecto contratual que se traduz em bens de natureza pessoal.

Ora, aqui, mais do que em qualquer domínio obrigacional de

⁴⁵ Neste contexto, importa, porém, reter o ensinamento de Paulo Mota Pinto, de acordo com o qual, a eficácia da declaração revogatória do titular de direito de personalidade não se encontra dependente do cumprimento do aludido direito à indemnização da contraparte: “A limitação voluntária é, por outro lado, livremente revogável (com obrigação de indemnização, mas sem que a eficácia da revogação fique dependendo do seu cumprimento)...”, cfr. Paulo Mota PINTO, “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito* 76 (2000) 191.

natureza patrimonial, se justifica a ideia, segundo a qual, o Direito das Obrigações tende a evitar o mais que pode vinculações de natureza perpétua⁴⁶, com o objetivo de proteger o titular do direito de personalidade que assumiu determinadas obrigações, contra qualquer eventual atitude irreflectida ou menos ponderada aquando da assunção de tais deveres. No fundo, subjacente a esta solução legislativa encontra-se precisamente a mencionada natureza, indisponível ou extrapatrimonial dos direitos de personalidade. Assim sendo, apesar do n.º 1 do artigo 81.º sugerir que são, por regra, admissíveis as limitações convencionais de direitos de personalidade, o número dois deste preceito vem afinal apontar para uma ideia de indisponibilidade, relativa é certo, dos direitos de personalidade.

Sem pretender estender a exposição, não podemos, porém, deixar de fazer referência particular ao regime dos procedimentos especiais” de tutela da personalidade humana -providências adequadas às circunstâncias do caso...” a que se reporta o n.º 2 do artigo 70.º. Outrora, esta matéria era regulada pelos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil, sendo tais procedimentos qualificados pela generalidade da doutrina como processos de jurisdição voluntária, universo no âmbito do qual se fazem sentir com particular acuidade as exigências regulativas do princípio do inquisitório.

Este regime processual que pretendeu ser mais consentâneo com a maior discricionariedade judicial sugerida pelo artigo 70.º n.º 2 quanto à aplicação de tais medidas reflecte, de modo claro, a ideia de que a tutela dos direitos de personalidade não é apenas uma questão colocada na disponibilidade dos particulares, pontificando aí também, de maneira particular, exigências e interesses de ordem pública.

Após a reforma do Código de Processo Civil em 2012, esta matéria encontra-se regulada nos artigos 879.º a 890.º, revelando a nova disciplina sobre a matéria da tutela processual da personalidade uma

⁴⁶ Estas limitações à perpetuidade das vinculações contratuais assumidas a propósito dos direitos de personalidade, introduzidas por via legislativa, não deixam de ser perspectivadas como soluções inspiradas por interesses públicos relevantes. Encontramo-nos aqui perante limitações à autonomia privada que traduzem a preocupação de proteger o individuo dele próprio. No fundo, estas normas representam manifestações de um certo paternalismo jurídico. Acerca deste tipo de limitações legais que visam proteger a pessoa dela própria (da sua irreflexão e inexperiência...), cfr. John HOSPERS, “Libertarianism and Legal Paternalism”, *The Journal of Libertarian Studies* 4/2 (1980) 256. Com um diferente enfoque, mas suscetíveis de se integrarem neste universo são as normas jurídicas impositivas de formalismo negocial, porquanto as mesmas têm como um dos objetivos essenciais proteger os particulares da sua irreflexão.

intensificação da aludida dimensão publicística⁴⁷, e como tal, uma maior maleabilidade e discricionariedade do juiz na aplicação das medidas céleres e casuisticamente adequadas para a defesa dos bens de personalidade.

Basta tomar em consideração os prazos particularmente breves estabelecidos no artigo 879.º, n.º 1, para a marcação da audiência (20 dias subsequentes, à apresentação do requerimento com as provas) bem como a possibilidade de ser proferida uma decisão provisória irrenunciável sujeita a alteração ou confirmação posterior no processo nos termos previstos no nº5 do mesmo preceito, para nos apercebermos que foi claro propósito do legislador processual ductilizar os mecanismos especiais de tutela da personalidade, com o objetivo de evitar a efectivação de ofensas ou atenuá-las com a maior brevidade possível, conferindo assim menor intensidade às ofensas cometidas.

