10.47345/v8n1art7
Direito Constitucional

A liberdade de expressão no contexto desportivo: considerações metodológicas

Free speech in sports: methodological remarks

PEDRO MONIZ LOPES[i]
SARA MOREIRA DE AZEVEDO[i]

[i]Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal

Resumo:

A liberdade de expressão assume actualmente uma relevância incontornável no contexto desportivo. À sua projecção mediática soma-se um conjunto alargado de decisões judiciais, demonstrativas de uma jurisprudência oscilante. Este artigo procura explicar - e explorar criticamente - os motivos dessa oscilação. Principia-se pela análise dos vários «modelos de direitos fundamentais», verdadeiras premissas determinantes das conclusões divergentes alcançadas pelos tribunais. De seguida, é exposto o conteúdo *prima facie* da liberdade de expressão, delimitando-se um conjunto de casos desportivos onde um conflito normativo é suscitado. A análise é feita sob o pano de fundo do regime constitucional de restrições, com referência ilustrativa de jurisprudência. Por fim, a exposição centra-se na metodologia que se entende correcta para, havendo fundamento para o efeito, «desaplicar» judicialmente normas proibitivas de actos de expressão. Para efeitos exemplificativos, toma-se como referência as normas constantes do Regulamento Disciplinar da Federação Portuguesa de Futebol.

Palavras-chave:

liberdade de expressão; desporto; direitos fundamentais; restrições; ponderação

Abstract:

Free speech is undoubtedly relevant in nowadays sports. The media coverage of free speech controversies adds up to a large set of judicial decisions that portray a landscape of instability in case law. This paper aims at explaining - and critically scrutinizing - the

reasons behind such instability. It begins with the analysis of the several «models of fundamental rights», deemed as premises that condition the diverging outcomes in judicial decisions on the matter. Subsequently, the *prima facie* content of constitutional free speech is outlined together with an illustration of several cases in which normative conflicts arise. This analysis is carried out against the background of the constitutional regime of limitation of rights and past case law. Lastly, the paper focuses on the methodology that is deemed correct for the purpose of, if substantial requirements are met, a court overriding prohibitive rules of freedom of speech. Examples are taken from the provisions included in the disciplinary regulation of the Portuguese Football Federation.

Keywords:
free speech; sports; fundamental rights; limitations; balancing**.**

Submissão: 24/01/2021

Aceitação: 24/02/2021

1. Liberdades fundamentais: posição jurídica e contextualização no âmbito dos «modelos de direitos fundamentais»

1.1. Introdução e posições jurídicas

A compreensão do sentido e alcance da liberdade de expressão no contexto desportivo pressupõe a prévia delimitação conceptual de «direito fundamental», a exposição logicamente estruturada das posições jurídicas atribuídas e, por fim, a esquematização dos vários modelos de direitos fundamentais adoptados pela doutrina e pela jurisprudência.

Numa formulação sumária, embora controversa, tem sido defendido que os direitos fundamentais correspondem a posições jurídicas de vantagem atribuídas a todos ou a uma certa categoria de destinatários por normas de hierarquia constitucional que, conexionando-se em maior ou menor medida com a dignidade humana, são genericamente dirigidos ao (ou oponíveis contra o) Estado *lato sensu*[1](1) (2) (3).(4) (5)

[1] A definição apresentada, tradicionalmente seguida na doutrina, é susceptível de críticas e precisões. Para além da contestada elevação da dignidade humana a elemento agregador e caracterizador das normas

Há muito que o conceito de *direito* (e, por inerência, de *direito fundamental*) se descreveu como ambíguo[2](6) (7). Por um lado, na variante da *liberdade fundamental*, o direito fundamental corresponde a uma posição jurídica decorrente de uma norma constitucional permissiva, atributiva ao titular da discricionariedade de optar entre realizar ou abster-se de realizar uma determinada acção. Por outro lado, na variante de *direito a algo* (ou *direito-pretensão*), o direito fundamental pode reportar-se a *deveres dirigidos* resultantes de normas - impositivas de uma determinada acção ou proibitivas da realização daquela - que impendem sobre terceiros a respeito da prestação de um certo serviço ou bem (*i.e.*, geralmente, mas não exclusivamente, a cargo do Estado). Neste último caso, o titular do *direito a algo* tem *direito* à prestação como consequência correlativa do *dever dirigido* que impende sobre o destinatário da imposição ou proibição - normalmente, o Estado[3].

Os *direitos a algo* podem implicar logicamente o *direito a uma prestação positiva fáctica* (*e.g.*, o dever constitucional de providenciar cuidados médicos), o *direito a uma prestação positiva jurídica* (*e.g.*, o dever constitucional de aprovar um regime jurídico

---

de direitos fundamentais, a visão de que os direitos fundamentais são genericamente dirigidos ou oponíveis ao Estado *lato sensu* é contestada pela chamada tese da eficácia horizontal, nos termos da qual os direitos fundamentais seriam igualmente oponíveis entre *particulares*. Sobre as várias teses em confronto, cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – Do Dever de Protecção à Proibição do Défice*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 55 ss. Sob um prisma radicalmente distinto, é ainda defendido que a tese da eficácia horizontal vem resolver uma falsa questão. Segundo este entendimento, esta construção parte de uma compreensão errada da norma de direitos fundamentais: a resposta à questão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre *particulares* deve ser encontrada na estrutura normativa. Dito de outro modo, são os campos subjectivos das normas de direitos fundamentais que determinam se as mesmas se aplicam a todos os sujeitos ou apenas a uma determinada categoria. No limite, esta modelação poderá operar através de outra norma, como a constante no artigo 12.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, "Constituição") – que assume precisamente o propósito de definir o âmbito subjectivo das normas de direitos fundamentais. Em síntese, sob esta perspectiva, tudo depende da delimitação do universo de destinatários operada pelas normas do conjunto normativo constitucional, o que retira utilidade e pertinência ao enquadramento dogmático proposto pela tese da eficácia horizontal. Neste sentido, cfr. D. DUARTE, "Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application" in K. HIMMA/B. SPAIC (eds.), *Fundamental Rights: Justification and Interpretation*, 2016, Haia, Eleven International Publishing, pp. 83 ss (em especial, p. 90). Sobre o conceito de direito fundamental, cfr., entre outros, J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 47 ss.; J. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa – A Construção Dogmática*, II, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 27 ss. Mais recentemente, sobre o conceito de norma de direito fundamental, cfr. G. FABIÃO, "Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais", *Lisbon Law Review*, LVIII, n.º 2, 2017, pp. 96-97.

[2] Cfr. W. HOHFELD, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, XXVI, n.º 8, 1917, pp. 715 ss. Em literatura mais recente, a expressão é utilizada reportando-se quer a uma posição jurídica atomística, quer a um aglomerado de posições jurídicas. Sobre o tema, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2006 (tradução de V. AFONSO DA SILVA, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 180-253; FABIÃO, *LLR*, pp. 73 ss.

[3] Sobre a diferença entre liberdades e direitos a algo, cfr., paradigmaticamente, ALEXY, *Theorie*, pp. 193 ss; 218 ss.

que compreenda um determinado salário mínimo), o *direito a uma omissão fáctica* (*e.g.*, o dever constitucional de abstenção de prejudicar, em termos empíricos, o direito ao trabalho) ou o *direito a uma omissão jurídica* (*e.g.*, o dever constitucional de omitir a edição de regimes jurídicos que afectem desproporcionalmente o núcleo do direito à educação).

Embora a delimitação rigorosa das fronteiras das posições jurídicas permaneça uma questão em aberto, as dúvidas não surgem tanto a respeito do correlativo dos *direitos a algo* - que são, em termos mais ou menos consensuais, configurados como *deveres dirigidos* -, mas sim do correlativo das liberdades, matéria relevante para o tema que se aborda no presente artigo[4](8) (9) (10) (11) (12).

É pouco claro se o dever de terceiros se absterem de interferir em liberdades fundamentais é uma consequência lógica da posição jurídica de liberdade *per se*. Dito de outro modo, o dever de abstenção de interferência - que impenderia sobre terceiros e que, por sua vez, seria dirigido ao *liberty-holder* - é tudo menos uma evidência[5](13). Em todo o caso, e sem pretensões de exaustividade do assunto na economia deste artigo, parece óbvio que o destinatário de uma norma permissiva que consagra a liberdade fundamental *x* tem o *direito* às condições fácticas necessárias para ter a oportunidade de realizar a liberdade a *x*. Em termos explicativos, dir-se-á que quem tem liberdade para realizar a conduta *x* terá de ter *prima facie* direito às - e os demais terão de ter *prima facie* o dever de não afectar as - condições fácticas necessárias, sem as quais a liberdade se tornaria espúria[6]. Assim, e a título de exemplo, a liberdade de imprensa pressupõe

[4] A título de exemplo, HOHFELD tomava como correlativo da liberdade (*liberty*) o não-direito (*no-right*). Assim, ser titular de um não-direito significaria, tão-somente, não ter qualquer direito a que determinada acção se realizasse ou não se realizasse. Cfr. W. HOHFELD, "Some Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, XXIII, n.º 1, 1913, pp. 25 ss. Partindo-se desta visão, foi amplamente difundida a distinção ente liberdades protegidas (*protected liberties*) e liberdades não protegidas (*bare* ou *single liberties*) – as primeiras corresponderiam à conjugação de uma liberdade, concedida por uma norma jurídica, com qualquer outra posição jurídica concedida por outra norma, que teria o efeito de conceder *protecção*; as segundas não estariam protegidas por qualquer posição jurídica prevista noutra norma. Os partidários desta distinção tendem a considerar que as liberdades só adquirem utilidade prática quando configurem liberdades protegidas; contudo, nesse caso, já não serão realidades indivisíveis do sistema (posições jurídicas atomísticas) mas, pelo contrário, *clusters* de posições jurídicas. Sobre o tema, a título de exemplo, cfr. J. THOMSON, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, pp. 37-60 e 272-293; G. RAINBOLT, *The Concept of Rights*, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 30-34; G. WILLIAMS, "The Concept of Legal Liberty", *Columbia Law Review*, Vol. 56, No. 8, 1956, pp. 1142-1150; A. HALPIN, "Fundamental Legal Conceptions Reconsidered", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVI, No. 1, 2003, pp. 53-54.

[5] Sobre o tema, entre tantos outros, cfr. A. HALPIN, *Rights and Law: Analysis and Theory*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 27-43.

[6] Independentemente de a liberdade poder ou não ser considerada uma posição jurídica atomística – tema que não será detidamente analisado neste artigo. De todo o modo, remete-se para a já apresentada distinção entre liberdades protegidas e não protegidas (cfr. nota n.º 4).

necessariamente que os órgãos de comunicação social não sejam controlados pelo Estado e a liberdade religiosa pressupõe, em certa medida, um *direito* às condições necessárias para livremente professar um credo.

Em suma, o *liberty-holder*, para ter oportunidade de realizar uma liberdade «constitucionalmente protegida», terá necessariamente de beneficiar, directa ou indirectamente, de:

(i) uma abstenção de interferência de terceiros, na medida em que tal omissão seja *conditio sine qua non* do exercício da liberdade fundamental;

(ii) a adopção de condutas positivas (que geralmente impendem sobre o Estado), na medida em que tais acções positivas sejam uma *conditio sine qua non* do exercício da liberdade fundamental[7](14).

1.2. Modelos de direitos fundamentais

Vários «modelos de direitos fundamentais» - alguns antagónicos entre si, quanto a vários aspectos - têm sido trabalhados pela teoria e jurisprudências constitucionalistas como pressupostos teóricos da aplicação de normas de direitos fundamentais a casos concretos (na terminologia norte-americana, a *adjudication* de direitos fundamentais). Em termos gerais, estes modelos resultam de enquadramentos de referência que salientam específicas características *(i)* quer da estrutura das normas de direitos fundamentais, *(ii)* quer da limitação de direitos fundamentais pela edição de legislação parlamentar ou governamental, *(iii)* quer do específico processo de «adjudicação» de direitos fundamentais.

De entre os vários modelos de direitos fundamentais, quatro devem ser mencionados: a teoria interna, a teoria externa e, posteriormente, a *Prinzipientheorie* (um subtipo de teoria externa) e a teoria dos *rights as trumps*. A *Prinziepientheorie*, tornada famosa por ROBERT ALEXY, é um subtipo de teoria externa e tem ganho progressivamente aderentes, embora mais ao nível da exposição teórica do que no plano da aplicação

[7] Em termos próximos, ainda que seguindo uma abordagem ligeiramente distinta, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO destaca que o âmbito de protecção da liberdade de expressão envolve, entre outros aspectos, tanto o direito a não ser impedido de se exprimir e divulgar, pelos meios a que se tenha acesso, ideias e opiniões, como a liberdade de comunicar ou não comunicar o seu pensamento. Cfr. J. DE MELO ALEXANDRINO, "Anotação ao artigo 37.º", in J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 615.

prática[8](15). Distintamente, o modelo *rights as trumps*, desenvolvido por RONALD DWORKIN, ainda que não seja totalmente incompatível com a *Prinzipientheorie*[9], deve ser mencionado por descrever os direitos fundamentais como interesses tão fortes, tanto do ponto de vista jurídico como do ponto de vista moral, que o Estado simplesmente *erraria* se os subvertesse em favor de uma maioria democraticamente legitimada[10](16).

Antes de uma exposição mais detalhada sobre a *Prinzipientheorie* e o modelo *rights as trumps*, deve ser traçada uma linha divisória entre a teoria interna e a teoria externa. A linha demarcadora assenta na temática da *limitação de direitos* e leva a aproximações práticas totalmente distintas, dependentes dos pressupostos teóricos adoptados por cada um. Só após a compreensão dessa demarcação faz sentido a exposição da *Prinzipientheorie* e do modelo *rights as trumps*.

1.2.1. A teoria externa

A teoria externa pressupõe que os direitos fundamentais, entendidos *lato sensu*, como qualquer tipo de direitos, são *limitáveis*[11](17). A *limitação* de direitos fundamentais, por sua vez, pressupõe a compreensão de dois conceitos:

(i) o de posição *prima facie*, no sentido de que as posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais não são definitivas, estando sujeitas a potenciais limitações externas;

(ii) o de limitação das posições jurídicas *prima facie*, protagonizadas pelos conhecidos *normative defeaters*; a limitação a posições jurídicas *prima facie* pode ocorrer através da afectação do âmbito de destinatários da norma, do âmbito da acção regulada pela norma ou do conjunto de ocasiões em que a acção pode ser praticada.

De acordo com a teoria externa, a resolução de problemas de direitos fundamentais pressupõe a adopção de dois passos distintos.

Em primeiro lugar, é necessário extrair a norma jurídica do respectivo enunciado através de um processo de descodificação semântica, abstraindo-se da eventual aplicação

[8] Cfr. ALEXY, *Theorie*, pp. 31 ss; R. ALEXY, "On the Structure of principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 294 ss.

[9] Veja-se, todavia, as críticas à *Prinzipientheorie* movidas por JORGE REIS NOVAIS em REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 323 ss.

[10] Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. xi, 184 ss 364 ss.

[11] Com uma exposição da teoria externa idêntica à apresentada, cfr. M. BOROWSKI, "La Restricción a los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, año 20, n.º 59, pp. 31 ss. Entre nós, cfr., paradigmaticamente, REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 289 ss.

de outras normas ao caso (*i.e.*, sem consideração pela implicação sistémica da norma, na sua conjugação com as demais normas convergentes no caso). Essa norma é atributiva ao respectivo destinatário de uma posição jurídica *prima facie*.

Em segundo lugar, importa perceber, então, se outras normas de direitos fundamentais são aplicáveis ao caso e se as mesmas conflituam com a primeira. Se tal ocorrer, é possível que a norma de direitos fundamentais de partida, aplicável *prima facie* ao caso, seja derrotada por outra norma de direitos fundamentais conflituante. Por outro lado, é possível que normas infraconstitucionais, editadas por autoridades legislativas (e, subsequentemente, num recorte mais fino, por normas regulamentares), já tenham limitado posições *prima facie* concedidas por normas de direitos fundamentais, favorecendo posições *prima facie* concedidas por outras normas de direitos fundamentais. Nesse caso, a produção da norma infraconstitucional consubstanciará o resultado de uma *ponderação abstracta definitiva* (*i.e.*, de uma ponderação realizada pela autoridade normativa, ao tempo da produção de normas, entre as referidas normas de direitos fundamentais)[12](18), pelo que importará apurar se a norma infraconstitucional, que opera como uma escolha *conflict-solver* das normas de direitos fundamentais conflituantes, respeita os critérios formais, procedimentais e substanciais do sistema normativo de direitos fundamentais, pontificando a análise sobre a (des)proporcionalidade da restrição[13].

