

LIMITES DO DIREITO DE DEFESA

O DIREITO DE DEFESA EM PROCESSO PENAL

Por: Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias e
Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade

Consulta

1. Em processo criminal que corre seus termos contra F., foi este pronunciado «pela prática de um crime equiparado às injúrias agravadas, previstas e punidas pelos artigos 166.º, 165.º n.º 1 e 168.º n.º 1, todos do Código Penal».

2. Como fundamento da acusação e da «pronúncia» são invocadas algumas expressões utilizadas pelo arguido F. no requerimento de instrução que lhe coube formular e subscrever como advogado de F./F. de Isto no contexto de um processo criminal dirigido contra este último arguido pelo crime previsto no artigo 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, e punido pelo artigo 388.º, n.º 1, do Código Penal.

3. De acordo com a acusação e o despacho proferido pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa são as seguintes as

expressões utilizadas pelo Advogado F. e que o colocarão sob a cominação da incriminação das *Injúrias*:

a) «A insólita e leviana acusação deduzida pelo Ministério Público contra um Ministro do Governo Democrático de Portugal...».

b) «... a acusação é feita com o aparente propósito ofensivo e calunioso já que as deturpações e omissões graves que a viciam ultrapassam o mero descuido e falta de atenção...».

c) «Ao contrário do que acintosa e ofensivamente se diz na acusação».

d) «O autor da acusação não respeita a verdade e permite-se, sem o mínimo fundamento, atribuir ao requerente uma intenção não objectivada em quaisquer factos».

e) «... é o mesmo que o signatário afirmar que o Sr. Procurador autor da acusação, a pretexto do pretensão não acatamento do Ministro requerente de decisões judiciais, está a prosseguir este ou aquele objectivo...».

f) «... como malevolamente se diz na acusação».

g) «... tal acto revela bem a insensatez de todo este processo e a tentativa do ridículo que ele representa».

h) «A acusação, além de falsa, revela um carácter calunioso. Com efeito, nela se procede a uma caricatura da realidade, e se omitem factos essenciais que não podia deixar de conhecer, constituindo objectiva, e porventura inconscientemente, uma peça da campanha política que tem sido movida ao requerente...».

i) «Qualquer parte privada que procedesse de modo tão grosseiramente deturpador da realidade, o mínimo que lhe sucederia seria a sua condenação por litigância de má fé».

j) «Ora, salvo o devido respeito, o cumprimento das leis e o respeito pela verdade, não compete apenas aos cidadãos em geral e aos membros do governo; ao que se julga, o Ministério Público deve igualmente obediência a esses ditames».

l) «O ilustre autor da acusação não pode, por outro lado, ignorar a repercussão pública e o aproveitamento político que se fará de uma acusação criminal deduzida contra um membro do Governo. Exigia-se-lhe, por isso, maior prudência e exi-

gências no esclarecimento do caso, antes de desferir, aliás, com pressa incompreensível, a presente acusação».

3. Somos perguntados sobre se, em nosso entender, estes factos justificam ou não a condenação do arguido F. pelo crime de *Injúrias*, nos termos pretendidos pela acusação e sancionados pelo Tribunal de Instrução Criminal.

4. Foram-nos presentes cópias das peças mais significativas do processo — nomeadamente: da acusação; do requerimento de abertura da instrução subscrito pelo arguido; e do despacho do Juiz de Instrução — cujo teor damos por reproduzido.

Parecer

1. É aberta e univocamente negativa a resposta que, a nosso ver, deve colher a questão central da consulta que nos é dirigida. Uma correcta interpretação da incriminação das *Injúrias* (artigo 165.º do Código Penal) imporá, com efeito, a conclusão de que não é possível subsumir os factos imputados ao arguido F. ... na factualidade típica desta ou de qualquer das demais infracções preordenadas à tutela do bem jurídico *honra*. Temos, noutros termos, por evidente que a não correspondência dos factos *sub judice* aos pressupostos fácticos das normas incriminatórias invocadas exclui a possibilidade de condenação do arguido logo na sede decisiva e radical da *tipicidade*.

De resto, mesmo que se entenda que os factos elencados na consulta configuram, em qualquer caso, a lesão típica de um crime contra a honra, sempre será forçoso considerar excluída a sua *ilicitude*. Isto por estarem manifestamente a coberto de justificação bastante, já em nome da justificação geral do *exercício de um direito* (artigo 31.º, n.º 2, al. *b*) do Código Penal); já em nome do princípio da *prosecução de interesses legítimos*. Esta última uma particular causa de justificação própria dos crimes contra a honra, consagrada, *v.g.*, no § 193 do Código Penal alemão (sob a rubrica *Wahrnehmung berechtigter Interessen*) e igualmente previsto na lei penal portuguesa para os crimes de *Difamação* e

Injúrias (artigo 164.º, n.º 2 e 165.º, n.º 2). Trata-se duma causa de justificação que, prestando homenagem ao princípio geral da *ponderação de interesses*, releva também e sobretudo do princípio do *risco permitido* (1).

