

LIBERDADE DE IMPRENSA E VIDA PRIVADA (*)

*Pelo Dr. Ricardo Leite Pinto (**)*

SUMÁRIO

1. Delimitação do objecto do estudo

CAPÍTULO I (Liberdade de Imprensa)

2. A Liberdade de Imprensa

2.1. Referência história

2.2. A Liberdade de Imprensa no Direito Comparado

2.3. A Liberdade de Imprensa no Direito Internacional

2.3.1. A Declaração Universal dos Direitos do Homem

2.3.2. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

2.4. A Liberdade de Imprensa no Direito Constitucional Português

2.4.1. A Liberdade de Imprensa como modo de ser qualificado das Liberdades de Expressão e Informação

2.4.2. A Liberdade de Expressão, Direito de Informação e Liberdade de Imprensa

2.4.2.1. Fontes dos arts. 37.º e 38.º

2.4.2.2. A Liberdade de Expressão (art. 37.º, n.º 1, 1.ª parte)

2.4.2.3. O Direito de Informação (art. 37.º, n.º 1, 2.ª, parte)

2.4.2.4. A Liberdade de Imprensa (art. 38.º, n.ºs 1 e 2): definição do seu âmbito normativo

2.4.2.4.1. O problema dos Limites à Liberdade de Imprensa (remissão)

(*) Relatório elaborado no âmbito do Seminário de Ciência Política e Direito Constitucional, orientado pelo Prof. José Joaquim Gomes Canotilho, do Curso de Mestrado de Direito Público da Universidade Lusfada (1992/1994).

(**) Advogado e Assistente do Departamento de Direito da Universidade Lusfada.

CAPÍTULO II (Vida Privada)

3. Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

3.1. Referência histórica

3.2. O Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar no Direito Comparado

3.2.1. O *right of privacy* norte americano3.2.2. O *droit au respect de la vie privée* francês3.2.3. O *diritto alla vita privata* e o *diritto alla riservatezza* italiano3.2.4. O *Individualsphäre*, o *Geheimsphäre* e o *Privatsphäre* germânicos3.2.5. O *derecho a la intimidad* espanhol

3.3. O Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar no Direito Internacional

3.3.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem

3.3.2. Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

3.4. O Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar no Direito Constitucional português

3.4.1. As Constituições anteriores

3.4.2. O âmbito normativo do Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1)

3.4.2.1. Fontes do art. 26.º, n.º 1

3.4.2.2. O âmbito normativo do Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (sequência)

3.4.2.2.1. A distinção do Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e outros direitos conexos

3.4.2.2.2. A dificuldade da definição do Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

3.4.2.2.3. Bens jurídicos incluídos no âmbito de protecção do Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

3.4.2.2.4. A relatividade do bem jurídico intimidade da vida privada e familiar

3.4.2.2.5. A dignidade da pessoa humana e a liberdade, como fundamentos para o Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

3.4.2.2.6. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar na perspectiva da acumulação de direitos

3.4.3. A articulação do art. 80.º, n.º 2 do Código Civil com o art. 26.º, n.º 1 da CRP

CAPÍTULO III (Conflito entre a Liberdade de Imprensa e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar)

4. Introdução: conflitos e concorrência de direitos, conflitos reais e aparentes

4.1. O problema dos limites à Liberdade de Imprensa e ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

4.1.1. Limites à Liberdade de Imprensa

4.1.2. Limites ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

4.2. Os critérios da concordância prática, da ponderação de valores e da prevalência de direitos, na solução dos conflitos entre a Liberdade de Imprensa e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

4.3. A situação das chamadas «figuras públicas»

4.3.1. As pessoas que exercem uma actividade pública e beneficiam de notoriedade

4.3.2. As pessoas que participam num processo judicial

4.3.3. Titulares de cargos políticos

CAPÍTULO IV (Conclusões)