1.2.2. A teoria interna

De modo radicalmente distinto, a teoria interna pressupõe que as posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais estão determinadas *ab initio* e delimitadas com fronteiras precisas, apuradas através de operações cognitivas de interpretação[14]. Essas fronteiras não são delineadas através de limites externos decorrentes de outras normas, mas através dos chamados *limites imanentes*. A revelação destes limites é alcançável através da interpretação, não tendo qualquer cabimento, nesta sede, o conceito de limitação externa: trata-se apenas de determinar se o *âmbito aparente* do direito é co-extensivo com o *verdadeiro* âmbito do direito.

[12] Sobre este conceito, J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 187.

[13] A questão será retomada adiante, a propósito do regime constitucional de restrições.

[14] Com uma exposição sumária da teoria interna, cfr. BOROWSKI, *REDC*, pp. 32 ss. Entre nós, cfr., paradigmaticamente, REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 289 ss.

Ao invés de as normas produzidas pelo legislador serem percepcionadas como uma *escolha* ou uma *ponderação abstracta*, segundo esta teoria, as normas infraconstitucionais limitar-se-iam a *revelar* o verdadeiro âmbito das normas de direitos fundamentais. Por outro lado, os eventuais conflitos entre normas constitucionais seriam meramente aparentes, dissipando-se após a delimitação do âmbito de protecção da norma. Assim, neste último caso, de acordo com a teoria exposta, a norma que consagra a liberdade expressão poderia não ser aplicável a um caso em que fossem proferidas afirmações falsas e injuriosas. Ao invés de se estar perante um eventual conflito entre disposições constitucionais - a que consagra a liberdade de expressão e a que consagra o direito à honra, podendo uma actuar como *normative defeater* da outra -, apenas seria aplicável à referida hipótese a norma que consagra o direito à honra. Não existiria conflito algum entre essa norma e a que consagra a liberdade de expressão, uma vez que esse específico exercício não estaria coberto pelo âmbito de protecção da norma[15](19).

Não custa compreender, com base nesses pressupostos, que a teoria interna esteja progressivamente a perder aderentes, dado que se tem demonstrado incapaz de contradizer as críticas formuladas, quer à teoria cognitiva da interpretação constitucional na qual assenta - uma teoria que sustenta que é possível determinar o *verdadeiro significado* de um enunciado constitucional[16](20) -, mas também (e especialmente) a objecção segundo a qual esta teoria simultaneamente encapsula e escamoteia a ponderação entre normas de direitos fundamentais (sem lhe fazer qualquer alusão, do mesmo passo que as *hierarquiza*), no âmbito de um *processo opaco de interpretação* levado a cabo por decisores constitucionais, legislativos e judiciais, que se demonstra muito pouco apto para o escrutínio democrático[17](21).

---

[15] Neste sentido, fornecendo precisamente o exemplo da invocação da liberdade de expressão para, através de afirmações falsas, injuriar outrem, cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 271.

[16] Cfr., por todos, R. GUASTINI, "Una Teoria Cognoscitiva de la Interpretación", *Isonomia*, n.º 29, 2008, pp. 16 e ss.

[17] Concretizando, esta visão desconsidera a distinção entre três operações intelectuais distintas: *(i)* a etapa de descodificação linguística do enunciado normativo; *(ii)* a etapa de identificação de outras normas aplicáveis ao caso e da eventual emergência de um conflito normativo; *(iii)* a etapa da resolução do conflito normativo identificado. O mesmo se passa no caso de uma restrição a uma norma de direito fundamental operada por uma norma infraconstitucional: uma coisa é a tarefa interpretativa que culmina com a extracção da norma de um determinado enunciado normativo (seja a constitucional, seja a infraconstitucional); outra respeita à aferição da admissibilidade da restrição da restrição de uma norma constitucional em virtude do *favorecimento* de outa, o que suscitará, no decurso da aplicação do princípio da proporcionalidade, uma ponderação entre as normas constitucionais chamadas à colação pela referida norma infraconstitucional. A questão será retomada adiante. Distinguindo as diferentes operações intelectuais em causa e concebendo os conflitos normativos como um fenómeno pós-interpretativo, cfr. R. GUASTINI, "Antinomias y Lagunas", *Jurídica – Anuario del depaetamento de derecho de la universidad iberoamericana*, n.º 29, 1999, p. 437.

Apresentadas as ideias essenciais das duas teorias, importa constatar que qualquer uma das duas tem sido adoptada por diversos autores em termos não exactamente coincidentes com o seu sentido arquetípico e puro[18]. Aliás, por vezes, e de forma não inteiramente coerente, as construções de modelos de direitos fundamentais apresentadas comportam postulados de ambas as visões. Parece ser este o caso de VIEIRA DE ANDRADE, ao dividir as hipóteses de limitação dos direitos fundamentais em quatro situações distintas:

(i) a delimitação do âmbito de protecção constitucional do direito, alcançável mediante interpretação e responsável por restringir *à partida* o âmbito de protecção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *em abstracto* constitucionalmente inadmissíveis;

(ii) as restrições legislativas, que apenas operariam nos casos expressamente previstos na Constituição, de acordo com o regime previsto no respectivo n.º 2 do artigo 18.º;

(iii) as leis harmonizadoras, que consagram, de forma geral e abstracta, soluções ou critérios para resolução de conflitos, visto não estarem constitucionalmente autorizadas a restringir direitos;

(iv) a resolução de conflitos entre direitos em casos concretos[19].

Embora VIEIRA DE ANDRADE rejeite expressamente "*um modelo «pré-formativo», que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis (…) (nos termos da chamada «teoria interna»)*", acaba por aderir aos postulados desta visão, afirmando também que "[p]*referimos, por isso, considerar a existência de limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas pensáveis do seu exercício*"[20].

[18] Como visto, a *Prinzipientheorie*, que será analisada de seguida, corresponde a um desenvolvimento da teoria externa.

[19] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, pp. 261 ss.

[20] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, p. 265 e p. 272.

Assim, o autor defende uma posição segundo a qual - e ainda que apenas em circunstâncias particulares - a força compressora do âmbito de aplicação de uma norma não é protagonizada por um *normative defeater*, cabendo esse papel ao intérprete-aplicador aquando da interpretação do enunciado normativo. Ainda que o reconhecimento de limitações *externas* configure uma cedência à teoria *externa*, a manutenção da noção de *limites imanentes* - conceito oriundo da teoria *interna* -, e a preferência pela via explicativa que coloca a tónica na tarefa interpretativa de delimitação do âmbito de protecção da norma consubstanciam uma adesão aos pressupostos teóricos da teoria *interna*.

Repare-se que esta posição - de natureza híbrida, por fundir dois modelos explicativos tidos por inconciliáveis - não constitui uma excepção na doutrina portuguesa sobre o tema. Mesmo autores como JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, que rejeitam expressamente a teoria interna, admitem a "*demarcação de um determinado direito, com o objetivo de excluir dele aquelas condutas ou pretensões que manifestamente não merecem tutela constitucional - operação que é realizada no plano interpretativo, com base nos subsídios interpretativos disponibilizados pela Constituição, mas com prováveis projeções legais* (…)"[21](22). Estes autores partem explicitamente do pressuposto de que é possível rejeitar a teoria *interna* afastando-se, em simultâneo, a denominada de tese *irrestrita* ou *ampla* da previsão normativa. No seu entendimento, a referida tese - corolário da distinção forte entre regras e princípios e da consequente qualificação das normas de direitos fundamentais como princípios[22] - conduziria a "*situações juridicamente claudicantes*", na medida em que "*potencialmente tudo são conflitos jusfundamentais carecidos de ponderação e, em última análise, verdadeiras restrições*", "*fechando a possibilidade de uma exclusão prévia do âmbito de proteção do direito de condutas e pretensões que claramente não merecem qualquer tipo de tutela constitucional*"[23].

Por outro lado, JORGE REIS NOVAIS, embora se arrogue a defesa de uma variante da teoria *externa*, constrói a sua teoria em torno do intrincado conceito de *reserva imanente de ponderação*. A dimensão *imanente* da ponderação parece pressupor que o *conflito da*

[21] Cfr. J. MIRANDA / J. PEREIRA DA SILVA, "Anotação ao artigo 18.º", in J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 258, 267 e 270 ss.

[22] Sendo certo que tanto a tese *ampla* da previsão como a *Prinzipientheorie* respeitam a construções de ROBERT ALEXY, é discutível que a rejeição desta última dite a indefensabilidade da primeira (pelo menos, na sua globalidade).

[23] Cfr. MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 270 ss.

norma a ponderar é necessário (imanente ou inato) e não contingente, quando a realidade demonstra que, por exemplo, a liberdade de expressão se pode aplicar sem ponderação, quando outra norma de direito fundamental não vem ao caso. Por outro lado, e a título de consequência, a tónica dessa *imanência* é colocada individualmente na estrutura ou posição de cada norma de direito fundamental individualmente considerada e não nas implicações sistémicas da mesma, na relação concorrencial ou conflitual com outras normas do sistema[24](23).

1.2.3. A *Prinzipientheorie*

A *Prinzipientheorie* é o moderno *ex libris* da teoria externa. Assenta numa teoria «forte» de distinção das normas de direitos fundamentais entre princípios e regras e na definição rigorosa do subsequente método de ponderação entre normas conflituantes[25](24). A teoria é construída sobre a famosa *distinção lógica* de DWORKIN entre regras e princípios, focada em predicar aos princípios uma dimensão específica de *peso* e em considerar que as regras são comandos definitivos que se aplicam, fora nos casos de invalidade ou excepção, *come what may*[26]. A *Prinzipientheorie* pretende calibrar essas afirmações de DWORKIN - algumas incorrectas, *e.g.*, a definitividade das regras, sem consideração pela sua derrotabilidade em determinadas circunstâncias -, sustentando que:

(i) as regras se aplicam a *algo determinado*, são usualmente comandos definitivos de modo *all or nothing* e a sua forma de aplicação é a subsunção;

(ii) os princípios são *comandos a optimizar* (dado que exigem que algo seja realizado na sua máxima extensão fáctica e juridicamente possível), estão sujeitos a uma aplicação *gradual* (de mais ou menos) e consubstanciam meras razões contributivas para a acção, dado que a sua forma de aplicação é a ponderação (com normas conflituantes)[27](25).

---

[24] Cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 72 ss e 84 ss.

[25] De acordo com a *Prinzipientheorie*, as normas de direitos fundamentais são geralmente, embora não exclusivamente, princípios. Esta afirmação, naturalmente, é sujeita a um escrutínio empírico e depende da Constituição em questão, embora genericamente se considere correcta. Questão diferente respeita a saber se existe uma conexão necessária entre o princípio da proporcionalidade, a teoria dos princípios e as normas de direitos fundamentais, mesmo quando qualificadas como regras. Sobre o assunto, cfr. R. ALEXY, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus*, 22, 2014, pp. 51-65 (em especial, pp 60 ss).

[26] Cfr. DWORKIN, *Taking*, pp. 22-31 e 71-80.

[27] Cfr., entre outros escritos, ALEXY, *RJ*, pp. 295-297 e 300-301. Para uma crítica, cfr. P. MONIZ LOPES, "The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles", *Ratio Juris*, vol. 30, n.º 4, 2017, pp. 471-490.

A *Prinzipientheorie* não pode ser totalmente compreendida sem recurso ao princípio da proporcionalidade - *i.e.*, o princípio que regula a relação entre «meios» e «fins» - em cenário de conflito entre direitos fundamentais. Sustenta-se que, para ser constitucionalmente legítima, uma medida legislativa que determine uma limitação normativa a um direito fundamental deverá passar os testes, sequenciais e eliminatórios, da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Este último teste espelha o exercício de ponderação entre o princípio que suporta a limitação normativa ao direito fundamental (*Pj*) e o princípio que se lhe opõe (*Pi*). O exercício ponderatório assenta nas duas leis da ponderação de ALEXY que subjazem à *fórmula do peso*: *(i)* a lei substantiva da ponderação, segundo a qual *quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, maior a importância de satisfazer o princípio conflituante*; e *(ii)* a lei epistémica da ponderação, segundo a qual *quanto maior a interferência num princípio, maior deve ser a fiabilidade dos pressupostos empíricos em que essa interferência assenta*[28](26).

A *fórmula do peso* da *Prinzipientheorie* não é, como se verá, uma fórmula que magicamente reporta o resultado de uma ponderação entre normas conflituantes de direitos fundamentais. É, distintamente - e daí o equívoco subjacente às várias críticas formuladas -, um enquadramento racional que procurar delimitar fronteiras e parâmetros para determinar o peso relativo concreto entre dois princípios conflituantes, *Pi* and *Pj*[29](27) (28) (29) (30).

---

[28] A fórmula do peso corresponde à representação matemática dos juízos de ponderação regidos pelas duas leis da ponderação. Cfr., entre outros escritos, R. ALEXY, "La fórmula del peso", in M. CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 14 ss.

[29] A fórmula tem simultaneamente um poder explicativo, descritivo e prescritivo. Inicialmente desenhada como uma «reconstrução descritiva» dos raciocínios subjacentes às decisões do *Bundesverfassungsgericht*, também funciona como uma explicação sólida do funcionamento dos princípios, bem como um parâmetro de validade de exercícios ponderatórios. Naturalmente, a fórmula foi destinatária de críticas certeiras, que continuam até este dia. Não cabe na economia deste artigo a descrição dessas críticas. Salienta-se a *(i)* objecção da racionalidade, de JÜRGEN HABERMAS, contraditada com o argumento da «hiperracionalidade», que desconsidera os limites da racionalidade e a *(ii)* objecção institucional de ERNST-WOLFGANG BÖCKENFORDE, respondida com afinações dos elementos epistémicos da fórmula e a teoria dos princípios formais. Cfr., quanto às críticas, J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992 (tradução de W. REHG, *Between Facts And Norms: Contributions To A Discourse Theory Of Law And Democracy*, New Baskerville, The MIT Press, 1996, pp. 253 ss – em especial, p. 259; E. BÖCKENFORDE, "Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights", in *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, I, New York, Oxford University Press, 2017, pp. 235 ss. Enunciando os vários tipos de críticas à sua teoria e respondendo, em especial, à objecção da racionalidade, cfr. R. ALEXY, "The Construction of Constitutional Rights", *Revue française de droit constitutionnel*, volume 91, issue 3, 2012, pp. 465 ss. Desenvolvendo a teoria dos princípios formais, cfr. R. ALEXY, "Formal Principles: Some replies to critics", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, Issue 3, 2014, pp. 511 ss.

1.2.4. O modelo *rights as trumps*

Embora o reconhecimento quase universal da sua sofisticação, a *Prinzipientheorie* - baseada na distinção marcada entre posições jurídicas *prima facie* pré-ponderação e posições jurídicas *all-things-considered* pós-ponderação - levantou inúmeras críticas a respeito de um alegado pressuposto de «tudo ponderar», nomeadamente ao pressupor a comparação de peso entre direitos fundamentais que, de acordo com um determinado ponto de vista, simplesmente não devem ser ponderados. Em apoio desta visão, o enquadramento metafórico dos direitos fundamentais como *trunfos*, difundido por RONALD DWORKIN, embora anteceda cronologicamente a *Prinzipientheorie*, tem revivescido para sustentar que determinados direitos fundamentais se encontram tão próximos da dignidade da pessoa humana que, para referir as palavras de RONALD DWORKIN, devem simplesmente transcender o "*tipo de argumento relativista de* trade-off *que geralmente justifica a acção política*"[30] (31) (32). Na metáfora, o processo democrático e deliberativo é descrito como um jogo de cartas no qual os direitos fundamentais são *cartas de trunfo*, ou seja, cartas que ganham a quaisquer cartas opositoras dado que simplesmente são de um *ranking* diferente[31].