Um tal regime especial decorre da circunstância sugestivamente evidenciada por Pais de Vasconcelos “Há algo de Ordem Pública que se impõe com muita força ao simples interesse particular”⁴⁸. Em face de todas estas considerações, que manifestamente têm como objectivo explicitar a presença de interesses públicos ou colectivos na tutela dos bens de personalidade, permitam-nos concluir, tal como fomos deixando subentendido, que afinal a dignidade da pessoa humana, e a defesa dos direitos de personalidade reclamada enquanto corolário lógico da afirmação daquele valor fundamental, constituam pedras angulares, sem as quais um qualquer Estado de Direito não pode ser edificado ou não pode subsistir enquanto tal.

IV. O predomínio da Liberdade de Expressão e a dificuldade de responsabilização da imprensa nas hipóteses de divulgação de factos inverídicos ou inexatos

O modo particularmente generoso como o Supremo Tribunal de Justiça tem tratado o valor da Liberdade de Imprensa leva esta alta instância jurisdicional a proferir conclusões demasiadamente genéri-

⁴⁷ Para uma análise mais aprofundada sobre o regime do novo Código de Processo Civil, cfr. P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, 2015, 46-48; J. Remédio MARQUES, “Alguns Aspectos Processuais da Tutela de Personalidade humana na Revisão do Código de Processo Civil de 2012”, *Revista da Ordem dos Advogados* 72 (Abril/Setembro 2012) 653 e s. (o autor pronunciava-se sobre a matéria no momento em que se preparava ainda a reforma do Processo Civil).

⁴⁸ Cfr. P. Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, 2006, 132.

cas, e como tal, nem sempre rigorosas, mormente no que respeita ao núcleo de factos pelos quais a Imprensa pode ser considerada responsável no âmbito da crónica social.

Bem vistas as coisas, acaba por se registar uma tendência para se colocar praticamente no mesmo plano a divulgação pela imprensa de juízos de valor proferidos no âmbito de artigos de opinião oriundos do campo da litigância política e a transmissão de factos inverídicos e inexatos. Relativamente a qualquer uma destas categorias, certos arestos do Supremo Tribunal de Justiça acabam genericamente por decidir no mesmo sentido — afastamento da responsabilidade dos periódicos que procederam à divulgação de tais tipos de notícias.

No que concerne à comumente designada crónica política, em que está fundamentalmente em causa um universo dominado pelos juízos de valor, o Supremo tem entendido que “Não podem considerar-se ilícitos os artigos de opinião que — embora redigidos de forma mordaz, contundente e desprimorosa, se situam no cerne no debate e crítica à ação política e governativa...”⁴⁹.

No tocante à divulgação de factos no âmbito da crónica social, esta alta instância jurisdicional tem considerado que, mesmo quando estes sejam inexatos ou inverídicos, não há lugar a obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil, quando os elementos factuais transmitidos não sejam objectivamente suscetíveis de atingir “o direito à Honra e consideração pessoal do visado”⁵⁰.

Com esta conclusão, o Supremo Tribunal de Justiça quer fundamentalmente transmitir que existem declarações de facto *absolutamente neutrais*, pois apesar de serem inexatas ou inverídicas, não se revelam dotadas de potencialidade ofensiva.

Ora, sobre esta matéria, importa considerar que em relação aos juízos valorativos difundidos no âmbito da crítica política não se suscitam quaisquer dúvidas que nos encontramos colocados perante um domínio onde pontifica o relativismo axiológico. No quadro de funcionamento dos Estados de Direito das modernas sociedades plurais e conflituais, onde perante a quase dominante afirmação da laicidade,

⁴⁹ Cfr, *Acórdão do S.T.J. de 13 de julho de 2017 (ponto II do sumário)*, in <www.dgsi.pt>. Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 302 (“os maus tratos discursivos protagonizados pelos dirigentes partidários na sequência de uma campanha eleitoral, uma vez circunscritos a questões de natureza político-ideológica, representam o exercício de um direito fundamental à participação política e à realização dos valores da liberdade de pensamento e de expressão, ...”)

⁵⁰ Cfr, *Acórdão S.T.J. de 13 de julho de 2017 (ponto IV do sumário)*, in <www.dgsi.pt>.

não nos deparamos com a afirmação de valores superiores, não é possível admitir a existência de referências axiológicas incontestáveis.