Uma conclusão que equivale a tornar imperativo a pronta e definitiva absolvição do arguido, dessa forma se pondo termo à infundada, e, por isso, intolerável compressão da liberdade e perturbação da paz jurídica do arguido. Neste contexto, de resto, já em nossa opinião se não deveria ter afirmado sequer a existência «dos indícios suficientes de se ter verificado crime» de que o artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal faz depender a fundamentação da acusação e da pronúncia. É o que nos propomos demonstrar e deixar mais explícito. Privilegiaremos para o efeito, tanto a consideração do papel e do estatuto do advogado no contexto do processo penal de um estado de direito, como a compreensão e extensão das expressões de danosidade social típica proibidas e punidas pelos crimes contra a honra, nomeadamente a título de *Injúrias*.

2. Uma correcta equacionação dos problemas suscitados pela consulta reclama uma actualização dos traços mais salientes da função e do estatuto de *órgão autónomo de administração da justiça* (2), que é o defensor, no contexto do processo penal, do Estado de Direito democrático constitucionalmente sancionado.

É este um exercício com que esperamos pôr a descoberto os princípios normativos de determinação da responsabilidade penal do defensor a título de *Difamação* ou *Injúrias*. E que propomos ao mesmo tempo como contributo para a clarificação do

(1) Cf., desenvolvidamente, HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, pág. 201 e segs.; RUDOLPHI, «Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung», *Gedächtnis. für Schröder*, pág. 89 e segs.; ESER, *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, 1969, pág. 23 e segs.; HERDEGEN, *Straffgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10 Aufl. § 193, n. 2 e segs.; LENCKNER, «Die Wahrnehmung berechtigter Interessen als 'übergesetzlicher' Rechtfertigungsgrund», *Gedächtnis. Noll*, pág. 243 e segs.

(2) Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, pág. 471.

ambiente em que deve ter lugar a interacção de quantos, na diversidade dos seus papeis, assumem a tarefa exigente mas gratificante de ministrar a justiça penal. Um ambiente dominado por uma atmosfera densificada de emotividade e conflitualidade. O que deve valer como um estímulo ao exercício quotidiano da tolerância e da disponibilidade para aceitar limiares particularmente qualificados de risco permitido e de sacrifício socialmente adequado do bem jurídico mais intensamente envolvido, a saber, a *honra*.

De outra forma, abir-se-ia a porta a limitações tão drásticas como intoleráveis da liberdade de expressão e actuação dos diferentes sujeitos e participantes processuais. Estes não podem viver sob a ameaça constante da invocação das reacções criminais em nome da tutela da honra, uma espada de Damocles que só poderia redundar em manifestações perversas de auto-censura. Que, de forma mais ou menos latente, acabariam por comprometer irremediavelmente a realização da justiça penal. Isto a partir do dogma de que só a liberdade pode mediatizar a verdade necessária ao triunfo da justiça.

Tudo considerações que, valendo para todos os sujeitos ou participantes processuais, valem de forma privilegiada para o defensor. Cujas intervenções releva consabidamente daquela «tensão dialéctica» entre «a tarefa do Estado de combate eficaz ao crime e a legítima pretensão do indivíduo à sua protecção face ao exercício do poder estadual»⁽³⁾.

3. De resto e bem vistas as coisas, o apelo ao estatuto do defensor em processo penal como matriz de enunciados normativos de enquadramento e solução da problemática enunciada, deve ser antecedido do apelo mais radical ao estatuto do advogado como cidadão. A que os ordenamentos jurídico-constitucionais dos modernos Estados de Direito outorgam, elevados à constelação dos *direitos fundamentais*, a mais consistente e ampla *liberdade de expressão*. Como sucede, por exemplo, com o artigo 5.º

(3) Cf. GÖSSEL, «A Posição do Defensor no Processo Penal de um Estado de Direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1983, pág. 276.

da Lei Fundamental alemã, ou com o preceito homólogo da nossa Constituição, o artigo 37.º Um texto introduzido logo na versão originária de 1976, «que consagrou na ordem jurídica portuguesa, nos termos mais amplos, a liberdade fundamental de expressão, ao mesmo tempo que propiciou as condições do seu exercício pleno, erigindo uma ordem política e constitucional em que a dignidade humana e os seus corolários essenciais possam ser respeitados» (4). Nos termos da versão em vigor: «1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações». Um dispositivo que deve ser lido em conjugação com o artigo 42.º, relativo à liberdade de criação cultural.