Independentemente da discussão mais ampla sobre se a derrotabilidade é uma propriedade essencial de normas jurídicas (incluindo as constitucionais)[32](33) (34), ou do relativismo filosófico como pré-condição da democracia[33](35), tem sido sustentado que, por vezes, os custos colectivos de um determinado direito fundamental consagrado na Constituição - embora não necessariamente os custos de meros interesses colectivos ou sociais - deve simplesmente ser suportado pela sociedade em geral. Esta visão liga-se, no contexto norte-americano, à protecção quase sagrada da *First Amendment* (liberdade de expressão), tal como aplicada pelo *Supreme Court.* Na visão de DWORKIN, por ser co-constitutiva da democracia liberal, a liberdade de expressão deve ser protegida ao ponto

[30] Cfr. R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, New Jersey, Princeton University Press, 2008, pp. 30-31; K. MÖLLER, "Dworkin's Theory of Rights in the Age of Proportionality", *Law & Ethics of Human Rights*, n.º 12, 2018, p. 284.

[31] Cfr. DWORKIN, *Taking*, pp. xi, 184 ss e 364 ss.

[32] Sobre o tema, cfr. P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas – o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, I, Lisboa, AADFL Editora, 2019, pp. 213 ss e, ainda, os vários estudos incluídos em J. BELTRÁN/G. RATTI, *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

[33] Paradigmaticamente, cfr. H. KELSEN, "Foundations of Democracy", *Ethics*, Vol. 66, n.º 1, 1955, pp. 14 ss.

de admitir que até os negacionistas do holocausto devem ter liberdade opinativa, por mais desprezível que a sua afirmação possa soar[34](36).

É discutível se o modelo *rights as trumps* é incompatível com a *Prinzipientheorie* - ou, pelo menos, com a maioria das exigências desta última. Em termos estritamente técnicos, o modelo *rights as trumps* parece trivial quando pressupõe a prevalência de normas constitucionais sobre legislação que as contradite. Numa apreciação *triangular* da constitucionalidade de normas legislativas - *i.e.*, o caso em que uma medida legislativa limita um direito fundamental em favor de outro - o modelo *rights as trumps*, embora filosoficamente sofisticado, pouco mais faz do que adicionar importância ao peso abstracto de um direito fundamental sobre outro: aquele que é um *trunfo maior*.

2. A liberdade de expressão: aspectos fundamentais

2.1. Enunciado e conteúdo *prima facie* da norma

Nos termos do n.º 1 do artigo 37.º da Constituição, «[t]*odos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (…)*. A distinção entre *expressão* e *divulgação* é pouco clara: parece, todavia, que, com base na diferenciação entre o universo de destinatários e a intenção subjacente a cada uma das acções, a *expressão* pressupõe a *divulgação*, mas não vice-versa. Em todo o caso, e deixando de lado a acção de divulgar, é consensual que a norma em causa consagra uma posição jurídica de *liberdade* quanto à acção genérica *expressar-se*.

A liberdade de expressão é uma liberdade de todos e para todos (e não de alguns e para alguns), conclusão reforçada pela leitura do n.º 1 do artigo 12.º da Constituição[35]. A referência não é pleonástica, face ao que por vezes se assiste empiricamente: a definição de *rankings* de titulares, seja em função de meio económico, cultural ou social, seja em

[34] Cfr. R. DWORKIN, "Even bigots and holocaust deniers must have their say", artigo de 14 de Fevereiro de 2006, *The Guardian*, disponível em https://www.theguardian.com/world/2006/feb/14/muhammadcartoons.comment

[35] Neste sentido, demonstrando como a determinação dos destinatários das normas resulta ou do conteúdo da própria norma ou do disposto em normas do conjunto normativo que assumem precisamente a função de delimitação do universo subjectivo de outras normas, como é o caso do artigo 12.º da Constituição, cfr. DUARTE, *Fundamental Rights*, 2016, pp 83 ss.

função da profissão, seja - talvez o pior - em função do prognóstico que *alguns* fazem sobre a qualidade da expressão de *outros*[36](37).

Muito contrariamente, além de a «qualidade da expressão» ser irrelevante para a liberdade do seu exercício, facto é que a profissão, o meio cultural ou a «posição social» do locutor, entre outras, - embora possam, em determinados casos, consubstanciar um factor relevante numa ponderação com normas conflituantes - não são determinantes da delimitação do conteúdo *prima facie* do direito. Entender-se abstractamente que o discurso de um académico reputado é mais *livre* do que o de um desportista - porque, eventualmente, será estatisticamente *melhor*, de acordo com um qualquer critério - é ser presa fácil do erro da indução.

Não está em causa apenas a específica função da liberdade sob o pano de fundo da impossibilidade sincrónica de definir o *bom* ou o *mau* do discurso (*e.g.,* o discurso de Galileu foi, à data, mal recebido). É sabido que a censura de discursos incómodos ou fracturantes no passado teria, com elevada certeza, impedido o progresso social. Mas trata-se de mais do que isso: a própria democracia, na relativização pluralista de verdades dogmáticas que pressupõe, impede uma apreciação (ainda para mais, imediata) do conteúdo do discurso que não infrinja - ou não *infrinja suficientemente* - posições jurídicas fundamentais contrapostas.

Se a renúncia a um critério absoluto de verdades, ditado por elites esclarecidas, é condição da democracia liberal, não o é menos a *moral agency*, enquanto capacidade de um indivíduo livre realizar juízos morais baseados numa determinada noção de certo ou errado e, subsequentemente, ser responsabilizado (*accountable*) por esses juízos. Como DWORKIN sustentou, *"each individual's having a sphere of independent decision-making around moral issues is a precondition of democracy itself, and that freedom of expression is closely tied to facilitating that sphere"*[37](38). A proibição de censura da expressão *prima facie* livre é, nessa medida, uma proibição geral, oponível quer ao Estado, quer - nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição - aos demais cidadãos, com particular enfoque nos «poderes sociais» (*e.g.*, igrejas, partidos, organizações profissionais, empresas, federações desportivas, etc.)[38](39).

---

[36] A título de exemplo: "*the plain fact is that not all free speech is good speech. Which means that freedom of speech is not always a sound or just public policy*.". cfr. W. BERNS, *Freedom, Virtue and the First Amendment*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1957, p. 125.

[37] Cfr. R. DWORKIN, *Freedom's Law,* Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 25-26.

[38] Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º*, I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 574. De acordo com JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, a proibição de censura constitui simultaneamente um corolário e uma garantia da liberdade

Significa isto uma adesão à concepção extrema segundo a qual até os *holocaust deniers* têm direito à expressão dessa ideia? Não necessariamente, pelo facto de uma posição jurídica *prima facie* não equivaler a uma posição jurídica *all things considered* e algum «parâmetro gradual» de certeza deverá servir para a entidade democraticamente legitimada (o juiz) definir limites. A censura constitucionalmente proibida, pelo n.º 2 do artigo 37.º da Constituição, é uma censura abstracta, previamente determinada e *content-independent*. Não se equivale aos limites da liberdade de expressão, precisamente os limites, a aferir casuisticamente, que são pressupostos pelas sanções constitucionalmente previstas nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. Como SCHAUER afirma, o argumento de não cortar possíveis fontes de conhecimento ou evolução pela raiz, através da censura, é falacioso: *"to cut off access to possible knowledge is undoubtedly a harm, But the question to be asked is whether we should take a large risk in exchange for what may be a minute possibility of benefit. Unfortunately, we cannot be sure we have properly weighed the harms and benefits unless we know what benefits the suppressed opinion might bring. And this is impossible to assess so long as that opinion is suppressed. Therefore we are merely guessing when we suppress; but we are also guessing when we decide not to suppress"*[39](40). O juízo probabilístico inerente ao grau de certeza empírica do «mal» (uma metáfora para a interferência em direitos fundamentais conflituantes com a liberdade de expressão) joga aqui um papel fundamental. Mas, como se verá, isso não é outra coisa senão a antecipação, por SCHAUER, da variável da *fiabilidade empírica* (a variável «R»), subjacente à ponderação sustentada na *Prinzipientheorie*.

Quanto ao meio de expressão, o mesmo é indistinto à luz da norma enunciada no n.º 1 do artigo 37.º da Constituição, assim como é indistinto *aquilo* que se veicula com a acção *expressar-se*. Como entendem JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em posição frontalmente contrária à teoria interna, o âmbito da liberdade - *prima facie*, acrescente-se - deve ser o mais extenso possível, de modo a englobar *"opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posição, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto (questões políticas, económicas, gastronómicas, astrológicas) e qualquer que sejam as finalidades (influência da opinião pública, fins comerciais) e os critérios da valoração (verdade, justiça, beleza, racionais, emocionais,*

de expressão, consistindo num limite às possibilidades de afectação dessa norma de direito fundamental, cfr. MELO ALEXANDRINO, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 620.

[39] Cfr. F. SCHAUER, "Free Speech: a Philosophical Enquiry", in J. H. GARVEY / F. SCHAUER (eds.), *The First Amendment: a Reader*, 3.ª reimp., St. Paul, West Group, 2004, p. 71.

cognitivos, etc.)"[40]. Todas estas acções específicas se reconduzem à acção genérica *expressar-se*[41](41).

Se a previsão da norma que consagra a liberdade de expressão abrange todas as acções específicas reconduzíveis à acção inespecífica *expressar-se*, então existem múltiplos casos genéricos enquadráveis no exercício da liberdade de expressão - e que, consequentemente, suscitam a aplicação desta norma. Por outras palavras, verifica-se uma instanciação da norma que permite a acção *expressar-se* tanto quando uma figura pública expressa uma posição ideológica, como quando um jornalista denuncia um caso de corrupção ou um artista plástico apresenta a sua mais recente instalação. O mesmo vale para a publicação de um livro de crónicas por um humorista ou a crítica a uma federação desportiva por um dirigente desportivo.

Assim, a consequência da delimitação *prima facie* dessa liberdade é, naturalmente - e como salientado acima -, o direito *prima facie* de todos os *liberty-holders* à abstenção proporcional de interferência nas condições logicamente necessárias para o exercício da liberdade de exprimir essas opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posição, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto. Tal implica também o direito *prima facie* à adopção proporcional de condutas positivas que consubstanciem uma *conditio sine qua non* do exercício dessa liberdade fundamental. Por fim, os destinatários do correlativo da liberdade - em particular do dever de abstenção de interferência -, como aludido acima, são, não apenas o Estado, mas também as pessoas físicas e colectivas privadas, nomeadamente as federações desportivas[42].

2.2. A liberdade de expressão no contexto desportivo: delimitação das questões

O presente estudo tem como foco o exercício da liberdade de expressão no contexto desportivo e, em especial, as normas infraconstitucionais que estabelecem uma *ponderação abstracta* entre normas de direitos fundamentais. Em face desta delimitação, não obstante a existência de outros casos paradigmáticos, serão detidamente analisados

[40] Cfr. GOMES CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição*, p. 572.

[41] Sobre acções específicas e inespecíficas, cfr. J. RAZ, "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, pp. 836-839; MONIZ LOPES, *RJ*, pp. 471-490.

[42] Em termos próximos ao assumido em texto, de acordo com JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, a liberdade de expressão pode ter como titulares tanto pessoas singulares como colectivas, sendo os *sujeitos passivos* não só o Estado e todos os demais poderes públicos (nos quais se incluem, face às suas atribuições, as federações desportivas) mas também as entidades privadas. Cfr. MELO ALEXANDRINO, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 615-616.

os que respeitam a críticas a arbitragens ou a condutas das federações desportivas. Contudo, reitera-se que o exercício da liberdade de expressão neste domínio não se cinge às referidas condutas. A título de exemplo, também no domínio do desporto se vislumbra uma *dimensão política* da liberdade de expressão. Questão diferente corresponde a saber se, tanto num caso como noutro, o ordenamento jurídico português integra normas que restringem essa liberdade. Nessa hipótese, cabe apurar se a restrição operada pelas referidas normas é admissível.

A crítica a arbitragens ou a condutas das federações desportivas é efectuada nos mais variados contextos e através de diferentes meios - tanto tem lugar imediatamente após o término dos jogos, nas conhecidas por *flash interviews*, sendo usualmente protagonizada pelos jogadores e treinadores, como ocorre em conferências de imprensa e nas redes sociais, contando com um círculo mais abrangente de emissores. Tratando-se de casos genéricos distintos com diferentes propriedades caracterizadoras, podem registar-se *nuances* no enquadramento jurídico que lhes é dispensado: não só podem suscitar a aplicação de diferentes normas jurídicas, como essas mesmas normas, ao restringirem normas de direitos fundamentais, podem suscitar juízos distintos a respeito da sua conformidade com a Constituição.

Das considerações tecidas anteriormente é possível retirar as seguintes conclusões:

(i) a previsão da norma que consagra a liberdade de expressão abrange todas as acções específicas reconduzíveis à acção inespecífica *expressar-se*;

(ii) o preenchimento da previsão da norma que consagra a liberdade de expressão não impede o preenchimento da previsão de outras normas;

(iii) em certos casos, o preenchimento da previsão de outras normas constitucionais pelo caso, para além da extraída do n.º 1 do artigo 37.º da Constituição, poderá conduzir a um conflito normativo e, consequentemente, à prevalência das primeiras sobre a segunda[43](42) (43) (44) (45);

[43] Adopta-se o conceito amplo de conflito normativo – na versão de «contradição normativa» – caracterizado por PABLO NAVARRO e JORGE L. RODRIGUEZ como "*impossibilidade lógica para um destinatário satisfazer simultaneamente o conteúdo deôntico de qualquer norma obrigatória juntamente com o conteúdo de qualquer norma permissiva de um sistema normativo positivado por uma certa autoridade e em relação a uma dada ocasião*". Cfr. P. NAVARRO / J. RODRIGUEZ, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 178. Sobre o tema, cfr. C. SANTIAGO NINO, *Introducción al Análises del Derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003 (12.ª reimpr), pp. 272 ss; C. HUERTA OCHOA, *Conflictos Normativos*, México, Universidade Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 65 ss; entre nós, cfr. J. FREITAS DA ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 272 ss.

(iv) a norma que consagra a liberdade de expressão pode ser aplicável *prima facie* sem que tal ocorra num juízo *all things considered*[44];

Em todo o caso, a aproximação da usualmente denominada de *tese ampla* não implica a elevação da liberdade de expressão a uma posição absoluta, um pouco à imagem da polarização na liberdade de expressão do modelo *rights as trumps*. Ainda que a protecção da liberdade de expressão seja «especial» em vários sentidos - desde logo face à liberdade geral consagrada no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição -, a posição jurídica advém de uma norma jurídica que, como todas, é derrotável[45]. Simplesmente, visto que a identificação de limites *internos* ao exercício da liberdade de expressão é insustentável, não encontrando respaldo na morfologia da norma - em particular, na previsão normativa -, deve adoptar-se a visão segundo a qual os referidos limites operam pela aplicação, ao mesmo caso, de outras normas[46](46). Se da aplicabilidade de diferentes normas ao mesmo caso surgir um cenário de conflito normativo, então a prevalência de uma das normas em detrimento da outra terá lugar através da aplicação de normas de resolução de conflitos ou do método da ponderação[47](47). Assim, a norma que consagra a liberdade de expressão poderá ser afastada na resolução do caso concreto - e, nessa hipótese, sê-lo-á não por existir um limite *interno* à sua aplicação, mas por, sendo aplicável *prima facie*, não o ser *all things considered*.

As conclusões precedentes relevam igualmente no cenário de restrição de um direito fundamental a favor de outra norma constitucional, mediante a criação de uma norma infraconstitucional. Neste caso, a restrição da norma de direito fundamental configura um limite *externo* e não um imite *interno* e prévio à consideração de outras normas do conjunto normativo. Importa, assim, aferir se esse limite *externo* ou restrição é constitucionalmente legítimo; a eventual desconformidade com a Constituição conduzirá à desaplicação da norma infraconstitucional e, consequentemente, ressuscitará

[44] Sobre a distinção entre a aplicação *prima facie* e a aplicação *all things considered*, BOROWSKI, *REDC*, pp. 31 ss.

[45] A tese ampla é sufragada, no contexto das normas que consagram direitos fundamentais, por ALEXY, segundo o qual se uma norma permite determinada acção, então todos os comportamentos subsumíveis a essa acção são *prima facie* permitidos. Cfr. ALEXY, *Theorie*, pp. 301 ss.