Bibliografia

«... per quanto la questione (media e privacy) sia articolata e complessa, è possibile sintetizzarla in un panorama più rapidamente schematizzabile. Vale dunque la pena di riprendere la proposta che Umberto Eco ha avanzato in un testo ormai datato, ma ancora per certi versi molto significativo — Apocalittici e integrati. Eco ha in fondo raccolto le risposte alle domande precedenti in due grandi universe: quello degli apocalittici, per cui i media generano una società praticamente autoritaria, orientata attorno al controllo da parte degli apparati economico-politico-culturali di un cittadino medio spersonalizzato e sostanzialmente deculturizzato; e quello degli integrati, per cui i media al contrario favoriscono la piena realizzazione delle istanze — giudicate positive — della società democratica occidentale»

«La intimidad, como fenómeno, es en parte narcisista y en parte prometeica. Hasta qué punto Narciso y hasta dónde Prometeo? La intimidad se aprecia en si misma y por si misma o principalmente en razón de utilidad? La intimidad de Narciso es recrearse, deleitarse en la propia soledad, corrigiendo el riesgo de morir por ella a causa della, como Narciso que, de tanto contemplarse en aquel lago, en él se ahogó. La propia contemplación de nuestra intimidad también puede ahogarnos, porque la intimidad no se concibe sin los otros, aunque no sea más para esgrimirla frente a ellos. El hombre es un ser eminentemente social, es lo «que hacia otro». No en vano el ostracismo ha sido considerado siempre como uma de las penas más crueles, más dolorosas. El aislamiento puede ser morboso e patológico. Hay soledad penosa e soledad fecunda como la del artista, la del filósofo, la del científico, soledades que no son narcisistas, sino útiles, para producir, para crear, como útil es también la soledad en la que se recoge el hombre normal para descansar, para reponer fuerzas, para huir por unos instantes del mundanal ruido. No en vano ha sido definida la intimidad como «el derecho a ser dejado solo», «el derecho a ser dejado en paz». Esa dimensión utilitarista, pragmática, es la dimensión prometeica de la intimidad».

LUIS M.^a FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, p. 264

1. Delimitação do objecto do estudo

A discussão acerca do conflito entre a reserva da intimidade da vida privada e a liberdade de imprensa, é, entre nós, uma discussão actual ⁽¹⁾.

Apesar disso, a comunidade jurídica nacional não tem dado ao tema especial relevância. Continuam a ser escassos os trabalhos

⁽¹⁾ Registem-se a título exemplificativo, entre muitos outros, os artigos sobre o tema saídos na imprensa recentemente, de PACHECO PEREIRA, *Privacidade e Identidade*, in *Diário de Notícias* de 21/1/93 e de VASCO PULIDO VALENTE, *Figuras Públicas*, in *O Independente* de 23/2/93.

jurídicos sobre o conteúdo, os limites e as situações de conflito entre ambos aqueles dois direitos fundamentais ⁽²⁾.

Inversamente, a literatura jurídica estrangeira tem sido prolífica no tratamento da matéria, acompanhando o desenvolvimento dos *mass media* audiovisuais e o aparecimento de sofisticadas tecnologias de recolha e produção de informação.

Para alguns Autores, a última vintena de anos, traduzir-se-ia, do ponto de vista das relações entre os *media* e a privacidade dos cidadãos, num autêntico *assault on privacy* evocando os romances 1984 de ORWELL ou *Brave New World* de HUXLEY ⁽³⁾. Alguns destes Autores traduziriam, no fundo, a corrente dos «*apocalittici*» de que fala UMBERTO ECO, na citação que abre este texto.