Nada, por seu turno, mais apressado do que levar a citação das liberdades de expressão e de criação cultural e artística à conta de mero expediente de retórica, susceptível, quando muito, de emprestar maior expressividade ao discurso. Pelo contrário, a invocação é feita em nome das suas implicações normativas, tão directas como unívocas, na perspectiva dos crimes contra a honra. Não sendo mesmo arriscado antecipar que elas seriam bastantes para oferecer uma resposta directa e definitiva a constelações práticas como a do caso *sub judice*. Na verdade, a identificação correcta do sentido e alcance daquelas liberdades terá de projectar-se numa significativa «redução teleológica» da factualidade típica dos crimes contra a honra ou, pelo menos, de derimir a ilicitude das pertinentes condutas. Isto atenta a justificação *ex vi exercício de um direito*, prescrita no artigo 31.º do Código Penal. O que pode dar-se, desde logo, na medida em que o exercício originário daquelas liberdades contende directamente com a honra. Como, consabida e paradigmaticamente, sucede com a liberdade de informação (5) ou com a liberdade de criação

(4) FIGUEIREDO DIAS, «Direito de Informação e Tetela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115.º (1982-83), pág. 100/1.

(5) Desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, passim.

artística, máxime nas formas mais agressivas de *caricatura* e de *sátira* ⁽⁶⁾. Como pode igualmente dar-se numa segunda e re-activa linha de colisão ou conflito. Isto é, quando a liberdade de opinião e de expressão se actualiza pela via da valoração crítica dos produtos objectivados da criação cultural, científica, artística, etc., de outrem ⁽⁷⁾.

Tudo considerações a que a mais recente doutrina constitucional do *duplo carácter* ou *dupla natureza* dos direitos fundamentais empresta uma renovada e acrescida pertinência. Hoje é, na verdade, consensual o entendimento que adscrive aos direitos fundamentais, a par duma dimensão ou valência subjectivo-individual de raiz liberal, uma dimensão *objectiva*, como pressupostos ou instituições irrenunciáveis do Estado de Direito. Na síntese de VIEIRA DE ANDRADE.

«Os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe prosseguir» ⁽⁸⁾.

Passando, assim, a valer como elementos estruturais da ordenação social, as liberdades de expressão e de criação cultural, hão-de, ao mesmo tempo, conhecer um peso acrescido nos juízes

⁽⁶⁾ Sobre os problemas da tutela da honra face à liberdade de criação artística, cf. HERDEGEN, *ob. cit.*, n. 10; ROXIN, *Lehrbuch* (em preparação) § 18, n. 32; OTTO, «Strafrechtlichen Ehrenschtutz und Kunstfreiheit der Literatur», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pág. 1206 e segs.; WÜRKNER, «Was darf die Satire?», *Juristische Arbeitsblätter* 1988, pág. 183 e segs.

⁽⁷⁾ Desenvolvidamente, HERDEGEN, *ob. cit.* n. 13.

⁽⁸⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, pág. 144 e segs. Para uma referência mais desenvolvida à doutrina da *dupla dimensão* dos direitos fundamentais, cf. ainda, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1983, pág. 432 e segs. e 518 e segs.; COSTA ANDRADE, «Consenso e Oportunidade», in: *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, pág. 332 e segs.; e, no que especificamente concerne ao direito de informação, FIGUEIREDO DIAS, «Direito de Informação...» pág. 101 e segs.

de *concordância prática* ⁽⁹⁾ ou na balança da *ponderação* de interesses ou bens em que são chamadas a justificar determinados sacrifícios do bem jurídico da honra. Como, nesta linha e sintetizando a jurisprudência sustentada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, refere HERDEGEN:

«O Tribunal Constitucional vem reconhecendo aos direitos fundamentais novas dimensões ou linhas de eficácia. Eles já não constituem apenas meros direitos de defesa do cidadão face a agressões do Estado. Os direitos fundamentais configuram também e acima de tudo uma *ordenação objectiva*, um *sistema de valores* (...) dão corpo às *decisões jurídico-constitucionais basilares*, que se impõem em todas as áreas do direito. Em conformidade, eles projectam-se sobre toda a ordem jurídica, determinando e orientando tanto o legislador como o aplicador do direito. Esta transformação dos direitos fundamentais ou da sua compreensão atingiu também e de forma privilegiada o direito fundamental da liberdade de expressão e divulgação da opinião, convertendo-o numa norma fundamental de decisão axiológico-normativa. Ele não oferece apenas o critério de concretização do § 193 do Código Penal: mais do que isso, é ele próprio que incarna a causa de justificação em questão» ⁽¹⁰⁾.

À luz do que fica dito não deixará de ser fundadamente que a doutrina e jurisprudência germânicas propendem para considerar a justificação do § 193 do Código Penal alemão, em boa parte, como normativamente redundante. Precisamente porque consumida pela consagração jurídico-constitucional dos correspondentes direitos fundamentais. Será concretamente assim naquela parte em que o preceito do Código Penal alemão determina a não punibilidade dos sacrifícios à honra das pessoas resultantes do exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expres-

⁽⁹⁾ Sobre a relevância do princípio da *concordância prática* no domínio dos crimes contra a honra, cf. HERDEGEN, *ob. cit.* n. 6.