[46] O que implica que sejam, desde logo, contingentes – dependem da existência de outras normas no ordenamento jurídico que sejam simultaneamente aplicáveis ao caso. Sobre o conceito de norma e os elementos compreendidos na sua estrutura, cfr. J. SIECKMANN, "Norma Jurídica", in J. ZAMORA/A. VAQUERO (coord.), *Enciclopedia de Filosofia y Teoría del Derecho*, vol. 2, 2015, pp. 895 ss.

[47] Cfr. D. DUARTE, "Drawing up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances", in J. SIECKMANN (ed.), *Legal Reasoning: the methods of balancing*, Estugarda, 2010, pp. 51 ss. Sobre a propriedade (disposicional) da derrotabilidade, remete-se para as referências constantes na nota n.º 32.

a colisão entre a norma fundamental restringida e a norma constitucional que se pretendeu salvaguardar com a emissão da norma desaplicada (ou seja, a desaplicação implica a desconsideração da *ponderação abstracta* realizada pela autoridade normativa ao tempo da produção da norma). A referida colisão será resolvida através da ponderação e, uma vez mais, sendo *prima facie* aplicáveis duas normas ou mais (contrapostas), apenas uma regulará o caso *all things considered*. Este aspecto será detidamente analisado de seguida[48].

3. O regime constitucional de restrições: o *defeated right*, o *defeater right* e a proporcionalidade

3.1. O regime constitucional das restrições à liberdade de expressão

É uma conclusão lógica do que acima se referiu que, muitas vezes, a completa e simultânea «satisfacibilidade» - pese o neologismo - de todos os direitos fundamentais pertinentes num caso não é possível. A conclusão é ainda mais clara se se adoptar os pressupostos básicos da *Prinzipientheorie*, nos termos da qual as normas de direitos fundamentais que configurem princípios compreendem previsões que descrevem acções genéricas (como *expressar-se*) em ocasiões igualmente genéricas (*em qualquer caso*) e destinatários universais (*todos*), o que potencia a sobreposição de previsões com outras normas conflituantes[49].

A definição de parâmetros para as restrições à liberdade de expressão resulta quer do modelo de direitos fundamentais adoptado, quer da interpretação dos vários enunciados constitucionais - em particular, os enunciados do artigo 18.º da Constituição.

É quase um lugar-comum afirmar que a restrição deve ser proporcional, nos termos adiante descritos. Todavia, antes de avançar para esse ponto, é essencial analisar as várias condições positivadas na Constituição para essa restrição. Entre as normas constitucionais relevantes avultam:

(i) a reserva de acto legislativo para a restrição normativa (primeiro segmento do n.º 2 do artigo 18.º e, especialmente, alínea *b)* do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição);

[48] Em sentido próximo, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO sustenta que as duas hipóteses relevantes de afectação da liberdade de expressão correspondem, por um lado, às restrições operadas por normas penais (observação transponível para outro tipo de normas restritivas) e, por outro, aos casos de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos. Cfr. MELO ALEXANDRINO, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 616-617.

[49] Sobre o tema, cfr. MONIZ LOPES, *RJ*, pp. 471-490.

(ii) a necessidade de previsão expressa da restrição (primeiro segmento do n.º 2 do artigo 18.º);

(iii) a sustentação da restrição noutros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (segundo segmento do n.º 2 do artigo 18.º);

(iv) o carácter geral e abstracto da restrição (primeiro segmento do n.º 3 do artigo 18.º);

(v) a inexistência de efeito retroactivo das normas restritivas (segundo segmento do n.º 3 do artigo 18.º); e

(vi) a salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental restringido (terceiro segmento do n.º 3 do artigo 18.º)[50](48).

Não é este o local para ilustrar a impraticabilidade do regime constitucional de restrições - também ele composto por normas e, portanto, *derrotáveis* face a outras normas que com aquelas conflituem[51]. Salienta-se apenas o seguinte:

(i) o desrespeito da reserva de acto legislativo para a restrição normativa é frequentemente tolerado em vários casos - basta pensar no efeito restritivo de regulamentos de entidades reguladoras ou, no que ao caso interessa, de regulamentos de federações desportivas a respeito de liberdades de agentes desportivos, com mero apoio em normas legais de competência, sem *critério restritivo*[52];

[50] Sobre o regime previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição, cfr. GOMES CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição*, pp. 388 ss; Cfr. MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 257 ss; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, pp. 274 ss. Sobre o conceito de restrição, cfr. REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 155 ss e, mais recentemente, cfr. V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 447 ss.

[51] Sobre o tema, por exemplo, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 786 ss. A propósito da *derrotabilidade* das normas do regime constitucional de restrições, note-se que JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA admitem a possibilidade de o princípio da reserva de lei entrar em conflito com o princípio da autonomia local; contudo, consideram que, no caso de restrições a direitos, liberdades e garantias, deve sempre prevalecer o primeiro dos referidos princípios. Cfr. MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 264.

[52] Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, , pp. 516 ss.; em sentido distinto, algo contrafacticamente, considerando que a reserva de lei implica a exigência de fixação primária do sentido normativo directamente pelo legislador, sem possibilidade de delegação, o que determina a vedação absoluta de regulamentos independentes sobre restrições a direitos, liberdades e garantias, cfr. MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 262 ss.

(ii) embora o n.º 3 do artigo 37.º pressuponha a existência de limites, são inúmeros os casos em que as restrições não são expressamente autorizadas pela Constituição[53];

(iii) a imposição de carácter geral e abstracto das restrições não cobre as designadas intervenções restritivas, individuais e concretas, quer no exercício da função jurisdicional, quer no exercício da função administrativa, também elas pacificamente toleradas[54];

(iv) frequentes vezes as restrições normativas de direitos fundamentais são inaptas para operar uma «harmonização» ou *Praktische Konkordanz*, resultando no sacrifício total de um direito fundamental face à prevalência de outro[55].

Para o caso vertente interessa especificamente a obrigação constitucional prevista no segundo segmento do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição: é que, se as restrições se devem limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, tal significa necessariamente uma restrição temática dos fundamentos restritivos. Por argumento *a contrario*, tal significa que, à luz da Constituição (fonte exclusiva dos critérios de restrição a direitos fundamentais), a restrição a um direito fundamental apenas pode basear-se em:

(i) argumentos *jurídicos*, ou seja, excluindo-se como fundamento restritivo legítimo quaisquer argumentos morais, de «natureza das coisas», filosóficos, políticos, económicos, estéticos, comerciais ou outros;

(ii) argumentos *constitucionais*, ou seja, excluindo-se como fundamento restritivo legítimo quaisquer argumentos jurídicos não reconduzíveis a normas atributivas de direitos ou âmbito de protecção de interesses constitucionais.

---

[53] Neste sentido, cfr. REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 569 ss; MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 269 ss; em sentido distinto, considerando que apenas estão compreendidas no conceito de leis restritivas as restrições ao abrigo de autorizações constitucionais expressas, reconduzindo os restantes casos à figura das leis harmonizadoras, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, pp. 261 ss. Embora não seja este o estudo adequado para uma reflexão profunda a respeito desta posição, constata-se, tão-somente, que a distinção entre restrição legislativa e lei harmonizadora parece configurar um subterfúgio terminológico. Diga-se, aliás, que o autor admite este ponto, ao afirmar que "(…) *a limitação legislativa de um direito em caso de colisão com outro direito ou valor constitucional, fora dessas hipóteses, tem de ser* outra coisa *que não uma restrição, sob pena de defraudar a proibição de restrição fora dos casos previstos*".

[54] Sobre o conceito de *intervenção restritiva*, cfr., entre outros, Cfr. MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 258.

[55] Admitindo esse resultado ao dissecar o conceito de *conteúdo essencial*, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, pp. 279 ss.

O regime constitucional descrito proíbe as restrições com *fundamento-fantasma*. Do mesmo modo que um corpo, na física, apenas pode ser constrangido por outro corpo, também uma norma atributiva de uma liberdade fundamental apenas poderá ser restringida por outra norma constitucional. A existência de uma total ou parcialmente *defeated norm* (à qual corresponde um *defeated right* ou uma *defeated liberty*) pressupõe necessariamente um *defeater.* E esse *defeater* terá de ser, por imposição constitucional, necessariamente uma norma jurídica e constitucional. A questão é particularmente importante a respeito da repartição do ónus argumentativo. Impende sobre quem argumenta a favor da limitação da liberdade de expressão o ónus de invocar a sede jurídico-constitucional da norma que fundamenta a restrição. Não o fazendo, não há como considerar a restrição constitucionalmente legítima.

Nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a propósito das *restrições não expressamente autorizadas*, "[t]*ais limites têm sempre de resultar da necessidade de conjugar ou compatibilizar os direitos fundamentais com outros direitos ou bens constitucionais. Por isso, não se pode recorrer a valores extraconstitucionais ou sem adequada densidade constitucional para justificar a introdução de restrições não expressamente autorizadas*"[56].

Face ao exposto, e no que respeita especificamente ao contexto desportivo, o argumento do "prestígio da competição" não pode isoladamente fundamentar a restrição de direitos fundamentais; no limite, será atendível estritamente a título auxiliar de outros direitos fundamentais contrapostos à liberdade de expressão (e dependendo dos casos)[57]. Esta posição tem sido, aliás - e ainda que não unanimemente -, defendida pela jurisprudência portuguesa, sufragando-se que "[a]*tenta a natureza das funções em causa, é indiscutível que a honra e o bom nome dos árbitros estão indissociavelmente ligados à reputação e à credibilidade e integridade da competição desportiva em causa. Mas tal bem jurídico individualmente considerado (e não por referência a um bem jurídico pessoal i*n casu *a honra, como sucedeu no acórdão recorrido) não tem a potencialidade de comprimir a liberdade de expressão*"[58]. Voltar-se-á à questão adiante.

[56] Cfr. GOMES CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição*, p. 390.

[57] Seguindo este entendimento, cfr. Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, de 30 de Setembro de 2019 (Proc. n.º 28/2019), disponível em www.tribunalarbitraldesporto.pt.

[58] Cfr. Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, de 15.10.2020 (Processo n.º 53/20.5BCLSB), disponível em www.dgsi.pt/.

3.2. A proporcionalidade *stricto sensu* e a *fórmula do peso*

Para ser substancialmente legítima, uma norma restritiva que limite uma liberdade *prima facie* como a liberdade de expressão deve passar os testes sucessivos e eliminatórios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu.*

De acordo com o primeiro teste (*adequação*), a medida restritiva que limite uma liberdade *prima facie* apenas será legítima se, com base numa prognose séria, aumentar as probabilidades de obter o fim que o fundamento jurídico-constitucional da restrição - assumindo que este existe, claro está - prossegue (*e.g.*, ainda que limite a liberdade e a integridade física, a obrigação de ser vacinado constitui uma medida apta a obter uma melhor realização do direito à saúde).

De acordo com o segundo teste (*necessidade*), deverá ser feita uma selecção de entre as medidas adequadas para efeitos de isolar aquela que, considerando todos os factos, tem um melhor *ratio* ou *saldo líquido* à luz de uma análise custos-benefícios. Deve notar-se que nem todas as medidas restritivas pressupõem um grau invariante de efectividade (*i.e.* um grau de sucesso de adequação), pelo que o critério da necessidade não se deve focar necessariamente apenas na medida menos intrusiva (ou com menos «custos factuais»); antes deve assentar numa análise relativa e comparativa (*e.g.*, a proibição de venda de tabaco configura uma medida desnecessária caso medidas de campanha adequadas e aumento de impostos configurem opções que, *all things considered*, prossigam eficazmente, com melhor *saldo líquido* entre custos e benefícios, o direito à saúde).

Por último, a medida legislativa isolada no teste de necessidade é ainda sujeita a um exercício ponderatório sob o pano de fundo das normas de direitos fundamentais em conflito (*proporcionalidade* stricto sensu)[59](49). É neste plano que releva a consideração da «cláusula de núcleo essencial», que proíbe a completa aniquilação de um direito fundamental à custa de outro, prevista no terceiro segmento do n.º 3 do artigo 18.º da Constituição.

Evidentemente, considerando que a questão é, em última análise, uma questão de lógica, e sem desprimor para a relevância da jurisprudência que se vai construindo em matéria de *mínimos* - da qual sobressai o *Untermassverbot prinzip* gerado pelo

[59] Sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, cfr. CANAS, *O Princípio*, pp. 569-812. Especificamente sobre a aplicação deste princípio no âmbito da medição das restrições a direitos fundamentais, cfr. J. SILVA SAMPAIO, "Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights", in D. DUARTE / J. SILVA SAMPAIO (eds.), *Proportionality in Law – An Analytical Perspective*, Dodrecht, Springer, 2018, pp. 71 ss.

Bundesverfassungsgericht -, o núcleo essencial é sempre um *núcleo essencial relativo*, dependente do próprio juízo ponderatório, nunca um núcleo essencial absoluto[60]. A análise é, portanto, casuística e depende das *possibilidades fácticas e jurídicas* de salvaguardar o mínimo de um direito fundamental. Ilustrativamente, no exercício da liberdade de expressão por agentes desportivos, no particular caso respeitante à expressão de mensagens políticas em camisolas na celebração de um golo, a resposta é binária: ou há *permissão* de expressão ou há *proibição de expressão. Tertium non datur.*

Sendo vários são os modelos de ponderação apresentados pela doutrina, e não cabendo no escopo do presente estudo a sua identificação exaustiva, opta-se pela apresentação do modelo *alexyano* da ponderação[61](50) (51). Apesar das críticas de que tem sido alvo, o mesmo consubstancia uma descrição mais ou menos adequada do exercício ponderatório[62]. Para além das considerações tecidas *supra* para as quais se remete, de acordo com este modelo, o resultado da ponderação entre dois (ou mais) direitos fundamentais conflituantes deriva do quociente entre, de um lado, *(a)* o produto da importância de *Pi, (b)* o seu peso abstracto - um factor altamente discutível quando o conflito se gera entre normas de idêntica hierarquia (constitucionais) - e *(c)* a fiabilidade empírica das premissas assumidas como suporte das importâncias atribuídas aos dois factores anteriores (*a* e *b)* e, do outro, *(d)* o produto da importância de *Pi, (e)* o seu peso abstracto e *(f)* a fiabilidade empírica das premissas assumidas como suporte das importâncias atribuídas aos dois factores anteriores *(d e e)*[63](52).

$$W_{i,j} = \frac{I_i \,.\, W_i \,.\, R_i}{I_j \,.\, W_j \,.\, R_j}$$

[60] Sobre o referido conceito, cfr. também MIRANDA / PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 288 ss; GOMES CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição*, pp. 394 ss. Para os fundamentos da crítica do núcleo absoluto ("*No norm by itself can define its own conditions of all things considered application*"), cfr. MONIZ LOPES, *RJ*, p. 475

[61] Tem-se em mente, por exemplo, o modelo *especificacionista* proposto por MORESO ou o modelo, inspirado na teoria coerentista de SUSAN HURLEY, sufragado por MENDOCA. Cfr. J. J. MORESO, "Alexy y la Aritmética de la Ponderación", in M. CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 76 ss; D. MARTÍNEZ ZORRILLA, "Alternativas a la Ponderación – El Modelo de Susan L. Hurley", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009, pp. 119 ss.

[62] Apresentando várias críticas à proposta *alexyana*, cfr., a título de exemplo, MORESO, *El principio de proporcionalidad*, pp. 73 ss.

[63] Note-se que a fórmula do peso conheceu várias versões. Contendo uma formulação inicial, cfr. R. ALEXY, "On Balancing and Subsumption – A Structural Comparison", *Ratio Juris*, n.º 4, 2003, pp. 436 ss. Apresentando uma nova versão, decorrente da redefinição da variável da fiabilidade, cfr. ALEXY, *IJCL*, pp. 511 ss.

Na *fórmula do peso*, *Ii* representa a intensidade da interferência em *Pi*. *Ij* representa a importância de prosseguir *Pj*. *Wi* e *Wj* representam o peso abstracto de *Pi* e *Pj* (se forem idênticos, anulam-se na equação). Por fim, *Ri* e *Rj* representam o grau de fiabilidade das premissas empíricas e normativas (*i.e.*, o factor epistémico), em particular o grau de certeza das assunções. A classificação é levada a cabo metaforicamente, por ROBERT ALEXY, com base numa escala triádica. As variáveis *I* e *W* poderão ser pontuadas como «leves» (2^0), ou seja, 1; «médias» (2^1), ou seja, 2; e sérias (2^2), ou seja, 4. A fiabilidade das premissas subjacentes, *R*, poderá ser pontuada como «certa» (2^0), ou seja, 1; «plausível» (2^{-1}), ou seja, 0,5; e «não evidentemente falso» 2^{-2}, ou seja, 0,25. A título de exemplo, numa ponderação entre liberdade de expressão e o direito à honra, se as premissas subjacentes ao impacto da afirmação na honra de um determinado visado forem baixas (*e.g.*, 0,25), poderá ser o caso que apenas a única medida adequada e necessária para prosseguir o direito à honra seja *derrotada* pela liberdade de expressão.