Outros falam mesmo da «industrialização da indiscrição» ⁽⁴⁾, como pauta de comportamento do Estado, dos órgãos de comunicação social e mesmo dos particulares, nos últimos anos. Mas em paralelo com esses problemas, outros se prefiguram, com relevo para o conflito entre liberdade de imprensa e vida privada, que de forma esquemática poderíamos resumir assim:

- a) o novo papel dos *media* nas sociedades democráticas modernas, como agentes e indicadores das mudanças de valor, gostos e tendências culturais, o que se liga às novas «representações da vida privada» através dos órgãos de comunicação social;
- b) o esbatimento, e a decorrente dificuldade, em separar a esfera do público, da do privado, o privado, do íntimo — a dupla perspectiva, «prometaica» e «narcisista» da

⁽²⁾ Embora não abordando especificamente o confronto entre liberdade de imprensa e vida privada, mas incluindo algumas referências, recenseámos ARTUR RODRIGUES DA COSTA, *A Liberdade de Imprensa e as Limitações decorrentes da sua função* in *Revista do Ministério Público*, Ano 10.º, n.º 37, 1989, pp. 7 a 31, *Comentário à Sentença do 17.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa* in *Revista do Ministério Público*, Ano 13.º, n.º 51, pp. 163 e segs. e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguesa* in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3697 a 3699, Ano 115.º.

⁽³⁾ Cfr. GIOVANNI FERRI, *Persona y Privacy*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Janeiro-Abril, 1982, n.ºs 1-2/3-4, p. 74.

⁽⁴⁾ Cfr. FERNANDO ZUBIRIS DE SALINAS, *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1989, p. 244, citando DE CUPIS.

- vida privada — o que provoca a confluência da informação e da intimidade num espaço sem fronteiras nítidas;
- c) a conceptualização da informação e da intimidade como valores, ambos ligados à dignidade da pessoa humana, e ambos inerentes, de certa forma, à personalidade e à liberdade; ou seja, a «vida democrática» não prescindiria de valores como a informação e a intimidade, e aqui, de certa forma, visualizaríamos os «*integrati*» umbertianos ⁽⁵⁾;

Existe, pois, uma tensão, entre liberdade de imprensa e vida privada, cuja solução releva da aplicação de critérios usualmente estudados em sede de Direito Constitucional de Conflitos ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾.

Para o propósito do presente trabalho trataremos de conceptualizar as soluções e os métodos possíveis para resolver um hipotético conflito entre ambos os direitos fundamentais, à luz da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Trata-se de carrear pistas e de tentar fornecer soluções, para, perante um caso concreto, dirimir um conflito entre a liberdade de imprensa (art. 38.º, n.º 1) e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1).

Não se buscará um critério geral para a resolução de conflitos de direitos fundamentais. A radicação subjectiva de um direito depende das circunstâncias concretas em que esse direito é, ou pretende ser, exercido ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Ver, para uma discussão da liberdade de imprensa e da intimidade, na perspectiva do conflito de valores, ARMANDO RIGOBELLO, *Informazione e Riservatezza come valori in Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Ano III, n.º 2, pp. 215 e segs.

⁽⁶⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, n.ºs 3815, 3821, 3822 e 3823 e Seminário de Ciência Política e Direito Constitucional do Mestrado de Direito Público da Universidade Lusíada (1992/94).

⁽⁷⁾ O que, em rigor, exclui o tratamento da matéria ao nível de outros ramos do direito, como o Direito Penal, o Direito Civil ou o Direito Processual, sem prejuízo de, pontualmente, recorrermos a perspectivas de abordagem típicas de alguns desses ramos do Direito, para ilustrar o tratamento da matéria, em sede de Direito Comparado.

⁽⁸⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.ª edição, Coimbra, 1991, p. 659.

Assim, na sequência sistemática do presente trabalho, começar-se-á por tentar delimitar, com recurso ao direito comparado e ao direito internacional, e acessoriamente à história constitucional portuguesa, o âmbito de protecção da liberdade de imprensa e do direito à reserva da intimidade da vida privada. Após o que se analisará a potencial colisão entre ambos os direitos, fornecendo alguns critérios susceptíveis de resolver o conflito.

Finalmente, importa advertir, do ponto de vista terminológico, a designação exacta do direito em eventual conflito com a liberdade de imprensa, é, como se escreveu, direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Contudo, em face das abundantes assimetrias terminológicas e de conteúdo, com que tal direito é perspectivado ao nível do direito comparado — «*privacy*», «*riservatezza*», «*Geheimsphäre*», «*intimidad*», «*vie privée*» — utilizaremos, também, as expressões «vida privada» ou «intimidade», para designar genericamente a mesma realidade.