⁽¹⁰⁾ HERDEGEN, *ob. cit.* n. 10.

são, de criação artística ou participação política, de valoração crítica, etc. Uma visão das coisas a que não terá ficado indiferente o legislador português quando se propôs definir, sobre o modelo daquele dispositivo da lei penal germânica, o regime vertido no n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal. O que permite compreender que a contenção do legislador não tenha de ser levada à conta do propósito de prescrever um entendimento mais restritivo desta específica causa de justificação. Nada, noutros termos, empresta fundamento à crença de que o legislador português terá pretendido impor uma tutela mais draconizada da honra à custa dos direitos fundamentais que com ela entram em colisão nas áreas da vida a que nos vimos reportando.

4. O que fica dito só pode valer com força claramente acrescida em relação à actividade do *defensor em processo penal*. Isto por lhe caber dar expressão prática a um direito fundamental com a dignidade do *direito de defesa*, consabidamente outro dos esteios basilares do Estado de Direito e outra das instituições irrenunciáveis da nossa arquitectura constitucional.

Hoje relevaria, por demais, do ocioso qualquer propósito de enfatizar a importância e o significado da intervenção do defensor no contexto do processo penal do Estado democrático. Isto depois de superados, à custa de sofrimentos que nunca será exagerado evocar, os modelos mais rígidos do processo inquisitório que as manifestações mais opressivas de despotismo trouxeram invariavelmente consigo. E para as quais o advogado — quando era mais do que um mero funcionário do Estado e do tribunal, do género dos prussianos *conselheiros de assistência* ⁽¹¹⁾ — emergia como um obstáculo à descoberta da verdade. «São, por isso, totalmente consequentes — observa pertinentemente GÖSSEL — o Ordenamento do Tribunal Criminal Austríaco, de 1788 e o *Codex Iuris Bavarici Criminalis* de KREITTMAYER, de 1751, que excluíram a participação de um defensor no processo

(11) Para uma maior informação sobre esta figura, GÖSSEL, *ob. cit.* pág. 242 e segs.

penal» (12). Ultrapassadas e definitivamente afastadas do nosso horizonte estarão também hoje ameaças mais recentes como as protagonizadas pelas experiências totalitárias do nazismo e do comunismo. Recordando, ainda com GÖSSEL, que no nazismo «o defensor não é representante dos interesses do particular, mas procurador da comunidade, ele não é defensor da parte, mas apenas defensor dos interesses da comunidade». Sendo outrossim certo, prossegue o mesmo autor que «o postulado da prioridade absoluta dos interesses comunitários se propaga entretanto e ainda mais abertamente» nas sociedades comunistas. Também aí, com efeito, «o defensor deve estar ao serviço de uma administração de justiça partidária, que corresponde aos objectivos do partido da classe trabalhadora e do governo, como membro do sistema unitário do poder estadual» (13).

Enquanto emanação directa e actualização directa e actualização do direito de defesa do arguido, a intervenção do defensor assume no processo penal do Estado de direito uma dignidade tão inquestionável como autónoma. Isto à vista do imperativo constitucional do n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República: «*O processo criminal assegurará todas as garantias e defesa*». Para além disso, e como suporte da «oposição fáctica» à actividade judicial e à do Ministério Público (14), a intervenção do defensor releva também do estatuto do arguido como autêntico sujeito do processo, chamado e legitimado a uma acção conformadora do processo (15). Um estatuto que radica e em que ganha eficácia pragmática «o direito à preservação da dignidade própria de todo o homem» (GÖSSEL), de igual e unívoco relevo jurídico-constitucional. Esta última uma linha de argumentação particularmente cara à doutrina e jurisprudência — *maxime* a do

(12) GÖSSEL, *ob. cit.* pág. 249/250.

(13) *Id. ibidem.* pág. 243.

(14) Sobre o sentido da expressão, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, pág. 472 e segs.

(15) Para uma referência mais aturada ao sentido, fundamentação e implicações prático-jurídicas do estatuto do arguido como *sujeito processual*, FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal», in: *Jornadas de Direito Processual*, pág. 26 e segs.

Tribunal Constitucional Federal — alemãs. E isto, convirá sublinhá-lo, no contexto de um quadro jurídico-constitucional, na parte pertinente de todo em todo sobreponível ao nosso. Acolhendonos ainda à síntese de GÖSSEL:

«A obrigação de defesa da dignidade humana exige a consideração do direito de ser ouvida, concebido igualmente como direito fundamental. No entanto, para que este direito a ser ouvido se possa concretizar, ou para que possa ser assegurada, em geral, a influência directa do sujeito sobre o processo, este deve ser, por seu turno, *fair* — e, por conseguinte, o arguido deve poder opôr-se à argumentação elaborada por um jurista especializado com a mesma arma, ou seja, através do apoio de um jurista igualmente especializado» ⁽¹⁶⁾.