Naturalmente, o aspecto crucial da *fórmula do peso* é a justificação das assunções subjacentes à atribuição de valores às variáveis. Para esse propósito, uma completa e consistente teoria da argumentação deve ser adoptada, com o mínimo de vieses cognitivos. Por exemplo, entre todos os demais, é necessário ter particular atenção em evitar *(i)* o *confirmation bias*, pelo qual se tem a tendência para interpretar informação factual e jurídica de modo a confirmar crenças ou entendimentos prévios, *(ii)* o *focalismo*, pelo qual se tem a tendência para sobre-confiar («ancorar») em informação factual ou dados jurídicos nos processos decisórios (usualmente a informação obtida em primeiro lugar) ou *(iii)* o *conservadorismo*, pelo qual se tem a tendência para rever insuficientemente crenças ou entendimentos prévios se deparados com nova informação factual ou jurídica[64](53) (54).

[64] Cfr., por exemplo, A. TVERSY / D. KAHNEMAN, "Judgment under uncertainty: heuristics and biases", *Science*, n.º 185, 1974, pp. 1124-1131; P. MONIZ LOPES, "A Ponderação Constitucional Realista: Pressuposições Teóricas na Interpretação de Conceitos Constitucionais e o Problema da Dimensão Epistémica na Ponderação", *Jus Dictum*, n.º 1, 2019, pp. 34 ss.

4. A aplicação de normas proibitivas de actos de expressão no contexto desportivo

4.1. Algumas categorias de normas proibitivas de actos de expressão

Existe, no contexto do *ordenamento desportivo*, uma panóplia de enunciados legais e regulamentares que, ao proibirem e sancionarem actos de expressão, configuram normas restritivas daquela liberdade constitucionalmente protegida. Numa parte, estes enunciados compreendem normas primárias proibitivas que, ao vedarem *quaisquer tipos* de uma categoria de actos de expressão e *em quaisquer circunstâncias,* abstraem das variáveis que determinam uma ponderação proporcional entre, de um lado, a liberdade de expressão e, do outro, o direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido contraposto. Noutra parte, os enunciados compreendem normas secundárias sancionatórias, isto é, normas que determinam consequências que se projectam sobre situações de incumprimento das normas proibitivas primárias que estas pressupõem. A separação entre enunciados proibitivos e enunciados sancionatórios nem sempre é totalmente clara. Todavia, é pacífico que, em condições de normalidade, uma norma secundária sancionatória pressupõe necessariamente (mesmo que implicitamente formulada) uma norma primária proibitiva ou impositiva.

Deve notar-se que a matéria relativa à interpretação e aplicação de enunciados sancionatórios por tribunais, judiciais ou arbitrais (e o seu juízo de inconstitucionalidade ou ilegalidade), ainda que também suscite a aplicação de normas de direitos fundamentais, requer fundamentalmente a aplicação de normas de direito penal e sancionatório, substantivo e processual. Já a matéria relativa à interpretação e aplicação dos enunciados primários proibitivos por tribunais, judiciais ou arbitrais - na sua veste de normas restritivas dos direitos fundamentais preteridos ou limitados - suscita essencialmente questões a respeito da aferição do respeito do regime constitucional de restrições, face à fiscalização difusa prevista no artigo 204.º da Constituição[65](55). É sobre estas questões, e não tanto sobre as questões de direito penal e sancionatório, que as linhas seguintes versam.

Entre tantas normas proibitivas de actos de expressão no contexto desportivo, pode utilizar-se, a título de exemplo, as previstas no Regulamento Disciplinar da

[65] Sobre o regime de constitucionalidade difusa, cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional – O direito do Contencioso Constitucional*, II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 595 ss e 617 ss.

Federação Portuguesa de Futebol (doravante, «RDFPF»), aprovado ao abrigo do disposto no artigo 10.º, na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 41.º e no artigo 52.º do Regime Jurídico das Federações Desportivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 93/2014, de 23 de Junho, bem como na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 51.º dos Estatutos da Federação Portuguesa de Futebol.

As categorias de normas proibitivas dividem-se, tendencialmente, em *(i)* normas relativas ao *objecto das declarações*; *(ii)* normas relativas ao *conteúdo, propósito ou impacto das declarações* e *(iii)* normas relativas ao *modo de produção das declarações* (*i.e.*, as palavras e gestos usados). Sublinham-se as seguintes:

(i) Normas sobre declarações sobre arbitragem, antes de jogo oficial;

(ii) Normas sobre ameaças e ofensas à honra, consideração ou dignidade;

(iii) Normas sobre uso de expressões ou gestos grosseiros, impróprios ou incorrectos.

No ponto *(i)*, está em causa a proibição regulamentar de, por qualquer meio de expressão, através de meios de comunicação social ou outros, emitir declarações ou juízos pondo em causa a imparcialidade ou competência técnica da equipa de arbitragem ou dos observadores designados para o jogo que vai disputar, bem como a sua respectiva nomeação pelos competentes órgãos de arbitragem da Federação Portuguesa de Futebol (doravante, «FPF»). A proibição desse tipo de declarações sobre uma arbitragem *antes* de jogo oficial consta dos artigos 75.º, 129.º e 152.º do RDFPF, respectivamente (em conjugação com os deveres enunciados no artigo 12.º do mesmo diploma), tendo a primeira norma como destinatários os clubes, a segunda norma como destinatários os dirigentes do clube e a terceira norma como destinatários os jogadores. O fundamento constitucional da restrição será, neste caso, não primariamente a tutela propriamente dita da honra dos visados (árbitros ou observadores), mas a salvaguarda do *mérito, ética e verdade desportiva* como traves-mestras dos valores do desporto[66]. A dissuasão de comentários sobre parcialidade pré-jogos oficiais representa um *meio* para um *fim* que é o de evitar o condicionamento na arbitragem e supervisão de jogos oficiais que possa, através de um clima de enviesamento, impactar uma correcta e imparcial arbitragem da partida a disputar.

O exposto não significa que a proibição de declarações ou juízos, pondo em causa a imparcialidade ou competência técnica da equipa de arbitragem, apenas ocorra *antes* de

[66] Cfr., em anotação ao artigo 79.º da Constituição, GOMES CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição*, p. 934.

um jogo oficial. A proibição da conduta referida também se verifica *a posteriori*, mas apenas na hipótese de essa imputação já representar uma ofensa à honra, consideração ou dignidade (*i.e.*, apenas no cenário em que a imputação directa de «parcialidade» ou «incompetência» constitua uma ofensa à honra). Pressupõe-se, nesses casos, a aplicação das normas referidas em *(ii)*, que proíbem através de qualquer meio de expressão, dirigindo-se a terceiros ou ao visado, formular juízo, praticar facto ou, ainda que sob a forma de suspeita, imputar facto ofensivo da honra, consideração ou dignidade da FPF, de órgãos sociais, de comissões, de sócios ordinários, de delegados da FPF, de árbitros, de observadores de árbitros, de cronometristas, de outro clube e respectivos jogadores, membros, dirigentes, colaboradores ou empregados ou de outros agentes desportivos no exercício das suas funções ou por virtude delas. A referida proibição consta dos artigos 77.º, 130.º e 153.º do RDFPF, respectivamente (em conjugação com os deveres enunciados no artigo 12.º do mesmo diploma), tendo a primeira norma como destinatários os clubes, a segunda os dirigentes de clubes e a terceira os jogadores.

Dito de outro modo, ao passo que a proibição de declarações ou juízos pondo em causa a imparcialidade ou competência técnica da equipa de arbitragem *antes* do jogo abstrai da imputação de características e propriedades aos visados que sejam ofensivas da sua honra - sendo apenas relativa ao *objecto* das declarações (*i.e.*, o jogo a realizar), a proibição de declarações ou juízos pondo em causa a imparcialidade ou competência técnica da equipa de arbitragem *após* o jogo é já relacionada com o *conteúdo* das declarações e depende da associação dessas afirmações ao resultado de afectar a honra, consideração ou dignidade dos visados.

Como se vê, as condutas representadas nas normas indicadas no ponto *(ii)* extravasam largamente (embora incluam) meras declarações ou juízos pondo em causa a imparcialidade ou competência técnica da equipa de arbitragem. Na realidade, é possível ofender a honra, consideração ou dignidade de árbitros (excluindo agora os demais beneficiários do âmbito de protecção da norma) sem ser através de declarações ou juízos pondo em causa a imparcialidade ou competência técnica da equipa de arbitragem. Mas também não se exclui, como abaixo melhor se explicitará, que seja possível emitir declarações ou juízos pondo em causa a competência técnica da equipa de arbitragem - ou a *imparcialidade de um desempenho* -, sem que tal implique necessariamente ofender a honra, consideração ou dignidade de árbitros ou observadores.

Por fim, as normas indicadas em *(iii)* são normas que proíbem que antes, durante ou após a realização de jogo oficial se faça uso de gestos ou expressões grosseiros,

impróprios ou incorrectos para com agente desportivo no exercício de funções ou por virtude delas ou espectador. Uma vez mais, a respectiva proibição consta dos artigos 138.º e 167.º do RDFPF (em conjugação com os deveres enunciados no artigo 12.º do mesmo diploma), tendo a primeira norma como destinatários os dirigentes de clubes e a segunda os jogadores.

4.2. Questões metodológicas na aplicação de normas proibitivas de actos de expressão

De entre os vários problemas que podem surgir na aplicação de normas proibitivas, devem salientar-se dois:

(i) o problema da clarificação linguística de conceitos com margens de incerteza e da qualificação das propriedades do caso na hipótese normativa e;

(ii) o problema de aplicação (ou desaplicação) das normas proibitivas regulamentares quando a acção concreta sob análise se subsume à acção genérica prevista na norma regulamentar proibitiva mas, ainda assim, existam razões ponderosas para *permitir* a expressão proibida por essa norma regulamentar.

Embora surjam por vezes misturados, os dois problemas são, como se entende, analiticamente distintos. O problema da clarificação linguística relaciona-se com a interpretação do enunciado e com a «aplicabilidade interna» da norma proibitiva. Está, por um lado, em causa a descodificação semântica do enunciado e, por outro, a *qualificação* das propriedades do caso na hipótese normativa. Em suma, está em causa saber se a norma proibitiva *é, ou não, aplicável ao caso*[67](56).

O problema da eventual desaplicação de normas regulamentares está a jusante da clarificação linguística e da operação de qualificação: já se concluiu que a norma é internamente aplicável, pelo que a mesma é aplicável ao caso; procura-se agora concluir se, *all things considered* (*i.e.*, considerando todos os factos relevantes e todas as normas internamente aplicáveis ao caso), a norma proibitiva *será, ou não, definitivamente aplicada no caso.* O segundo problema, da eventual *desaplicação* de normas proibitivas, é, portanto, um problema de *aplicabilidade externa* de normas, dado que, para que uma

[67] Cfr. G. PINO, "Applicabilitá delle Norme Giuridiche", *Diritto & Questione Pubbliche*, n.º 11, 2011, pp. 819 e ss., em especial, p. 824.

norma seja definitivamente aplicada no caso, não basta que a mesma seja internamente aplicável (*i.e.*, que os seus pressupostos se preencham): é também necessário conjuntamente que *(i)* nenhuma terceira norma seja igualmente aplicável ao caso e *(ii)* essa(s) norma(s) não prevaleça(m) sobre a norma de partida, quer sob critérios de prevalência definidos no ordenamento (*e.g.*, *lex superior* ou *lex specialis*) quer, à falta destes, segundo um juízo racional e proporcional de ponderação[68](57).

4.2.1. Questões de «aplicabilidade interna» de normas proibitivas de actos de expressão

As questões de aplicabilidade interna de normas proibitivas relacionam-se maioritariamente com a incerteza linguística das palavras utilizadas nos enunciados proibitivos, nomeadamente a sua vagueza (*e.g.*, «honra», «competência técnica», «consideração» ou «dignidade»). Muito embora as palavras «honra» e «dignidade» compreendam significados concorrentes quanto ao seu sentido e apresentem uma franja incerta de denotação quanto às realidades que abrangem, parece haver uma clara diferença entre um acto de expressão que *predica uma propriedade a um sujeito* (*e.g.*, «o árbitro *x* é parcial», «o árbitro *x* está ao serviço do clube *y*») e um acto de expressão que consubstancia estritamente um *juízo de valor sobre um desempenho* (*e.g.*, «o penalty assinalado pelo árbitro *x* era inexistente» ou «a arbitragem de *x* prejudicou gravemente o clube *y*»)[69](58).

A lesão do direito à honra pressupõe - e cresce em grau de intensidade com - a pessoalização da crítica, tanto da perspectiva da definição de um destinatário específico, como no que respeita ao conteúdo da afirmação. Neste último caso, tem-se em mente as expressões directamente atentatórias do *sujeito enquanto tal*. Inversamente, a lesão será tanto menor quanto mais objectiva for a crítica, o que ocorrerá quando o conteúdo da mensagem consistir na apreciação de um desempenho ou da execução de uma tarefa - *e.g.*, a arbitragem de um jogo -, com a consequente secundarização do agente que a protagonizou[70].

---

[68] Além do referido na nota precedente, cfr. P. NAVARRO / J.J. MORESO, "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997, pp. 201 ss.

[69] Cfr., entre tantos, T. ENDICOTT, "Linguistic Indeterminacy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, n.º 4, 1996, pp. 667 e ss.

[70] Esta visão é perfilhada por algumas decisões jurisprudenciais, das quais se destaca o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (doravante, também "TCAS"), de 4 de Abril de 2019, Processo n.º 18/19.0BCLSB, nos termos do qual «[p]ara o preenchimento do ilícito disciplinar que vem previsto no art.º 136.º, n.º 1, do RD da LPF, "as expressões, desenhos, escritos ou gestos injuriosos, difamatórios ou grosseiros" têm de ser imputadas a alguém, têm de ser dirigidas a uma determinada pessoa,

Fora dos casos em que essa predicação de propriedades negativas a sujeitos ocorra, a «honra», «consideração» ou «dignidade» não pode constituir uma panaceia para a imunidade à crítica ou para a implementação de um determinado regime moral de prestígio de competição. Assim, se a liberdade de expressão compreende a permissão *prima facie* de emitir opiniões, pontos de vista, críticas, tomadas de posição, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto, então os demais sujeitos - nomeadamente os «criticados» ou «avaliados» por esse juízo de valor - estão *prima facie* sujeitos ao exercício daquela liberdade pelo *liberty-holder*. Como acertadamente já se sustentou em decisão arbitral, "*tratando-se de um direito subjetivo fundamental, a liberdade de expressão não se encontra funcionalizada a valores. Ou seja, a liberdade de expressão não tem uma função constitucional promotora de conteúdos vinculados pela «sensatez», «serenidade», «fair play», «contenção verbal» ou «manutenção do prestígio das competições"*[71].

Mesmo para a questão interpretativa, isoladamente considerada, do conceito de «honra» e «dignidade» não é irrelevante considerar que as normas regulamentares proibitivas de actos de expressão constituem *excepções à liberdade de expressão* constitucionalmente prevista no artigo 37.º da Constituição. Se toda e qualquer atribuição de significado na interpretação jurídica se deve enquadrar no sentido literal, o caso da interpretação de enunciados de excepção a direitos fundamentais é, por maioria de razão, um caso em que tais limites literais se impõem[72](59). Assim, independentemente da avaliação do bom gosto, ou juízo de sensatez, a respeito das expressões utilizadas publicamente - a liberdade de expressão compreende a faculdade *prima facie* de veicular ideias e expressões insensatas -, não é necessariamente o caso que, com os juízos de valor acerca de um desempenho, se predique uma propriedade («parcial» ou «corrupto»), ou se impute facto ofensivo da honra, ao visado pelo conteúdo da expressão.