CAPÍTULO I

LIBERDADE DE IMPRENSA

2. A liberdade de imprensa

Levanta-se, na abordagem inicial da liberdade de imprensa, uma prévia questão terminológica, qual seja a de saber se a expressão utilizada na epígrafe é sinónima de liberdade de informação ou de direito de informação. A resposta, à luz do direito constitucional português vigente, remete-nos para o conjunto de direitos concorrentes, que do art. 37.º ao art. 40.º da C.R.P. 1976, se incluem naquilo a que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA designam por «constituição da informação» ⁽⁹⁾. E, na Lei Fundamental parece clara a ideia de que a liberdade de expressão contida no art. 37.º, assume um papel matricial em relação aos restantes direi-

⁽⁹⁾ Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, p. 225.

tos, liberdades e garantias da informação, e desde logo constituindo um pressuposto para a liberdade de imprensa e o direito de informação.

Apesar disso, o âmbito normativo da liberdade de imprensa é diverso do direito de informação ou da liberdade de expressão, como adiante veremos.

Assim, e por liberdade de imprensa, para o propósito do presente trabalho, entender-se-á o exercício da liberdade de expressão e do direito de informação (na sua tríplice perspectiva de direito a informar, de se informar e de ser informado), «através dos órgãos de comunicação de massa independente da sua forma» ⁽¹⁰⁾.

Aceite esta definição, como instrumento de trabalho, que será melhor dilucidada num capítulo posterior, veremos como a liberdade de imprensa, se recortou historicamente, em alguns dos momentos mais significativos da história do constitucionalismo, e desde logo do constitucionalismo português, dando conta, igualmente, da forma como algum direito constitucional comparado o consagra, após o que, tentaremos delimitar o âmbito de protecção desse direito, para podermos, de seguida, estudar o eventual conflito com a reserva da intimidade da vida privada.

2.1. *Referência histórica*

As três grandes experiências históricas precursoras do liberalismo e da ideia constitucional, e que deram lugar aquilo a que JIMENEZ DE PARGA apelida de «regimes democráticos de tradição democrática» ⁽¹¹⁾, a saber, a experiência britânica, a americana e a francesa, conferiram à liberdade de expressão, e com base nela ao desenvolvimento da liberdade de imprensa, um papel nuclear na consolidação dos respectivos regimes democráticos.

Basta recordar que foi a através da embrionária imprensa de Nova York, que alguns dos mais proeminentes *founding fathers* do

⁽¹⁰⁾ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit. p. 230.

⁽¹¹⁾ Cfr. *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*, 6.^a edição, Madrid, 1983, p. 153 e segs.

regime político norte americano, como HAMILTON, MADISON ou JAY, sob o pseudónimo comum de PUBLIUS, travaram um duro combate em defesa dos princípios fundamentais que a Convenção de Filadélfia havia corporizado no projecto constitucional que viria a transformar-se na Constituição de 1787 ⁽¹²⁾.

Não esqueçamos também que na Grã-Bretanha, considerada justamente uma das pátrias da liberdade de imprensa, foi esta última que consolidou ao longo dos anos uma das traves mestras do actual regime político inglês: a soberania da opinião pública. ⁽¹³⁾

E finalmente quem, senão a imprensa, do apaixonado «*Vieux Cordelier*» de CAMILLE DESMOULINS ao circunspecto «*Mercure*», contribuíram para a difusão dos grandes ideais da Revolução Francesa, e, desde logo, da própria liberdade de imprensa?

Não admira, pois, que o *Bill of Rights* se preocupe, ainda no século XVII, em proteger a liberdade da palavra dos parlamentares, primeiro passo, que da defesa da palavra dita, vai rapidamente passar para a liberdade da palavra escrita. E que, em 1776, a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia, consagre «A liberdade de imprensa» como «um dos grandes baluartes da liberdade» e que «nunca deve ser restringida por governos despóticos», ideia que será repetida logo no primeiro Aditamento à Constituição dos Estados Unidos, aprovado em 1789.