5. A directa valência do direito de defesa como marca ou estigma inarredável do Estado de Direito bem como a sua eminente dignidade jurídico-constitucional postulam uma actuação do defensor em condições de plena liberdade. O defensor não pode ser chamado ao adimplemento da sua exigente missão permanentemente condicionado pela ameaça de ver invocadas contra si as incriminações relativas à honra. Parafraseando o que já noutro contexto se pôde afirmar, ser advogado de defesa não pode significar estar sempre com um pé na prisão. Bem se compreendendo, por isso, que, em homenagem à exigência de liberdade do defensor, a lei se tenha claramente pronunciado pela redução da tutela da honra.

Isto à semelhança do que vale para outras e relevantes manifestações de liberdade: a liberdade de expressão, de criação artística, de informação, de participação no debate político, etc. Reportando-nos mais uma vez à experiência alemã — o que se justificará, além do mais, pela proximidade que medeia entre os correspondentes diplomas — recordaremos o que tem sido o entendimento perfilhado pelo Tribunal Constitucional Federal em matéria de atentados à honra no contexto da luta política.

⁽¹⁶⁾ GÖSSEL, *ob. cit.* pág. 268.

Segundo este Tribunal, sempre que se trata de dar um contributo para o debate de ideias em torno de uma questão de manifesto interesse público, então pode afirmar-se uma *presunção* a favor da liberdade de expressão. Uma *presunção* particularmente reforçada, sustenta ainda aquele Tribunal Constitucional, em relação às afirmações que atingem a honra de outrem se proferidas no contexto de uma campanha eleitoral (17). Considerações idênticas poderiam adiantar-se a propósito do exercício do direito de informação, campo privilegiado de ocorrência da *prosecução de interesses legítimos* em sentido estrito. Também aqui é o relevo da informação para a formação permanente duma opinião pública esclarecida, condição indispensável à preservação duma convivência e duma organização democrática do Estado que leva a lei a alargar o círculo dos atentados à honra tidos como tolerados. Mesmo que estes atentados ocorram através da imputação de factos não verdadeiros, desde que suposta a convicção da sua verdade e o adimplemento do dever de cuidado correspondente à *legis artis* dos profissionais de informação (18).

Ora, importará acentuá-lo, se, neste panorama e em confronto com os demais direitos e liberdades, alguma coisa singulariza o direito e a liberdade de defesa assumida pelo defensor em processo penal, é o de que tudo se conjuga em reforço das razões que aqui impõem o *reco* da tutela penal da honra. Neste sentido joga, desde logo, a carga emotiva, não raro mesmo a paixão, indissociavelmente ligada à defesa de um arguido, *maxime* em em se tratando de um arguido que se crê inocente e, por isso, injustamente acusado. No mesmo sentido joga, em segundo lugar, o disposto no já citado imperativo constitucional que impõe que ao arguido sejam *asseguradas todas as garantias de defesa* (artigo 32.º, n.º 2). Um dispositivo que denuncia a intencionalidade do legislador constituinte de assinalar a excelência e o primado que, apesar de tudo, reconhece ao *direito de defesa*. Um sinal de manifesto peso hermenêutico que o intérprete e aplicador

(17) Cf. HERDEGEN, *ob. cit.* n. 7.

(18) Cf. desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, «Direito de Informação», pág. 171 e segs.

do direito não devem desatender. Como não estão legitimados a desatender a intencionalidade normativa que lhe está subjacente.

6. Caberá agora, com os olhos já directamente voltados para o caso da consulta, identificar e enquadrar normativa e dogmaticamente as situações em que o sacrifício da honra de outrem terá de considerar-se penalmente tolerado em nome do exercício das liberdades e direitos ou da prossecução dos interesses que deixámos referenciados, *maxime* os que contendem com a efectivação do direito de defesa em processo penal. Acompanhando a doutrina dominante, se bem que despertos para as limitações e riscos que as compartimentações e categorizações abstractas e rígidas trazem invariavelmente consigo, distinguiremos três constelações típicas de hipóteses, correspondentes a outras tantas linhas de colisão.

Tal há-de valer, em primeiro lugar, para os sacrifícios da honra associados ao exercício do direito de *crítica objectiva* e cuja impunidade é unanimemente sustentada pela doutrina e pela jurisprudência. Consensual é igualmente o entendimento segundo o qual a irrelevância penal destes casos radica logo na circunstância de eles não chegarem sequer a preencher a factualidade típica dos crimes de *Difamação* e *Injúrias*. Não tendo, por isso, sentido apelar aqui para qualquer ideia de *justificação* ou exclusão da ilicitude ⁽¹⁹⁾.