A título de ilustração da discussão, é duvidosa a adequação jurídica de uma argumentação que sustente que um juízo de valor formulado por um clube a respeito de

---

ou pessoas, concretamente identificadas ou identificáveis. Não basta a afirmação ou proclamação de uma grosseria, sem a imputabilidade a nenhum dos membros dos órgãos da estrutura desportiva, dos elementos da equipa de arbitragem, dos dirigentes, dos jogadores, dos demais agentes desportivos ou dos espectadores, para o tipo da norma (punitiva) estar preenchido». Acórdão do TCAS, de 4 de Abril de 2019, Processo n.º 18/19.0BCLSB, disponível em http://www.dgsi.pt/. Neste sentido, veja-se igualmente o defendido no Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, de 30 de Setembro de 2019, Processo n.º 28/2019, disponível em https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/decisoes.

[71] Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, de 10 de Janeiro de 2017, (Proc. n.º 18/2016), disponível em www.tribunalarbitraldesporto.pt.

[72] Em geral, cfr. D. DUARTE, "Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning", *Ratio Juris*, Vol. 24, n.º 2, pp. 111-138.

desempenhos passados de um determinado árbitro - onde se afirma que o mesmo incorreu em vários erros técnicos, que se somam a outros na carreira, face aos quais o árbitro *parece* ter um problema com a imparcialidade - cai no âmbito da norma proibitiva de ofensa à honra. Não se nega a relevância de apurar uma tentativa de condicionamento com afirmações deste género, considerando os já habituais «pedidos» que clubes de futebol formulam a respeito do afastamento de determinados árbitros dos jogos em que esses mesmos clubes participam: mas aí o caso é já mais próximo da aplicação das normas proibitivas dos artigos 75.º, 129.º e 152.º do RDFPF do que dos artigos 77.º, 130.º e 153.º do RDFPF.

Embora a questão seja discutível, crê-se que a resposta jurídica não passará por salientar, nos termos em que o fez o nosso Supremo Tribunal Administrativo (doravante, "STA"), quando afirmou que "*constituindo a imparcialidade e a isenção atributos que têm de ser intrínsecos às funções exercidas, não pode deixar de se considerar que o aludido texto põe em causa a integridade moral e o bom nome e reputação do agente desportivo em questão, além de se afectar a credibilidade e o prestígio da própria competição desportiva"*[73]. Além da extra-constitucionalidade (aliás, a extra-juridicidade) de alguns dos argumentos aduzidos pelo STA, o argumento estribado na premissa de que a imparcialidade e isenção são «atributos intrínsecos» às funções exercidas prova demais: além de constituir uma falácia de *begging the question*, tornaria simplesmente um qualquer agente desportivo do género imune à crítica, dado que tudo se reconduziria remotamente a um juízo sobre a imparcialidade ou isenção do mesmo.

O que importa apurar, em casos do género, é se afirmações - que, embora sugestivas, sejam em si dubitativas - equivalem a predicar a propriedade da «parcialidade» a um agente desportivo ou, por outro lado, traduzem um juízo de valor induzido a partir de desempenhos desportivos, no contexto em que o emissor crê haver verdade ou verosimilhança no substrato das suas afirmações[74].

---

[73] Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7.02.2020 (Processo n.º 0139/19.9BCLSB), disponível em www.dgsi.pt/. Sustentou-se, diferentemente, no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15.10.2020 (Processo n.º 53/20.5BCLSB), disponível em www.dgsi.pt/, o seguinte: "*Atenta a natureza das funções em causa, é indiscutível que a honra e o bom nome dos árbitros estão indissociavelmente ligados à reputação e à credibilidade e integridade da competição desportiva em causa. Mas tal bem jurídico individualmente considerado (e não por referência a um bem jurídico pessoal in casu a honra, como sucedeu no acórdão recorrido) não tem a potencialidade de comprimir a liberdade de expressão*."

[74] Aliás, "o pensamento objecto da [liberdade de] expressão não tem de revestir certas características particulares, designadamente as da veracidade (…)". Cfr. Miranda / Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, p. 848.

A existência de uma base factual mínima é frequentemente elevada a factor relevante na resolução de questões jurídicas relativas ao exercício da liberdade de expressão, tendência para a qual contribuiu decisivamente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, "TEDH"). Alertando para a distinção entre factos e juízos de valor, o TEDH esclarece que apenas os primeiros podem ser qualificados como verdadeiros ou falsos, sendo inviável a demonstração da exactidão dos segundos[75].

Nessa medida, exigir a prova da veracidade de um juízo de valor equivaleria, na visão do TEDH, à negação da própria liberdade de opinião, algo não admitido pelo artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, "CEDH")[76](61). É neste contexto que surge o critério da base factual mínima: segundo o TEDH, os juízos de valor devem apresentar o mínimo respaldo factual, ancorando-se em factos, sob pena de serem excessivos. Contudo, esse conteúdo factual mínimo varia consoante as circunstâncias de cada caso[77]. Desta forma, quanto mais factos sustentarem a opinião emitida - ainda que este juízo seja, num primeiro momento, estritamente subjectivo -, menos intensa será a lesão à honra decorrente da crítica efectuada. Contrariamente, a crítica não acompanhada pela invocação de factos é mais apta a revestir-se de um teor objectivamente difamatório.

A jurisprudência do TEDH tem sido paulatinamente adoptada pelos tribunais portugueses. Veja-se, a título de exemplo, o decidido pelo TCAS no Acórdão de 15 de Outubro de 2020, Processo n.º 53/20.5BCLSB, no qual se afirma que: «*[n]ote-se ainda que as afirmações em causa são contextualizadas. O seu autor insurge-se contra o que entende constituírem erros fazendo alusão às concretas "faltas" indevidamente sinalizadas e às que ficaram por sinalizar, discordando, de forma frontal e acutilante das decisões tomadas pelos árbitros. Apesar de emitir um juízo sobre os erros e sobre quem dos mesmos beneficiou, as afirmações proferidas são justificadas*

[75] Cfr., neste sentido, os Acórdãos do TEDH, de 7 de Maio de 2002, Queixa n.º 46311/99 (*McVicar v. Reino Unido*), e de 8 de Julho de 1986, Queixa n.º 9815/82 (*Lingens v. Áustria*), ambos disponíveis em http://hudoc.echr.coe.int.

[76] Integrando uma compilação da jurisprudência sobre este e outros aspectos, cfr. *Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – Liberté d'expression*, Première édition, European Court of Human Rights, 2020, pp. 37 e ss.

[77] Utilizando o referido critério, cfr., a título de exemplo, os Acórdãos do TEDH de 17 de Dezembro de 2004, Queixa n.º 49017/99 (*Pedersen e Baadsgaard v. Dinamarca*) e de 22 de Outubro de 2007, Queixas n.ºs 21279/02 e 36448/02 (*Lindon, Otchakovsky-Laurens e July v. França*), ambos disponíveis em http://hudoc.echr.coe.int. Aludindo especificamente à necessidade de avaliar casuisticamente a existência de uma base factual mínima, cfr. Acórdão do TEDH de 12 de Julho de 2001, Queixa n.º 29032/95 (*Feldek v. Eslováquia*), disponível em http://hudoc.echr.coe.int. Sobre o tema, cfr. *Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – Liberté d'expression*, Première édition, European Court of Human Rights, 2020, pp. 37 e ss.

(no sentido de explicadas), não podem considerar-se gratuitas ou puramente ofensivas»[78].

4.2.2. Questões de «aplicabilidade externa» de normas proibitivas de actos de expressão

Casos distintos dos casos de clarificação linguística e «qualificação» acima retratados, são os casos, porventura mais complexos, respeitantes à «aplicabilidade externa» de normas proibitivas. Neste tipo de casos, embora as normas proibitivas sejam internamente aplicáveis, sobrevêm razões (necessariamente jurídicas, como visto) que determinam que, *all things considered,* a norma proibitiva não deva ser aplicada por um órgão de aplicação oficial do direito (regra geral, um tribunal judicial ou arbitral). À decisão de «desaplicação» das normas proibitivas subjaz um juízo de inconstitucionalidade, já designado por juízo de «inconstitucionalidade parcial qualitativa». Este juízo de inconstitucionalidade da norma proibitiva é condicionado *(i)* quer à proposição interpretativa do seu enunciado, *(ii)* quer à relevância atribuída a determinadas propriedades do caso, *(iii)* quer à prevalência de outras normas internamente aplicáveis[79](60). Independentemente da terminologia, subjaz a esta decisão que a norma proibitiva é inconstitucional apenas na medida em que a sua aplicação ao caso implicaria que prevalecesse sobre outras normas constitucionais, também internamente aplicáveis e que demonstram *um maior peso*.

[78] Cfr. Acórdão do TCAS de 15 de Outubro de 2020 (Processo n.º 53/20.5BCLSB), disponível em http://www.dgsi.pt/. Em sentido semelhante, cfr. ainda o Acórdão do TCAS, de 4.04.2019 (Processo n.º 18/19.0BCLSB), assim como o Acórdão do TAD de 6 de Fevereiro de 2020 (Processo n.º 43/2019), disponível em https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/decisoes, no qual se escreveu o seguinte: «Embora a identificação de casos de arbitragem, ou antes a sua classificação como erros, tenha por regra uma dimensão subjetiva muito marcada, a verdade é que para efeitos do teste aqui realizado basta uma probabilidade de que esses erros tenham acontecido para estabelecer uma base factual mínima, e afastar a possibilidade das declarações serem gratuitas. (…) é de considerar que existiam fundamentos plausíveis que, na convicção do Demandante, justificavam os factos que relatou e as opiniões que tinha e que expressou, porquanto vários comentários desportivos, divulgados nos meios de comunicação social, sinalizavam a possibilidade de verificação de tais erros. O Demandante parte assim, nas suas afirmações, desse elenco de erros (ou, pelo menos, aparentes erros) de arbitragem, para tirar conclusões desses erros e fazer juízos de valor (…)». Repare-se que este factor não é valorado igualmente em todas as decisões jurisprudenciais, realçando-se a este propósito o Acórdão do TCAS de 10 de Dezembro de 2020 (Processo n.º 98/20.5BCLSB), disponível em http://www.dgsi.pt/, segundo o qual «[f]azer referências explícitas a erros de arbitragem, comparando-as aos "tempos do apito dourado", enquanto fenómeno da corrupção desportiva, põe em causa o direito ao bom nome e reputação dos intervenientes, abala a confiança nas instituições desportivas e dirigentes, cria um crescente desrespeito pela arbitragem e potencia comportamentos violentos e antidesportivos».

[79] Quanto a este conceito, cfr. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, pp. 826 ss; P. MONIZ LOPES, "Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa: enunciados constitucionais de preferência", in C. BLANCO DE MORAIS (coord.), *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 477-577.

Uma análise da jurisprudência sobre a matéria da liberdade de expressão no contexto desportivo permite ver que, da panóplia de factores potencialmente relevantes nos casos de exercício da liberdade de expressão em contexto desportivo, têm sido alvo de destaque os seguintes: *(i)* a especial emotividade envolvida, *(ii)* o (risco de) incitamento à violência, *(iii)* a existência de uma base factual mínima, *(iv)* a pessoalização da crítica, *(v)* a visibilidade dos agentes desportivos envolvidos, *(vi)* o fim subjacente ao exercício da liberdade de expressão. Alguns destes factores já foram referidos acima, a respeito do problema da aplicabilidade interna das normas proibitivas. Outros são demasiado complexos para ser aqui desenvolvidos. Sem pretensões de exaustividade, desenvolvem-se dois pontos.

A especial emotividade que caracteriza o contexto desportivo tem sido considerada como um aspecto relevante na ponderação entre, por um lado, a norma que consagra a liberdade de expressão e, por outro, a norma que consagra o direito à honra. Este é o posicionamento do TCAS, no Acórdão de 15 de Outubro de 2020, Processo n.º 53/20.5BCLSB, no qual se afirma que: «*[o]s termos em que essa crítica é feita necessariamente são influenciados por aquele meio, sendo do conhecimento geral que para a generalidade das pessoas que estão nele inseridas ou que se interessam por ele, a contundência das críticas é a regra, utilizando-se termos que no aceso contexto desportivo, pela sua generalização, não têm a carga valorativa que têm noutras atividades. Sublinhe-se que não compete aos tribunais valorar ou modificar esta realidade, apenas lhes compete utilizá-la como um facto a ter em conta em busca das soluções que considera mais justas para os casos concretos que lhe são submetidos a apreciação.*»[80].

Semelhante entendimento já constava de decisões anteriores, como é o caso do Acórdão de 4 de Abril de 2019, Processo n.º 18/19.0BCLSB, no qual se considerou que «*[o] art.º 136.º, n.º 1, do RD, deve ser interpretado e enquadrado atendendo à realidade que enquadra o mundo desportivo e futebolístico, pelos que as expressões contantes daquele RD relativas ao "desrespeito", à "injúria", à "difamação" ou à "grosseria" terão, necessariamente, que ajustar-se àquela mesma realidade*» e que «*[a] afirmação do "roubar" de golos não pode ser tida como ofensiva da honra e consideração das pessoas que fazem parte das equipas de arbitragem, por*

[80] Cfr. Acórdão do TCAS, de 15 de Outubro de 2020, Processo n.º 53/20.5BCLSB, disponível em http://www.dgsi.pt/.

ofender seriamente as suas qualidades morais e profissionais e lhes provocar uma real humilhação ou o desprezo de terceiros»".[81]

É indiscutível que o contexto desportivo e a particular emotividade envolvida são elementos relevantes para discernir se uma determinada acção é ou não sancionada e, em última análise, se estava ou não proibida. Todavia, essa emotividade concorre para ambos os lados do argumento: se, por um lado, justifica uma maior latitude a conferir às expressões utilizadas, por outro lado, pode implicar maiores cautelas, atendendo à danosidade social e violência a que as expressões utilizadas podem, num juízo de prognose e certeza empírica, dar azo[82].

Merece igual destaque, como factor de ponderação, a visibilidade dos agentes desportivos envolvidos - *i.e.*, dos destinatários *indirectos* das afirmações escrutinadas. Assim, a admissão de que as afirmações possuem um destinatário *indirecto* não equivale a reconhecer que são direccionadas a um sujeito ou órgão concreto. Este factor foi sobejamente desenvolvido pelo TEDH, considerando-se que os limites da crítica admissível são significativamente mais amplos no que diz respeito a pessoas com estatuto público: no fundo, da consciente exposição da pessoa à opinião pública decorre um mais intenso controlo das suas acções[83]. Sendo certo que os agentes desportivos não integram a categoria de "homem político", é igualmente claro que estão normalmente em causa "personalidades bem conhecidas do público", o que tem sido suficiente, aos olhos do TEDH, para justificar uma maior exposição à crítica[84].

Também os tribunais portugueses têm adoptado este critério, aplicando-o ao caso dos árbitros. A título de exemplo, no Acórdão de 15 de Outubro de 2020, o TCAS

---

[81] Cfr. Acórdão do TCAS, de 4 de Abril de 2019, Processo n.º 18/19.0BCLSB, disponível em http://www.dgsi.pt/.

[82] Sufragando este entendimento, cfr. Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, de 30 de Setembro de 2019, Processo n.º 28/2019, disponível em https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/decisoes.

[83] Cfr. Acórdão do TEDH, de 12 de Setembro de 2011, Queixas n.os 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06 (*Palomo Sánchez e outros v. Espanha*), disponível em http://hudoc.echr.coe.int.

[84] A este propósito, no Acórdão *Colaço Mestre e SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. c. Portugal*, o TEDH considerou que «*se é verdade que o queixoso não era um homem político no exercício de funções oficiais, domínio no qual a margem de apreciação do Estado seria mais reduzida, não é menos verdade que se tratava de uma personalidade bem conhecida do público, que desempenhava à época – assim como hoje – um papel de relevo na vida pública da Nação, como Presidente de um grande clube de futebol e, à data a que se reportam os factos, Presidente da Liga, a qual tinha por objecto a organização do campeonato de futebol profissional*». Cfr. Acórdão do TEDH, de 26 de Abril de 2007, Queixas n.os 11182/03 e 11319/03. Em sentido idêntico, cfr. igualmente o Acórdão do TEDH, de 23 de Julho de 2013, Queixa n.º 33287/10 (Acórdão *Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal*). Ambas as decisões estão disponíveis em http://hudoc.echr.coe.int. Ainda com outros exemplos de casos em que, pela exposição pública das pessoas singulares ou colectivas objecto da crítica, se verifica uma maior amplitude dos limites de crítica admissíveis, cfr. *Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – Liberté d'expression*, Première édition, European Court of Human Rights, 2020, pp. 42-45.

sustentou que «*[o]s árbitros desportivos, tendo em conta o meio onde desenvolvem a sua atividade, não podem deixar de serem considerados, nesse exercício, como personalidades públicas e, consequentemente, expostos à crítica da opinião pública - incluindo a crítica dos demais agentes desportivos - veiculada pelas diversas formas de expressão ao seu dispor*»[85].