No âmbito da litigância política, toda e qualquer proposta valorativa se sujeita ao confronto ou ao debate crítico de outras propostas sustentadas por fundamentos ou cargas axiológicas de sentido oposto. Tais considerações estendem-se igualmente a outros universos onde os juízos e as opiniões críticas constituem a respetiva marca de água, tal como sucede no âmbito das artes, da cultura e da ciência.⁵¹

Revelando-se então como regra consensualmente aceite que a divulgação de opiniões ou de juízos de valor políticos não é dotada de potencialidade ofensiva dos direitos de personalidade, cabendo assim aos visados por este tipo de declarações defenderem-se com o mesmo tipo de armas, ou seja, com argumentos ideológico-políticos, não pode, porém deixar de igualmente ser evidenciada a existência de ressalvas a um tal entendimento, ressalvas essas capazes de poderem justificar a responsabilidade civil pela divulgação de tal tipo de declarações.

Com efeito, não podemos esquecer os ensinamentos de há muito consolidados na doutrina que estabeleçam alguns limites à crítica política, científica, cultural..., porquanto o espaço de liberdade de apreciação crítico-valorativa só pode ser ocupado por valorações e opiniões oriundas dos universos atrás mencionados, e como tal, toda e qualquer divulgação de eventos noticiosos não pode deixar de estar subordinada aos cânones prevaletentes nessas áreas.

Razão pela qual, não pode deixar de se assacar responsabilidade civil por juízos valorativos a quem ultrapasse as linhas definidoras de quanto se possa considerar como crítica razoável e aceitável, uma vez que impõe-se combater com veemência a instrumentalização da crítica para desferir ataques à Honra, Bom Nome ou Reputação dos parceiros ou opositores políticos, culturais, académicos, científicos...

Não podemos esquecer que anda associada à política o nobre privilégio de alimentar controvérsias, com um limite, porém, que

⁵¹ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 301 e s. Assim, no contexto da discussão científica não pode o candidato ao grau de Doutor no decurso de provas públicas para obtenção deste título académico, considerar-se atingido no seu Bom Nome e Reputação para efeitos de aplicação do art.º 484º, pela circunstância do(s) arguentes(s) colocar(em) em causa a Honestidade ou o mérito científico da obra. Obviamente que aos membros do júri apenas é permitido a livre crítica quando a mesma se circunscreva ao núcleo científico das matérias em discussão, não lhes sendo, de modo algum, permitido desferir ataques à personalidade ou considerações desprimorosas acerca do caráter ou perfil pessoal do candidato. Ao proceder de uma tal forma, os membros do júri estariam a desenvolver comportamentos censuráveis, a incluir, portanto, no âmbito da *Schmäbkritik*.

esse privilégio impõe; o de impedir um ambiente de chicana pessoal. Neste sentido se orienta a doutrina germânica, que se reporta a esses limites, proibindo a *Schmähkritik*⁵².

Bem vistas as coisas, estes limites explicitados pela dogmática alemã podem reconduzir-se, no plano constitucional, à esfera dos limites imanentes, e a nível civilístico, ao instituto do abuso de direito⁵³, e com este relacionado, aos conflitos aparentes de direitos⁵⁴.

Apenas tomando em conta todas estas ressalvas podemos concordar com o Supremo tribunal de Justiça quando considera que “... os artigos de opinião que- embora redigidos de forma mordaz, contundente e desprimorosa”⁵⁵ não podem considerar-se ilícitos. Importa explicitar, na senda de quanto no início da anotação já deixámos referido, que a responsabilização por juízos de valor apenas pode fundar-se no artigo 483.º n.º 1, e já não no âmbito do artigo 484.º.

Em relação à segunda categoria de declarações, insusceptíveis de responsabilizar os agentes — os factos inverídicos ou inexatos objectivamente não ofensivos dos direitos de personalidade de outrem-, temos muitas dúvidas em admitir a sua admissibilidade, desde logo, em termos tao amplos e categóricos, de um elenco de factos inverídicos ou inexato absolutamente neutrais.

Como já foi amplamente mencionado, o preceito do Código Civil que responsabiliza o agente pela divulgação de factos — o artigo 484.º —, não elenca a falsidade como pressuposto do ilícito aí previsto. Sob este aspeto, a nossa legislação utilizou um enunciado diverso e mais amplo que o correspondente ao modelo germânico do § 824 do B.G.B., no âmbito do qual apenas se admite a responsabilidade pela divulgação de factos falsos.