É na base desta consideração das coisas que a doutrina e a jurisprudência alemãs reputam desnecessário, por carecer de conteúdo normativo próprio numa perspectiva de justificação, o inciso inicial do compósito § 193 do Código Penal Alemão. Que declara não puníveis «*os juízos críticos sobre realizações científicas, artísticas... e casos análogos*». Um regime que, de acordo com o entendimento igualmente pacífico de autores e tribunais, vale também para os actos das autoridades públicas e dos pró-

⁽¹⁹⁾ Cf. neste sentido, por todos, ROXIN, *ob. cit.* n. 30; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 193, n. 5; LENCKNER, *in*: SCHÖNKE-/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, § 193 n. 6; GEPPERT, «Wahrnehmung berechtigter Interessen», *Jura* 1985, pág. 25.

prios órgãos de soberania. E isto ao arrepio do entendimento dominante em épocas mais recuadas, de menor desenvolvimento dos modelos de convivência democrática, em que as autoridades e os agentes do poder em geral eram colocadas acima do direito de crítica. Uma representação das coisas de que chegou a fazer-se eco a jurisprudência do Tribunal do Império. Como, assinalando a viragem e dando conta da actual impositação das coisas refere HERDEGEN:

«*Tempi passati!* À luz do direito fundamental da liberdade de opinião (artigo 5.º da Lei Fundamental) é necessária uma actualização que abra toda a área da actuação das autoridades públicas e funcionários, dos tribunais e dos juízes, do parlamento e dos deputados... aos juízos da crítica» (20).

De enfatizar apenas, na linha do texto citado e pela sua relevância para o caso *sub judice*, a submissão das instâncias formais de aplicação da lei penal, nomeadamente as magistraturas do Ministério Público e Judicial, ao normal direito de crítica (21). Tanto a crítica mais ou menos inorgânica do homem da rua ou a protagonizada pelos meios de comunicação social, como a crítica académica e, sobretudo, a que é feita em nome do direito de defesa e assumida pelo advogado do arguido. Sempre com a consequência que deixámos antecipada: a irrelevância penal, por *atipicidade*, dos inerentes sacrifícios da honra. E isto, deve acentuar-se por último, independentemente da maior ou menor pertinência da crítica, do seu relevo ou acerto (22).

7. Em segundo lugar, deve considerar-se excluída a responsabilidade penal dos atentados à honra sempre que eles resultem da *realização, exercício ou defesa de direitos*. Agora devido à justificação assente na *ponderação de interesses* que o exercício do

(20) HERDEGEN, *ob. cit.* n. 14. No mesmo sentido, por todos, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 193, n. 5 e segs.

(21) Cf. também RUDOLPHI, *ob. loc. cit.*; TENCKHOFF, «Grundfälle zum Beleidigungsrecht», *Juristische Schullung* 1989, pág. 198 e seg.

(22) Cf. HERDEGEN, *ob. cit. cit.*; ROXIN, *ob. cit.* n. 30.

direito faz emergir. Esta é outra das constalações típicas expressamente previstas no § 193 do Código Penal alemão, inciso que a doutrina e a jurisprudência continuam a censurar como desnecessário e inútil. Isto em nome do dogma de que o exercício de um direito configura, de per si, uma *autónoma e geral causa de exclusão da ilicitude*. Tecnicamente mais acertada será, por isso, a solução perfilhada pelo legislador português, ao levar o exercício de um direito à constalação das causas de justificação directamente previstas na Parte Geral do Código Penal (artigo 31.º, n.º 2, b)).

Tudo está, assim, em determinar em que sentido e com que alcance o exercício de um direito — *maxime* o direito de defesa — pode justificar expressões que configurem agressões *típicas* à honra, certo de que, já o deixámos sublinhado, só as agressões típicas carecem de justificação e são dela susceptíveis. Neste contexto, e reportando-se a direitos como a liberdade de criação artística, nomeadamente através de caricaturas ou sátiras, refere, por exemplo, ROXIN:

«Em abstracto, elas lesam a exigência de consideração e respeito do atingido. Numa ponderação mais ampla e global, elas são, porém, permitidas em nome da liber-

dade de criação cultural (artigo 5.º da Lei Fundamental)». «O mesmo vale — prossegue ROXIN — para as expressões utilizadas no debate de ideias, sobretudo na arena política. No interesse da liberdade de opinião e expressão (artigo 5.º da Lei Fundamental), vital para a subsistência da democracia, elas podem atingir níveis de dureza tais que, na normalidade dos casos, isto é, se proferidas nas discussões privadas da vida quotidiana, constituiriam seguramente uma difamação punível» (23).

Em sentido convergente, acentua por seu lado HERDEGEN que «a luta política diária e a formação da opinião pública não

(23) ROXIN, *Ibidem*, n. 32.

podem processar-se sem o recurso a formulações exageradas, picantes e bombásticas» (24). Neste contexto não constituirá ilícito penal chamar «charlatão ou curandeiro» a um médico, «homem sem carácter» a um político, «pornográfica» a uma revista de análise política, «iníqua» a uma lei, «persecutória, ilegal, atrabiliária, leviana» a uma decisão judicial, «ignorante ou remendão» a um escritor, «porcaria» a uma criação cultural ou artística (25).