A conclusão a retirar deste excurso jurisprudencial vai no sentido de concluir que, embora a *teoria interna* (na sua formulação inicial ou nas variações subsequentes) ainda se encontre algo arreigada no STA[86], a generalidade dos tribunais competentes - judiciais e arbitrais - tem geralmente sabido fazer uso da metódica da ponderação, seleccionando elementos relevantes do caso e aplicando o princípio da proporcionalidade nas suas várias vertentes[87]. O principal problema metodológico, porém, é o de esse exercício ponderatório ocorrer, por vezes, em «contexto conversacional», no sentido em que abstrai, na ponderação, totalmente da existência de uma regra proibitiva, criada por um órgão legitimado para o efeito - ou seja, desconsidera-se a existência de uma norma infraconstitucional cuja legitimidade com o regime constitucional de restrições carece de ser apurada.

4.2.3. **Sequência: a liberdade de expressão perante normas regulamentares proibitivas de actos de expressão**

Na expressão de JOSEPH RAZ, as regras jurídicas (*rules*) são razões para excluir outras razões: têm uma força específica, independente do seu conteúdo, pelo simples facto de serem modelos padronizados para a acção. Metaforicamente falando, as regras

[85] Cfr. Acórdão do TCAS de 15 de Outubro de 2020, Processo n.º 53/20.5BCLSB, disponível em http://www.dgsi.pt/. Exemplos semelhantes podem ser retirados do Ac. TCAS 07.02.2019, Processo n.º 85/18.3BCLSB, onde se afirmou que "(…) ainda que houvesse ali alguma afetação relevante do direito a não ser ofendido ou lesado na honra, dignidade ou consideração social, isso seria num grau muito leve quando comparado com a alternativa de o arguido estar calado a propósito das mesmas questões [a única alternativa cogitável pelo poder judicial neste tipo de sopesamentos comparativos], alternativa esta que seria de uma intensidade média ou alta de afetação ou constrição do direito fundamental previsto no artigo 37º, nºs 1 e 2, da CRP". Veja-se, também, o Ac. TCAS 30.01.2020, Processo n.º 139/19.9BCLSB, onde se decidiu que "[a]qui, as afirmações do arguido, feitas no exercício do direito fundamental previsto no artigo 37º da Constituição, interferem com uma intensidade muito leve no direito fundamental previsto no artigo 26º nº 1 da Constituição, ao passo que considerar tais afirmações violadoras do artigo 112.° nºs 1, 3 e 4 do RDLFPF-2018 e do artigo 26º nº 1 da Constituição seria aceitar uma constrição grave ou muito séria no direito fundamental previsto no cit. artigo 37º da Constituição, assim violando o artigo 18º da Constituição e a máxima metódica da proporcionalidade."

[86] Na medida em que não é, por vezes, explicitada a existência de uma restrição a um direito fundamental mediante a produção de uma norma infraconstitucional, cuja conformidade com o regime constitucional de restrições implica, muito provavelmente, o confronto entre a norma constitucional *protegida* pela norma restritiva e a norma constitucional que esta última vem limitar.

[87] A título de exemplo, cfr. Ac. TCAS 07.02.2019, Processo n.º 85/18.3BCLSB, disponível em http://www.dgsi.pt/.

jurídicas são expressões de compromissos ou juízos a respeitos de soluções de conflitos. Por exemplo, a proibição de expressões que imputem factos ofensivos da honra, resultante dos artigos 77.º, 130.º e 153.º do RDFPF (em conjugação com os deveres enunciados no artigo 12.º do mesmo diploma), constitui um «compromisso», *para uma categoria abstracta de casos*, de prevalência do direito ao bom nome e à reputação (artigo 26.º da Constituição) sobre a liberdade de expressão (artigo 37.º da Constituição). Se a hipótese se verifica, a regra deve ser aplicada, desonerando-se qualquer tarefa ponderatória. Regras proibitivas, como quaisquer outras regras, não podem ser puramente «desconsideradas» por um tribunal, de modo a permitir, sem mais, uma ponderação entre normas de direitos fundamentais em conflito.

Sucede, porém, nas palavras do próprio JOSEPH RAZ, que *"determinados casos estão «simplesmente» fora do âmbito das regras* [internamente aplicáveis] *se as principais razões que apoiam a regra não são aplicáveis a tais casos. Nessa situação, os casos jurídicos encontram-se numa situação de excepção à regra quando algumas das principais razões em prol da regra são aplicáveis a eles, mas o "compromisso ínsito na regra" considera que prevalecem outras considerações em conflito"*[88](62). A questão essencial é, naturalmente, de ordem metodológica: que «peso» deve ser atribuído à regra e como apurar que o «compromisso ínsito na regra» determina que devem prevalecer outras razões em conflito?[89]

O tema em análise, nesta parte final, prende-se com a *legitimidade para ponderar*, no contexto constitucional da separação de poderes. Num exemplo paralelo, perante a vigência de uma regra que proíba circular a mais de 120 km/h na auto-estrada, a avaliação por um agente de autoridade ou por um juiz das circunstâncias do caso (*e.g.*, urgência da marcha, visibilidade boa, faixa desimpedida, inexistência de reincidência) não pode ser feita sem consideração da «existência» da referida regra. O aplicador não pode, sem mais,

[88] Cfr. RAZ, *Practical*, p.187. Em sentido semelhante, sobre os casos (anormais) em que a previsão normativa não só não acompanha a justificação dessa mesma norma, como a contraria frontalmente, cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 34.

[89] Um exemplo ilustrativo é o «landmark case» *Texas v Johnson*, sobre a controvérsia do «flag-burning». Em 1984, na Convenção do Partido Republicano, Gregory Johnson incendiou uma bandeira dos Estados Unidos da América, enquanto os manifestantes entoavam "*America, the red, white and blue, we spit on you"*. Gregory Johnson invocou a inconstitucionalidade, com base na violação da liberdade de expressão de pensamento, da regra penal que criminalizava o ultraje da bandeira. O *Supreme Court* decidiu pela inconstitucionalidade, numa decisão controversa de 5-4, considerando que se tratava de um caso de «intenção» de transmissão de uma mensagem particular, passível de ser compreendida pelos que visualizavam o acto e que, nas circunstâncias referidas, o acto de queimar a bandeira constituía um caso de "*expressive conduct"*, abertamente política, intencional e patente, permitindo a Gregory Johnson invocar a Primeira Emenda. Sobre o caso, REIS NOVAIS, *As Restrições*, pp. 942 ss.

ponderar *(i)* as razões subjacentes à marcha de urgência e as razões que apoiam a conclusão da inexistência de perigo com *(ii)* as razões que determinam a referida proibição. Pode fazê-lo, é verdade, mas é necessário incluir na equação ponderatória o «peso» da existência daquela regra, pelo *simples facto* de existir uma regra criada pela autoridade legitimada para o efeito[90].

Um juízo ponderatório envolve um determinado grau inescapável de discricionariedade decisória. Nessa medida, em democracias constitucionais, as escolhas fundamentais para a comunidade deverão, regra geral, ser levadas a cabo pela autoridade legislativa (Assembleia da República ou Governo), que detêm o maior grau de legitimidade democrática da comunidade. Um exemplo claro do que se afirma é o da *Wesentlichkeitstheorie,* desenhada pelo *Bundesvergfassungsgericht,* nos termos da qual as escolhas *essenciais* para a comunidade devem ser reservadas para a autoridade legislativa e não sujeitas a um «activismo judicial», que se deve pautar por um saudável *self-restraint*[91](63). É com base nessa premissa que a aplicação da fórmula do peso de ALEXY procura acomodar a *objeção institucional* formulada por BÖCKENFORDE, pela qual se sustentou que a fórmula não era coerente com a separação de poderes e, se compreendida literalmente, desembocaria num *Governo de Juízes,* dado que qualquer legislação que restringisse direitos fundamentais seria subsumida à fórmula e livremente «reponderada» por juízes[92].

ALEXY respondeu à objecção com a introdução do factor epistémico da fórmula - a variável «R» -, que já pressupõe que as decisões não são necessariamente tomadas com base em graus semelhantes de certeza empírica e normativa, tornando *activista* qualquer reponderação baseada em fracas assunções epistémicas, ou juízos contra-democráticos[93](64). Todavia, a resposta parece insuficiente.

Nos casos em análise, mediante a «aplicabilidade interna» de uma regra proibitiva do acto de expressão, um juiz não está simplesmente autorizado a realizar uma ponderação para resolver o conflito entre P1 e P2. Existe uma regra que expressa uma

---

[90] Aliás, pode até considerar-se que, quanto mais razões substanciais contrárias à aplicação de uma regra existam, mais se torna relevante, como factor de ponderação, a força atribuída a essa regra, independentemente do conteúdo e das justificações que a apoiem. Cfr. LOPES, *Derrotabilidade normativa*, p. 403.

[91] Cfr., entre tantos, J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito,* Coimbra, Almedina, 2019, p. 122.

[92] Cfr. BÖCKENFORDE, *Constitutional*, pp. 235 ss.

[93] Sobre o activismo judicial, cfr. os vários artigos integrados na obra L. PEREIRA COUTINHO / M. LA TORRE / S. D. SMITH, *Judicial Activism – An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Dordrecht, Springer, 2015.

ponderação abstracta já acima aludida, subordinando P1 a P2. A desaplicação da regra e a *reponderação* do compromisso de princípios que lhe subjaz implica algo mais do que a certeza empírica acerca da interferência na liberdade de expressão ou a relevância abstracta que se lhe atribui. A desaplicação da regra implica, distintamente, que se atenda ao «peso» que a aplicação da regra teria pelo simples facto de essa regra existir. A razão para cumprir a regra criada é P3, um *princípio formal* e remissivo, que determina que a regra internamente aplicável seja aplicada, pelo simples facto de se tratar de uma regra criada por autoridade legítima, ao qual eventualmente se associa a dimensão da segurança jurídica (P4) e o princípio democrático, na medida em que a regra criada seja a expressão de uma vontade democrática.

A introdução dos referidos princípios formais, na equação ponderatória, propicia uma «ponderação global» bastante mais complexa do que aquela que simplesmente atende ao princípio que suporta a permissão de expressão (P1) e ao princípio que se lhe antagoniza (P2). Se a regra proibitiva internamente aplicável proíbe o acto de expressão no caso, o seu suporte principiológico é o de uma ponderação abstracta mediante a qual P2 deve prevalecer sobre P1 em todos os casos que se subsumam à hipótese normativa. E como a existência da regra proibitiva não pode simplesmente ser desconsiderada, desatender a essa regra implica um juízo de prevalência, no caso, de P1 (=liberdade de expressão), quer sobre (P2), que suporta substancialmente a regra proibitiva, quer sobre todos os princípios formais que depõem no sentido da aplicação definitiva da regra internamente aplicável.

A economia do presente artigo não permite estruturar uma formulação completa deste juízo complexo, sempre casuístico, a respeito de uma eventual desaplicação judicial de normas proibitivas formuladas em regulamentos de federações desportivas. Duas notas, porém, parecem certas. A desaplicação de normas restritivas implica sempre o cumprimento de um ónus argumentativo particularmente intenso da parte de quem pretende desaplicar. Porém, a desaplicação de normas regulamentares proibitivas de actos de expressão, embora assente necessariamente num «juízo empírico forte» sobre a interferência (do princípio que suporta a norma restritiva) na liberdade de expressão, acarreta um *ónus argumentativo formal menos intenso* do que a desaplicação de normas legais proibitivas. Desde logo, pelo facto de as primeiras serem editadas por órgãos menos democraticamente legitimados em geral do que as segundas, que também são criadas por órgãos menos constitucionalmente habilitados para operar restrições a direitos fundamentais de agentes desportivos. A avaliação da restrição para efeitos de uma

desaplicação envolve, em última análise, não apenas um juízo sobre a interferência na liberdade de expressão (o «quanto» da restrição) mas também um juízo sobre a legitimidade constitucional para positivar essa mesma restrição («quem» restringiu). À relevância desses dois factores soma-se o critério do destinatário da restrição («quem» se viu limitado na liberdade de expressão). Neste último ponto, qualquer juízo de desaplicação deve respeitar a diferenciação entre normas destinadas a clubes associados a federações desportivas e normas destinadas a outros agentes desportivos. Na realidade, qualquer argumento de *auto-limitação* - cuja valia é relativa - sempre será, no caso dos segundos, bastante diminuído.

Referências

2. Duarte D. Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application. In Himma K, Spaic B, editor. Fundamental Rights: Justification and Interpretation. Haia: Eleven International Publishing; 2016. 2DuarteDStructuring Addressees in Fundamental Rights Norms:An Application. In Himma K, Spaic B, editor. Fundamental Rights: Justification and Interpretation2016HaiaEleven International Publishing

3. Novais JR. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora; 2003. 3NovaisJRAs restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição2003CoimbraCoimbra Editora

4. Alexandrino JM. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa - A Construção Dogmática. II. Coimbra: Almedina; 2006. 4AlexandrinoJMA Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa - A Construção Dogmática.II2006CoimbraAlmedina

5. Fabião G. Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais. Lisbon Law Review. 2017;LVIII;(2). 5. Fabião G. Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais. Lisbon Law Review. 2017;LVIII;(2).

6. Hohfeld W. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. The Yale Law Journal; 1917;XXVI;(8). 6. Hohfeld W. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. The Yale Law Journal; 1917;XXVI;(8).

7. Alexy R. Theorie der Grundrechte. 2006. Silva VA, tradução. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores; 2008. pp. 180-253. 7AlexyRTheorie der Grundrechte.2006. Silva VA, tradução. Teoria dos Direitos Fundamentais2008São PauloMalheiros Editores

8. Hohfeld W. Some Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning. The Yale Law Journal; 1913;XXIII(1). 8. Hohfeld W. Some Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning. The Yale Law Journal; 1913;XXIII(1).

9. THOMSON J. THE REALM OF RIGHTS. CAMBRIDGE: HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1993.
9. THOMSON J. THE REALM OF RIGHTS. CAMBRIDGE: HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1993.

10. RAINBOLT G. THE CONCEPT OF RIGHTS. DORDRECHT: SPRINGER; 2006. 10RAINBOLTGTHE CONCEPT OF RIGHTS2006DORDRECHTSPRINGER
11. WILLIAMS G. THE CONCEPT OF LEGAL LIBERTY. COLUMBIA LAW REVIEW; 1956. VOL. 56;(8):1142-1150; 11. WILLIAMS G. THE CONCEPT OF LEGAL LIBERTY. COLUMBIA LAW REVIEW; 1956. VOL. 56;(8):1142-1150;

12. HALPIN A. FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS RECONSIDERED. CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE; 2003; VOL. XVI;(1):53-54. 12. HALPIN A. FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS RECONSIDERED. CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE; 2003; VOL. XVI;(1):53-54.

13. HALPIN A. RIGHTS AND LAW: ANALYSIS AND THEORY. OXFORD: HART PUBLISHING; 1997. 13HALPINARIGHTS AND LAW:ANALYSIS AND THEORY1997OXFORDHART PUBLISHING
14. ALEXANDRINO JM. ANOTAÇÃO AO ARTIGO 37.º. IN MIRANDA J, MEDEIROS R. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA. I. 2.ª ED. LISBOA: UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA; 2017. 14ALEXANDRINOJMANOTAÇÃO AO ARTIGO 37.º. IN MIRANDA J, MEDEIROS R. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA. I. 2.ª ED2017LISBOAUNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
15. ALEXY R. ON THE STRUCTURE OF PRINCIPLES. RATIO JURIS; 2000. VOL. 13;(3):294 SS. 15. ALEXY R. ON THE STRUCTURE OF PRINCIPLES. RATIO JURIS; 2000. VOL. 13;(3):294 SS.