O âmbito manifestamente mais restrito do B.G.B. confere relevância muito especial à *Exceptio Veritatis*, matéria essa que em face do nosso direito positivo continua a suscitar particulares dificuldades,

⁵² Cfr, a este propósito, Manuel da Costa ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, 290-291; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 313 (onde nos referimos especificamente à relevância dos limites impostos pela *Schmähkritik* no âmbito da Sátira e da Paródia). No âmbito da jurisprudência nacional, cfr. acórdão do S.T.J. de 25 de março de 2010 (in <www.dgsi.pt>): de acordo com o aresto, a chicana não está sequer ao abrigo do Direito de Informar.

⁵³ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 77 (nota 94), 96 e s. (nota 120).

⁵⁴ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 86-87.

⁵⁵ Cfr. *Acórdão do S.T.J. de 13 de julho de 2017* (in <www.dgsi.pt> — ponto II do sumário)

tornando esta questão numa autêntica *Vexata Quaestio*.

Desta feita, a maior abertura do regime contido no artigo 484.º legitima desde a entrada em vigor do Código de 66, a dúvida sobre a admissibilidade da responsabilização do agente pela divulgação de factos verdadeiros⁵⁶. Porém, a redacção deste preceito nunca suscitou dúvidas quanto à afirmação de responsabilidade quando se verifica a transmissão de factos falsos.

Não podemos nesta sede esquecer que a *ratio* determinante da circunscrição do ilícito ao Crédito e ao Bom Nome às afirmações de facto, ficando excluídos do seu âmbito juízos de valor, resulta da circunstância daquelas se revestirem de uma maior potencialidade ofensiva, uma vez que as mesmas se arrogam de uma presunção de verdade⁵⁷.

Para além disso, no tocante ao núcleo de declarações abrangidas por este preceito — as declarações de facto- importa ter em conta uma diretriz bem consolidada na nossa dogmática, de acordo com a qual “o Direito não pode encarar com os mesmos olhos a verdade e a mentira”⁵⁸. Em face desta premissa fundamental para orientar o nosso raciocínio no contexto em análise, a responsabilização pelos factos verdadeiros apenas se revelará admissível verificadas circunstâncias excepcionais, desde logo, quando ocorra uma clara violação do princípio da proporcionalidade.

Importa então tomar em consideração o contexto em que a declaração foi proferida, o meio através do qual a notícia foi divulgada, o impacto mais ou menos intenso das informações transmitidas, para se poder levar a cabo um juízo de ponderação sobre a observância ou inobservância das exigências regulativas da proporcionalidade, desde logo, as envolvidas nos respetivos corolários: a saber, o da necessidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Uma tal dificuldade sentida a propósito da responsabilização

⁵⁶ Com efeito, a responsabilização pela divulgação de factos verdadeiros constituiu desde a entrada em vigor do Código de 66 uma questão polémica, como se pode depreender do debate travado entre Antunes Varela e Pessoa Jorge sobre a matéria. Enquanto Antunes Varela, não admite a relevância da *exceptio veritatis*, Pessoa Jorge considera que a verdade se traduz numa causa de exclusão da ilicitude, cfr, J. Antunes VARELA, *Das obrigações em Geral*, 1, 10.ª ed., Coimbra, 2005, 548-549 (especialmente a nota 2 da p. 548); Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1968, (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 80), 310.

⁵⁷ Cfr. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, 609. Na Jurisprudência Nacional, vide, *Acórdão do S.T.J. de 14 de Fevereiro de 2012* (in <www.dgsi.pt>, em particular o ponto IX das conclusões).

⁵⁸ Cfr. J. Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Método de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, 2009, 47.

por factos verdadeiros que para a doutrina contrária⁵⁹, de resto, nem se coloca, não encontra paralelo quando nos encontramos perante a divulgação de factos falsos.

Por estarem em causa situações de facto, infirmadas na e pela realidade histórico-social, regista-se, desde logo, uma enormíssima susceptibilidade de tais declarações se revelarem manifestamente ofensivas dos direitos de personalidade dos visados, mormente dos seus direitos à Honra, Bom Nome e Reputação.

Não vislumbramos assim à partida afirmações de facto, que pela sua natureza, sejam considerados objectivamente inócuos. Quando muito, e apenas residualmente poderá admitir-se que algumas informações relativas a certos dados pessoais, tais como a idade, estatuto socioprofissional, sexo das pessoas visadas, bem como umas tantas outras respeitantes a determinados estados ou situações exteriores, a saber, o clima, a localização do sítio onde decorreram os factos, a parametrização temporal dos eventos, se possam qualificar como neutros ou diferentes, na eventualidade de serem individualmente considerados.