E é ainda esta ideia, que talvez de forma mais enfática, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do mesmo ano de 1789, consagra:

«A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.»

⁽¹²⁾ Cfr. NUNO ROGEIRO, *A Constituição do EUA (Anotada e seguida de um estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos)*, Lisboa, 1993, p. 109.

⁽¹³⁾ Cfr. JIMENEZ DE PARGA, *Los Regímenes Políticos contemporáneos*, cit., p. 370.

Por aqui se vê que a liberdade de expressão, e a ela associada a liberdade de imprensa, constituem momentos genéticos do constitucionalismo e do Estado liberal.

O que desde logo nos permite filiar historicamente a liberdade de imprensa no quadro da construção da Democracia, constatação que, como se verá, releva para uma determinação não exclusivamente individual-subjectiva desse direito, no actual constitucionalismo português.

Contudo, uma leitura, ainda que superficial, dos dois documentos historicamente precursores da liberdade de imprensa, a Constituição norte-americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, permite constatar uma diferença de tratamento que teve repercussões nos ordenamentos jurídicos de outros países.

O modelo francês tinha a característica de consagrar um limite predeterminado à liberdade de expressão e de imprensa, justamente, a lei, destinada a reprimir os abusos resultantes da utilização excessiva de tal direito.

O texto norte americano, definia-se pelo pleno reconhecimento da liberdade de expressão, mesmo no confronto com a lei, o que fazia pressupor que tal liberdade era a raiz da liberdade de associação, da liberdade de reunião, da liberdade religiosa e mesmo da própria vida civil.

Ora, como assinala GIUSEPPE CORASANITTI, «a evolução legislativa no século passado nos países europeus fundou-se substancialmente no modelo francês» ⁽¹⁴⁾.

Tal constatação, pode revelar-se importante, para a discussão a propósito dos limites à liberdade de imprensa no direito português.

Por ora, vejamos algumas normas de direito comparado sobre liberdade de imprensa, cingindo-nos a cinco experiências constitucionais, que também servirão de referência no estudo do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, por estarem próximas do direito constitucional português, ou mesmo por terem

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Diritto dell'Informazione*, Pádua, 1992, p.3.

influenciado directamente a Constituição de 1976: E.U.A., França, Itália, Alemanha e Espanha.

2.2. *A liberdade de imprensa no direito comparado*

Neste capítulo limitar-nos-emos, como se disse, a uma sucinta referência às Constituições dos E.U.A., da França, da Itália, da Alemanha e da Espanha.

Ao invés do direito à intimidade da vida privada, cujos contornos variam significativamente de ordem jurídica para ordem jurídica, tornando-se necessário um maior desenvolvimento no tratamento do direito comparado nessa matéria, a liberdade de imprensa surge-nos com um tratamento quase idêntico, nos países referidos.

Nada mais se dirá no que concerne aos textos constitucionais norte-americano e francês. No caso americano, vimos já o preceito da Constituição de 1787, em rigor o seu I Aditamento, hoje em vigor. No que respeita à Constituição francesa actual, é sabido que a sua parte dogmática, se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expressamente mantida em vigor pela Constituição de 1958, e que também vimos antes.

Por seu lado, o artigo 5.º da Lei Fundamental de Bona de 1949, consagra um conceito de imprensa em sentido estrito, referindo-se expressamente à liberdade de imprensa, por um lado, e à liberdade de informação pela rádio, televisão e cinema, por outro ⁽¹⁵⁾.

No n.º 2 do art. 5.º prevê-se uma cláusula consagradora de limites: as leis gerais, as leis de defesa da juventude e as garantias do direito à honra.

A relevância da Lei Fundamental de Bona, nesta matéria, tem sobretudo a ver com o conceito de «lei geral», referido neste artigo, e com o desenvolvimento dogmático seguido pela jurisprudência alemã, sobre a aplicação de critérios para resolver conflitos de direitos.