16. DWORKIN R. TAKING RIGHTS SERIOUSLY. CAMBRIDGE: HARVARD UNIVERSITY PRESS; 1978. 16DWORKINRTAKING RIGHTS SERIOUSLY1978CAMBRIDGEHARVARD UNIVERSITY PRESS
17. BOROWSKI M. LA RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL; 2000. AÑO 20;(59):31 SS. 17. BOROWSKI M. LA RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL; 2000. AÑO 20;(59):31 SS.

18. RAZ J. PRACTICAL REASON AND NORMS. OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS; 1999. 18RAZJPRACTICAL REASON AND NORMS1999OXFORDOXFORD UNIVERSITY PRESS
19. ANDRADE JCV. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976. 6.ª ED. COIMBRA: ALMEDINA; 2021. 19ANDRADEJCVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976.6.ª ED2021COIMBRAALMEDINA
20. GUASTINI R. UNA TEORIA COGNOSCITIVA DE LA INTERPRETACIÓN. ISONOMIA; 2008;(29):16 SS. 20. GUASTINI R. UNA TEORIA COGNOSCITIVA DE LA INTERPRETACIÓN. ISONOMIA; 2008;(29):16 SS.

21. GUASTINI R. ANTINOMIAS Y LAGUNAS. JURÍDICA - ANUARIO DEL DEPAETAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA; 1999;(29). 21. GUASTINI R. ANTINOMIAS Y LAGUNAS. JURÍDICA - ANUARIO DEL DEPAETAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA; 1999;(29).

22. MIRANDA J, SILVA JP. ANOTAÇÃO AO ARTIGO 18.º. IN MIRANDA J, MEDEIROS R. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA. I. 2.ª ED. LISBOA: UNIVERSIDADE CATÓLICA

EDITORA; 2017. 22MIRANDAJSILVAJPANOTAÇÃO AO ARTIGO 18.º. IN MIRANDA J, MEDEIROS R. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA. I. 2.ª ED2017LISBOAUNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
23. NOVAIS JR. DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. LISBOA: AAFDL EDITORA; 2017. 23NOVAISJRDIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL2017LISBOAAAFDL EDITORA
24. ALEXY R. CONSTITUTIONAL RIGHTS AND PROPORTIONALITY. REVUS; 2014;(22):51-65. 24ALEXYRCONSTITUTIONAL RIGHTS AND PROPORTIONALITYREVUS;20142251-65
25. LOPES PM. THE SYNTAX OF PRINCIPLES: GENERICITY AS A LOGICAL DISTINCTION BETWEEN RULES AND PRINCIPLES. RATIO JURIS; 2017; VOL 30;(4):471-490. 25. LOPES PM. THE SYNTAX OF PRINCIPLES: GENERICITY AS A LOGICAL DISTINCTION BETWEEN RULES AND PRINCIPLES. RATIO JURIS; 2017; VOL 30;(4):471-490.

26. ALEXY R. LA FÓRMULA DEL PESO. IN CARBONELL M, EDITOR. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. QUITO: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS; 2008. 26ALEXYRLA FÓRMULA DEL PESO.IN CARBONELL M, EDITOR. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL2008QUITOMINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
27. HABERMAS J. FAKTIZITÄT UND GELTUNG. BEITRÄGE ZUR DISKURSTHEORIE DES RECHTS UND DES DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAATS; 1992. REHG W, TRADUÇÃO. BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY. NEW BASKERVILLE: THE MIT PRESS; 1996. 27HABERMASJFAKTIZITÄT UND GELTUNG.BEITRÄGE ZUR DISKURSTHEORIE DES RECHTS UND DES DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAATS; 1992. REHG W, TRADUÇÃO. BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY1996NEW BASKERVILLETHE MIT PRESS
28. BÖCKENFORDE E. FUNDAMENTAL RIGHTS AS CONSTITUTIONAL PRINCIPLES. ON THE CURRENT STATE OF INTERPRETING FUNDAMENTAL RIGHTS. IN CONSTITUTIONAL AND POLITICAL THEORY: SELECTED WRITINGS. I. NEW YORK: OXFORD UNIVERSITY PRESS;, 2017. 28. BÖCKENFORDE E. FUNDAMENTAL RIGHTS AS CONSTITUTIONAL PRINCIPLES. ON THE CURRENT STATE OF INTERPRETING FUNDAMENTAL RIGHTS. IN CONSTITUTIONAL AND POLITICAL THEORY: SELECTED WRITINGS. I. NEW YORK: OXFORD UNIVERSITY PRESS;, 2017.

29. ALEXY R. THE CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS. REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL;2012; VOL 91;(3):465 SS. 29. ALEXY R. THE CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS. REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL;2012; VOL 91;(3):465 SS.

30. ALEXY R. FORMAL PRINCIPLES: SOME REPLIES TO CRITICS. INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW; 2014; VOL 12;(3):511 SS. 30. ALEXY R. FORMAL PRINCIPLES: SOME REPLIES TO CRITICS. INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW; 2014; VOL 12;(3):511 SS.

31. DWORKIN R. IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE? PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE. NEW JERSEY: PRINCETON UNIVERSITY PRESS; 2008. 31DWORKINRIS DEMOCRACY POSSIBLE HERE?PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE2008NEW JERSEYPRINCETON UNIVERSITY PRESS
32. MÖLLER K. DWORKIN'S THEORY OF RIGHTS IN THE AGE OF PROPORTIONALITY. LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS;2018;(12). 32. MÖLLER K. DWORKIN'S THEORY OF RIGHTS IN THE AGE OF PROPORTIONALITY. LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS;2018;(12).

33. Lopes PM. Derrotabilidade normativa e normas administrativas - o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos. I. Lisboa: AADFL Editora; 2019. 33LopesPMDerrotabilidade normativa e normas administrativas - o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos.I2019LisboaAADFL Editora
34. Beltrán J, Ratti G. The Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility. Oxford: Oxford University Press; 2012. 34BeltránJRattiGThe Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility2012OxfordOxford University Press
35. Kelsen H. Foundations of Democracy. Ethics; 1995; vol 66;(1):14 ss. 35. Kelsen H. Foundations of Democracy. Ethics; 1995; vol 66;(1):14 ss.

36. Dworkin R. Even bigots and holocaust deniers must have their say. The Guardian; 2006 fev 14. Disponível em https://www.theguardian.com/world/2006/feb /14/muhammadcartoons.comment 36. Dworkin R. Even bigots and holocaust deniers must have their say. The Guardian; 2006 fev 14. Disponível em https://www.theguardian.com/world/2006/feb /14/muhammadcartoons.comment

37. Berns W. Freedom, Virtue and the First Amendment. Baton Rouge: Louisiana State University Press; 1957. 37BernsWFreedom, Virtue and the First Amendment1957Baton RougeLouisiana State University Press
38. Dworkin R. Freedom's Law. Cambridge: Harvard University Press; 1997. 38DworkinRFreedom's Law1997CambridgeHarvard University Press
39. Canotilho JJG, Moreira V. Constituição da República Portuguesa Anotada - Artigos 1.º a 107.º. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2007. 39CanotilhoJJGMoreiraVConstituição da República Portuguesa Anotada - Artigos 1.º a 107.º. I. 4.ª ed2007CoimbraCoimbra Editora
40. Schauer F. Free Speech: a Philosophical Enquiry. In Garvey JH, Schauer F, editor. The First Amendment: a Reader. 3.ª reimp. St. Paul: West Group; 2004. 40SchauerFFree Speech:a Philosophical Enquiry. In Garvey JH, Schauer F, editor. The First Amendment: a Reader. 3.ª reimp. St2004PaulWest Group
41. Raz J. Legal Principles and the Limits of Law. The Yale Law Journal; 1972; vol. 81:836-839. . 41. Raz J. Legal Principles and the Limits of Law. The Yale Law Journal; 1972; vol. 81:836-839. .

42. Navarro P, Rodriguez J. Deontic Logic and Legal Systems. Cambridge: Cambridge University Press; 2012. 42NavarroPRodriguezJDeontic Logic and Legal Systems2012CambridgeCambridge University Press
43. Nino CS. Introducción al Análises del Derecho. 2.ª ed. 12.ª reimpr. Buenos Aires: Editorial Astrea; 2003. 43NinoCSIntroducción al Análises del Derecho.2.ª ed. 12.ª reimpr2003Buenos AiresEditorial Astrea
44. Ochoa CH. Conflictos Normativos. México: Universidade Nacional Autónoma de México; 2003. 44OchoaCHConflictos Normativos2003MéxicoUniversidade Nacional Autónoma de México
45. Rocha JF. Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa. Coimbra: Coimbra Editora; 2008. 45RochaJFConstituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço

DE UMA TEORIA ANALÍTICA DA ORDENAÇÃO NORMATIVA2008COIMBRACOIMBRA EDITORA
46. SIECKMANN J. NORMA JURÍDICA. IN ZAMORA J, VAQUERO A, COORDENADORES. ENCICLOPEDIA DE FILOSOFIA Y TEORÍA DEL DERECHO. VOL. 2; 2015. 46. SIECKMANN J. NORMA JURÍDICA. IN ZAMORA J, VAQUERO A, COORDENADORES. ENCICLOPEDIA DE FILOSOFIA Y TEORÍA DEL DERECHO. VOL. 2; 2015.

47. DUARTE D. DRAWING UP THE BOUNDARIES OF NORMATIVE CONFLICTS THAT LEAD TO BALANCES. IN SIECKMANN J, EDITOR. LEGAL REASONING: THE METHODS OF BALANCING; 2010. 47DUARTEDDRAWING UP THE BOUNDARIES OF NORMATIVE CONFLICTS THAT LEAD TO BALANCES.IN SIECKMANN J, EDITOR2010LEGAL REASONINGTHE METHODS OF BALANCING
48. CANAS V. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NA CONFORMAÇÃO E NO CONTROLO DE ATOS LEGISLATIVOS. COIMBRA: ALMEDINA; 2019. 48CANASVO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NA CONFORMAÇÃO E NO CONTROLO DE ATOS LEGISLATIVOS2019COIMBRAALMEDINA
49. SAMPAIO JS. PROPORTIONALITY IN ITS NARROW SENSE AND MEASURING THE INTENSITY OF RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS. IN DUARTE D, SAMPAIO JS, EDITORS. PROPORTIONALITY IN LAW - AN ANALYTICAL PERSPECTIVE. DODRECHT: SPRINGER; 2018. 49SAMPAIOJSPROPORTIONALITY IN ITS NARROW SENSE AND MEASURING THE INTENSITY OF RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS.IN DUARTE D, SAMPAIO JS, EDITORS. PROPORTIONALITY IN LAW - AN ANALYTICAL PERSPECTIVE2018DODRECHTSPRINGER
50. MORESO JJ. ALEXY Y LA ARITMÉTICA DE LA PONDERACIÓN. IN CARBONELL M, EDITOR. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. QUITO: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS; 2008. 50MORESOJJALEXY Y LA ARITMÉTICA DE LA PONDERACIÓN.IN CARBONELL M, EDITOR. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL2008QUITOMINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
51. ZORRILLA DM. ALTERNATIVAS A LA PONDERACIÓN - EL MODELO DE SUSAN L. HURLEY. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL; 2009;(86):119 SS. 51. ZORRILLA DM. ALTERNATIVAS A LA PONDERACIÓN - EL MODELO DE SUSAN L. HURLEY. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL; 2009;(86):119 SS.

52. ALEXY R. ON BALANCING AND SUBSUMPTION - A STRUCTURAL COMPARISON. RATIO JURIS; 2003;(4):436 SS. 52. ALEXY R. ON BALANCING AND SUBSUMPTION - A STRUCTURAL COMPARISON. RATIO JURIS; 2003;(4):436 SS.

53. TVERSY A, KAHNEMAN D. JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES. SCIENCE; 1974;(185):1124-1131. 53TVERSYAKAHNEMANDJUDGMENT UNDER UNCERTAINTY HEURISTICS AND BIASESSCIENCE;19741851124-1131
54. LOPES PM. A PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL REALISTA: PRESSUPOSIÇÕES TEÓRICAS NA INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS CONSTITUCIONAIS E O PROBLEMA DA DIMENSÃO EPISTÉMICA NA PONDERAÇÃO. JUS DICTUM; 2019;(1):34 SS. 54. LOPES PM. A PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL REALISTA: PRESSUPOSIÇÕES TEÓRICAS NA INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS CONSTITUCIONAIS E O PROBLEMA DA DIMENSÃO EPISTÉMICA NA PONDERAÇÃO. JUS DICTUM; 2019;(1):34 SS.

55. MORAIS CB. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL - O DIREITO DO CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL. II. 2.ª ED. COIMBRA: COIMBRA EDITORA; 2011. 55MORAISCBJUSTIÇA

CONSTITUCIONAL - O DIREITO DO CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL.II. 2.ª ED2011COIMBRACOIMBRA EDITORA
56. PINO G. APPLICABILITÁ DELLE NORME GIURIDICHE. DIRITTO & QUESTIONE PUBBLICHE; 2011;(11):819 SS. 56. PINO G. APPLICABILITÁ DELLE NORME GIURIDICHE. DIRITTO & QUESTIONE PUBBLICHE; 2011;(11):819 SS.

57. NAVARRO P, MORESO JJ. APPLICABILITY AND EFFECTIVENESS OF LEGAL NORMS. LAW AND PHILOSOPHY; 1997;(16):201 SS. 57. NAVARRO P, MORESO JJ. APPLICABILITY AND EFFECTIVENESS OF LEGAL NORMS. LAW AND PHILOSOPHY; 1997;(16):201 SS.

58. ENDICOTT T. LINGUISTIC INDETERMINACY. OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES; 1996; VOL. 16;(4). 58. ENDICOTT T. LINGUISTIC INDETERMINACY. OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES; 1996; VOL. 16;(4).

59. DUARTE D. LINGUISTIC OBJECTIVITY IN NORM SENTENCES: ALTERNATIVES IN LITERAL MEANING. RATIO JURIS; 2011; VOL. 24;(2):111-138. 59. DUARTE D. LINGUISTIC OBJECTIVITY IN NORM SENTENCES: ALTERNATIVES IN LITERAL MEANING. RATIO JURIS; 2011; VOL. 24;(2):111-138.

60. LOPES PM. SOBRE AS SENTENÇAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL QUALITATIVA: ENUNCIADOS CONSTITUCIONAIS DE PREFERÊNCIA. IN MORAIS CB, COORDENADOR. AS SENTENÇAS INTERMÉDIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. LISBOA: AAFDL; 2009. 60LOPESPMSOBRE AS SENTENÇAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL QUALITATIVA:ENUNCIADOS CONSTITUCIONAIS DE PREFERÊNCIA. IN MORAIS CB, COORDENADOR. AS SENTENÇAS INTERMÉDIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL2009LISBOAAAFDL
61. GUIDE SUR L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - LIBERTÉ D'EXPRESSION. PREMIÈRE EDITION. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; 2020. 61. GUIDE SUR L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - LIBERTÉ D'EXPRESSION. PREMIÈRE EDITION. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; 2020.

62. SCHAUER F. PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE. OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS; 1991. 62SCHAUERFPLAYING BY THE RULES:A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE1991OXFORDOXFORD UNIVERSITY PRESS
63. NOVAIS JR. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DE ESTADO DE DIREITO. COIMBRA: ALMEDINA; 2019. 63NOVAISJRPRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DE ESTADO DE DIREITO2019COIMBRAALMEDINA
64. COUTINHO LP, TORRE M, SMITH SD. JUDICIAL ACTIVISM - AN INTERDISCIPLINARY APPROACH TO THE AMERICAN AND EUROPEAN EXPERIENCES. DORDRECHT: SPRINGER; 2015. 64COUTINHOLPTORREMSMITHSDJUDICIAL ACTIVISM - AN INTERDISCIPLINARY APPROACH TO THE AMERICAN AND EUROPEAN EXPERIENCES2015DORDRECHTSPRINGER

Notas biográficas

Pedro Moniz Lopes

Faculdade de Direito

Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

Cidade Universitária

1649-014 Lisboa

plopes@fd.ulisboa.pt

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público. Árbitro do TAD. Membro do LxLTG (Lisbon Legal Theory Group). www.lxltg.com.

Sara Moreira de Azevedo

Faculdade de Direito

Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

Cidade Universitária

1649-014 Lisboa

saraazevedo@fd.ulisboa.pt

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público. Membro do LxLTG (Lisbon Legal Theory Group). www.lxltg.com.