A eficácia justificativa do exercício de um direito em relação a agressões típicas à honra — só estas carecem e são susceptíveis de justificação — terá de valer em termos particularmente amplos e reforçados para o direito de defesa protagonizado pelo defensor. Isto em nome de considerações que tivemos oportunidade de adiantar e que contendem, já e sobretudo com a sua superior e ímpar valência jurídico-constitucional. Em termos tais que nunca poderão considerar-se ilícitas as agressões à honra aqui produzidas quando idênticas expressões ou atitudes seriam justificadas ou toleradas em domínios como a luta política, o debate parlamentar, a crítica literária, desportiva, etc. Um entendimento das coisas de que se faz expressamente eco o n.º 5 do artigo 154.º do Código de Processo Civil: «*Não se consideram ofensivas as expressões e imputações necessárias à defesa da causa*». Um preceito que, se algumas dúvidas deixa subsistir, elas prendem-se exclusivamente com a respectiva projecção dogmático-normativa. Isto é, quanto a saber se nele se prescreve um cerceamento da área de tutela típica do bem jurídico, nessa medida se reduzindo o universo das condutas em abstracto típicas («*não se consideram ofensivas*»); ou se, pelo contrário, aqui se contém apenas mais um afloramento (hoje desnecessário, *ex vi* artigo 31.º do Código Penal) da justificação em nome do exercício de um direito. Uma controvérsia que não cabe levar aqui mais longe dada a sua indiferença para o caso dos autos. Na verdade, atípicos ou justifica-

(24) HERDEGEN, *ob. cit.* n. 33. Sobre a adesão da jurisprudência alemã a este entendimento, cf. *Ibidem*, n. 15.

(25) Cf. ROXIN, *ob. loc. cit.*; HERDEGEN, *ob. loc. cit.*

dos, nunca os factos imputados ao arguido poderiam fundamentar a sua responsabilidade penal.

8. Por seu turno, é a *prossecação de interesses legítimos*, em sentido estrito, que define uma terceira e última instância de exclusão da responsabilidade penal das agressões ao bem jurídico da honra. Uma autêntica e específica *causa de justificação* que se distingue pela circunstância de derimir a ilicitude mesmo de agressões típicas à honra feitas através da *imputação de factos não verdadeiros*. Trata-se, de resto, de uma causa de justificação que opera exclusivamente no domínio circunscrito dos crimes contra a honra ⁽²⁶⁾.

Foi, por isso, avisadamente que o legislador português optou pela sua previsão e regulamentação expressas e autónomas no contexto dos crimes de *Difamação e Injúrias* (artigos 164.º, n.º 2 e 165.º, n.º 2 do Código Penal). Uma solução mais credenciada do ponto de vista técnico-legislativo face, v.g., ao regime homólogo vertido no § 193 do Código Penal alemão. Um preceito onde — já por mais de uma vez o deixámos assinalado, fazendo-nos, de resto, eco da crítica nesse sentido unanimemente feita pela doutrina germânica — a consagração normativa da *Wahrnehmung besechtigter Interessen* se integra numa amálgama de causas de exclusão da responsabilidade por atipicidade ou justificação, por via de regra redundantes e desnecessárias.

Do ponto de vista material-teológico, a *prossecação de interesses legítimos* releva do princípio geral do *risco permitido*. Daí que a sua aplicação em concreto dependa sempre do adimplemento deveres objectivos de cuidados correspondentes às *leges artis* da correspondente actividade. Para se lograr aquele «*fundamento sério, para em boa fé a reputar (a imputação do facto) como verdadeira*» exigido pelo n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal. Bem se compreendendo, por isso, que a liberdade de infor-

⁽²⁶⁾ Neste sentido, que tem o aplauso da doutrina dominante, cf., por todos, LENCKNER, *Gedächtnis. Noll*, pág. 243 e segs.; RUDOLPHI, *ob. cit.* n. 3. Em sentido diverso, propugnado por um aplicação geral da *prossecação de interesses legítimos* à generalidade das infracções, como uma causa geral de justificação, ESER, *ob. cit.*, pág. 23 e segs.

mação configure, como vimos, um dos domínios privilegiados de intervenção da derimente *prossecação de interesses legítimos*. Que, em qualquer caso não será, de todo em todo, estranha a actividades como a do defensor em processo penal ⁽²⁷⁾.

9. O percurso feito permitiu-nos fundamentar e identificar no seu conteúdo e implicações práctico-jurídicas as premissas normativas a cuja subsunção cabe levar o caso da consulta. Um exercício de que resultará, tão unívoca como evidente, a conclusão que deixámos antecipada: a impossibilidade de responsabilizar penalmente o arguido como autor de qualquer dos crimes contra a honra previstos na lei penal vigente.

Bastará, para tanto, recordar a nossa experiência quotidiana em matéria de luta política. Onde é recorrente e sistemático o recurso a expressões e juízos ostensivamente mais agressivos e contundentes do que os subscritos pelo arguido como defensor do seu constituinte. Sendo certo que ninguém pretenderia invocar aqui fundada e seriamente as incriminações da *Difamação* e das *Injúrias* para responsabilizar penalmente os seus agentes. Aqueles exageros de linguagem, mesmo quando contendem drasticamente com a honra de terceiros, são, pelo contrário, tolerados como socialmente adequados. Ora, tudo se conjuga para que o mesmo tratamento haja, *por maioria de razão*, de valer no caso dos autos: isto dada, para além da já assinalada dignidade da liberdade em causa, o carácter ostensivamente moderado das expressões utilizadas pelo arguido e que motivaram este processo.