⁽¹⁵⁾ Cfr. KARL HEINZ SEIFERT e DIETER HOMIG (orgs.), *Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland*, (2.ª edição), Baden-Baden, 1985, pp. 67 e segs.

À questão das leis gerais voltaremos a propósito do n.º 3 do art. 37.º da nossa Constituição ⁽¹⁶⁾.

O art. 21.º da Constituição Italiana de 1947, por seu lado, consagra a liberdade de imprensa em termos amplos, começando por referir que «todos têm direito a manifestar livremente o seu próprio pensamento através da palavra, da escrita ou qualquer outro meio de difusão». Prevê-se ainda (art. 21.º, n.º 2) que a imprensa não pode estar sujeita a qualquer autorização ou a «censura», numa referência expressa à «stampa», o que fornece argumentos para se defender a ideia que o legislador constitucional transalpino «adotou um conceito de imprensa em sentido restrito» ⁽¹⁷⁾.

A garantia constitucional da liberdade de expressão, nela se englobando a transmissão de opiniões e informações através dos *mass media*, encontra como único limite expresso, as manifestações «contrárias aos bons costumes».

Contudo, a Constituição italiana, com carácter de originalidade em relação às restantes Constituições estudadas, prevê um mecanismo de «sequestro» preventivo da imprensa, determinado pela autoridade judicial, ou excepcionalmente pela polícia judiciária, em caso de violação de bens ou normas previstas na lei ⁽¹⁸⁾.

A jurisprudência italiana vem salientando a liberdade de expressão e difusão de ideias, como um pressuposto e uma manifestação da democracia representativa, um instrumento de promoção da pessoa humana e condição indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade e da efectiva participação dos cidadãos na organização económica, social e política do país.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional italiano vem definindo tal direito, como uma «pedra angular» do ordenamento democrático ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Ver sobre o conceito de lei geral à luz da doutrina e da jurisprudência alemãs NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, Coimbra, 1984, pp. 279 e segs.

⁽¹⁷⁾ Assim NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 12.

⁽¹⁸⁾ Cfr. CARLO BORTOLANI, *Guida alla Costituzione (articolo per articolo)*, (4.ª edição), Bolonha, 1987, p. 51.

⁽¹⁹⁾ Ver a jurisprudência referenciada em GIUSEPPE CORASANITTI, *Diritto dell'Informazione*, cit., pp. 5 e segs.

A Constituição Espanhola de 1978, deve ser trazida à colação nesta perfunctória análise de direito constitucional comparado vigente, por uma razão muito especial.

É que, de todos os textos constitucionais assinalados, e inclusive à face da Constituição Portuguesa actual, é o único que de forma expressa, consagra como limite à liberdade de expressão e ao direito de informação, o direito à intimidade (art. 20.º, n.º 4).

Como a doutrina espanhola defende, o art. 20.º, genericamente consagrado à liberdade de expressão, admitiria no seu seio, várias manifestações desse direito. Assim o decantado art. 20.º abrangeria a liberdade ideológica (art. 20.º, n.º 1, al. a)), a liberdade criativa em matéria de propriedade intelectual (art. 20.º, n.º 1, al. b)), a liberdade de cátedra (art. 20.º, n.º 1, al. c)) e a liberdade informativa (art. 20.º, n.º 1, al. d)) (20).

Ora, todas estas dimensões da liberdade de expressão, e em concreto a liberdade informativa «têm como limite o respeito dos direitos reconhecidos neste título, os preceitos das leis que os desenvolvem, e especialmente o direito à honra, à intimidade, à imagem e à protecção da juventude e da infância».

Com base nesta formulação, tem-se verificado alguma flutuação jurisprudencial do Tribunal Constitucional, que ora situa a liberdade de informação em posição de supremacia perante a intimidade (partindo da dicotomia interesse geral/interesse privado) ora sustenta posição inversa (21).

Outrossim, o texto constitucional não é alheio a uma polémica doutrinal e jurisprudencial, a propósito da existência de limites implícitos, não previstos constitucionalmente, à liberdade de informação (22).