Porém, todos estes dados ou informações, quando expostos em determinado contexto, ou com um certo encadeamento, podem constituir fonte para fortes ataques aos direitos de personalidade das pessoas a quem aqueles respeitam. No elenco de circunstâncias ou elementos suscetíveis de converterem dados informativos inócuos em afirmações ofensivas aos direitos de personalidade de outrem, contam-se, entre outros, os exageros expositivos, as descontextualizações, hipóteses, nas quais, pode com toda a probabilidade, estar presente um propósito do agente em distorcer a verdade dos factos.

Destarte, na base da conversão de dados aparente e isoladamente inócuos em afirmações ofensivas podem encontrar-se motivações subjectivas, sendo que a averiguação acerca do carácter ofensivo ou neutro das afirmações encontra-se naturalmente dependente de uma apreciação descomprometida ou objetiva.

Tendo consciência que os elementos ou dados de facto numa primeira análise tidos por inócuos, apenas assumem relevo quando apreciados em determinado contexto, então a contextualização ou descontextualização revela-se fundamental para apreciar o carácter ofensivo ou inócuo daqueles⁶⁰.

⁵⁹ Cfr, entre nós, a já mencionada orientação seguida por Pessoa Jorge, cfr. Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 310.

⁶⁰ Torna-se, necessário o intérprete proceder à apreciação dos eventos noticiosos *in totum*, ou seja, na sua globalidade. Na verdade, poderemos deparar-nos com os factos em si mesmos verídicos, ou inexatos aparentemente, mas em virtude, da técnica narrativa utilizada (exageros expositivos, incompletude das notícias,

Em face de todas estas considerações, sentimos, pois, muita dificuldade em rever-nos no entendimento que tem feito vencimento no Supremo Tribunal de Justiça, de acordo com o qual existem factos inexatos ou inverídicos, que atenta na sua natureza, não são susceptíveis de atingir os direitos à Honra e consideração pessoal do visado.

Para além disso, esta posição parece-nos excessivamente generosa ou amiga da tutela da Liberdade de Expressão, ignorando desde há muito a discussão travada na doutrina e na jurisprudência em torno da admissibilidade da responsabilização do agente por factos verdadeiros. Com efeito, se em relação a um contexto, relativamente ao qual não se suscitam particulares dúvidas quanto ao surgimento da responsabilidade no âmbito do artigo 484.º — os factos falsos — o Supremo Tribunal de Justiça tem levantado, em termos genéricos, obstáculos tão significativos, então parece estar longe do horizonte desta linha de orientações, nele seguidas, aceitar a admissibilidade da responsabilização por factos verdadeiros.

Na verdade, temos sempre advogado a este propósito que, a divulgação de factos verdadeiros, pode, atento o respetivo contexto, revelar-se particularmente ofensiva dos direitos à Honra e Reputação dos visados⁶¹, implicando, assim, qualquer decisão ponderada sobre esta matéria uma particular análise das circunstâncias do caso. Razão pela qual a formulação pelo Supremo Tribunal de Justiça de conclusões tão genéricas, sem referência a válvulas de escape ou ressalvas particulares, não se nos afigura uma posição muito correta, traduzindo antes uma postura unilateralista na apreciação do conflito de direitos em análise — Liberdade de Expressão versus Bom Nome e Reputação.

descontextualização dos assentos ...), acabam por serem considerados inexatos, ou com potencialidade ofensiva, para os respetivos destinatários, cfr., a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 452 e s.; Roberto PARDOLESI, “Responsabilità Civile-Diffamazione a Mezzo Stampa Diritto di— Limiti —”, *Foro Italiano* 1 (1984) 2713.

⁶¹ Aliás, uma tal perspectiva tem tido ao longo dos anos particular acolhimento na Jurisprudência Nacional, cfr., a este propósito, *Acórdão do Supremo Tribunal de 14 de Fevereiro de 2012*, de acordo com o qual a tutela civil da honra abrange “... facto ou opinião informativa sejam ou não verdadeiros, desde que os mesmos sejam susceptíveis, dadas as circunstâncias do caso, de abalar o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que seja tida...” (acórdão este obtido por unanimidade, cfr. <www.dgsi.pt>).