Uma conclusão cuja plausibilidade se verá particularmente reforçada a partir duma maior aproximação às singulares expressões em questão. Em causa estão, com efeito, expressões que na sua quase totalidade não atingirão o limiar mínimo da relevância penal, por não se ajustarem sequer à factualidade típica dos crimes de *Difamação* e *Injúrias*. Será forçosamente assim em relação a afirmações como as enunciadas sob as alíneas e) e j) da consulta, por nelas não se conter qualquer atentado à honra de

⁽²⁷⁾ Desenvolvidamente, LENCKNER, *in*: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 193, n. 20.

ninguém. A primeira por se limitar a aventar uma hipótese para, por via de comparação, se emprestar maior expressividade à argumentação; a segunda por recordar apenas a evidência de que também os magistrados do Ministério Público estão submetidos ao império da lei — uma asserção porventura redundante, nunca, porém, ofensiva!

Facilmente estaremos dispostos a conceder que, descontados estes casos mais extremados, as demais asserções subscritas pelo arguido já serão susceptíveis de afrontar de algum modo a honra do magistrado que se apresenta como ofendido. Só que isso não equivale — longe disso! — a afirmar a sua relevância do ponto de vista da facticidade típica dos crimes contra a honra. Pois tal não é, só por si, bastante para ditar a sua pertinência à área de tutela típica — necessária e consabidamente lacunosa e fragmentária — daqueles crimes. Tal pertinência terá, de resto e em concreto, de considerar-se excluída porquanto as afirmações em causa se limitam a veicular *juízos de valor* que relevam daquela *crítica objectiva* que as coloca — em termos que já podemos explicitar — à margem da facticidade típica.

Bem vistas as coisas, o arguido procedeu a um empenhado e vigorosamente crítico exame da acusação, deixando completamente na sombra a pessoa do magistrado que a proferiu. E que o arguido sustenta nem sequer conhecer. Seja ou não assim, é para nós manifesto que o arguido erigiu a acusação — e não o seu autor — em objecto ou destinatário exclusivo da sua crítica. É assim quando estigmatiza a acusação como *leviana* e *insólita* (alínea *a*)), *insensata* ou *ridícula* (alínea *g*)) e *imprudente* (1)). E as coisas não merecerão outro tratamento quando a acusação é apodada de *falsa*, *malévola* ou *caluniosa* (alíneas *b*), *c*), *d*), *f*) e *g*)).

10. A conclusão pela atipicidade dos factos imputados ao arguido torna ociosa a busca de uma qualquer causa de justificação. Que não deixa, de resto, de subsistir e em termos bastantes para precludirem também e definitivamente a responsabilização penal do arguido. É o que convém recordar para a hipótese, que reputamos longínqua e meramente académica, de, apesar de tudo, se persistir em identificar nalgumas das afirmações subscritas pelo arguido a facticidade típica dos crimes de *Difamação* ou

Injúrias. Temos em vista sobretudo a justificação emergente o *exercício de um direito* (artigo 31.º n.º 2 *b*) do Código Penal) — e um direito com a eminente dignidade jurídico-constitucional do *direito de defesa*. Bem como, e sendo caso disso, a justificação da *prossecação de interesses legítimos* (artigos 164.º n.º 2 e 165.º n.º 2 do Código Penal). Nos termos e com as consequências que procurámos aturadamente explicitar.

11. As considerações expendidas permitem-nos concluir com toda a segurança que:

a) Os factos imputados ao arguido F. .../F. ... não implicam responsabilidade criminal a título de *Injúrias* (artigo 165.º do Código Penal) ou de qualquer outro crime contra a honra.

b) Desde logo, porquanto na sua quase totalidade os factos não preenchem sequer a *factualidade típica* daquelas incriminações. Uma vez porque não é possível identificar a danosidade social típica, *sc.*, o sacrifício do bem jurídico tipicamente proibido. Outras vezes porque o eventual sacrifício da honra do ofendido traduz o normal e legítimo exercício do direito de *crítica objectiva*, caindo, por isso, fora da *área de tutela típica* de incriminações como a *Difamação* ou as *Injúrias*.

c) Na medida em que, apesar de tudo, se persista em identificar nas expressões subscritas pelo arguido algumas manifestações típicas de atentado à honra, *elas estão a coberto de justificação bastante, devendo, por isso, considerar-se derimida a respectiva ilicitude penal*. Isto em nome do exercício de um direito (artigo 31.º, n.º 2, alínea *b*) do Código Penal): e um direito com a eminente e singular dignidade jurídico-constitucional do direito de defesa em processo penal, cometido ao advogado do arguido.

Tal é, s.m.j., o nosso parecer

Coimbra, Dezembro de 1990