(20) Cfr. CARLOS LASARTE ALVAREZ, *Derecho a la Intimidad versus Libertad Informativa: la primacia constitucional de la intimidad* in Tapia, Maio-Junho, 1992 p. 3.

(21) Cfr. LASARTE ALVAREZ, *Derecho a la Intimidad versus Libertad Informativa*, cit., p. 4. Cfr. ainda uma súmula das decisões jurisprudenciais sobre a matéria, em JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS, JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO E JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ (orgs.), *Constitución Española*, Madrid, 1988, pp. 54 e segs.

(22) Cfr. MARC CARRILLO, *Los Límites a la Libertad de Prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, 1987, p. 25.

Uma e outra das questões, ou pelo menos alguns dos seus desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais, servir-nos-ão para, em capítulo ulterior, pontualizar o problema dos limites à liberdade de imprensa no direito constitucional português.

2.3. *A liberdade de imprensa no direito internacional*

A liberdade de expressão através dos meios de comunicação de massa, tem acolhimento na generalidade dos documentos de direito internacional relativos aos Direitos do Homem.

É o caso, desde logo, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Nova York, em 1948 (art. 19.º), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (art. 10.º) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 19.º).

Vejamos, dada a sua relevância — embora desigual ⁽²³⁾ — para o Direito português, e de alguma forma para a solução que veio a ser adoptada no texto constitucional de 1976, a Declaração Universal, o Pacto Internacional e a Convenção Europeia.

2.3.1. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*

O artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê:

«Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas

⁽²³⁾ É sabido que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi aprovada por Resolução, na Assembleia Geral das Nações Unidas, não vinculando portanto os Estados, não sendo, é evidente, um tratado ou uma convenção. De qualquer forma, por força do art. 16.º n.º 2 da Constituição, a DUDH serve de parâmetro de interpretação e de integração das normas constitucionais e legais de direitos fundamentais. E na medida em que alguns dos seus princípios forem também normas de direito internacional consuetudinário ou convencional, essas normas vigorarão na ordem interna portuguesa, como verdadeiro direito, por força do art. 8.º n.º 1 da CRP. Quanto à CEDH e ao PIDCP, ambos foram aprovados por acto legislativo, e, posteriormente ratificados, bem como os respectivos protocolos adicionais, vigorando na ordem interna portuguesa por força do art. 8.º n.º 2 da CRP. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 137.

suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão» ⁽²⁴⁾.

Como se constata, o texto refere-se ao direito de emitir opiniões, num enunciado que pode traduzir-se, numa primeira aproximação, por liberdade de expressão. Mas a liberdade de expressão, na DUDH, reporta-se, em rigor, à liberdade de imprensa no sentido inicialmente traçado.

Ou seja, a Declaração reúne no mesmo artigo duas liberdades fundamentais, autonomizando claramente ambas, embora pressupondo que a liberdade de pensamento e expressão é também o fundamento da liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias.

Saliente-se que a Declaração consagra um direito de informação no qual se incluem duas das suas mais importantes dimensões, que alguns autores autonomizam: o direito a informar e o direito a receber informação.

Há, em qualquer caso, uma distinção conceptual importante, qual seja a de que a liberdade de opinião, como se expressa a Declaração, tem sobretudo a ver com as ideias, as concepções, os juízos, que o cidadão tem e é livre de comunicar aos outros, inclusive pelos meios de comunicação de massa.

A liberdade de imprensa, que se liga ao inciso «meio de expressão» — que só pode significar, saliente-se, meio de comunicação, — conexiona-se com o que os textos constitucionais mais recentes apelidam de direito de informação (procurar, receber e difundir informações).

Tal diferenciação é relevante, já que hoje, parte significativa da doutrina e da jurisprudência separa a opinião, da informação, na definição do âmbito de protecção da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. De resto, essa separação, vem também

⁽²⁴⁾ Redacção conforme com o texto publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 9 de Março de 1978. O texto final deste artigo foi aprovado por 44 votos a favor, 7 contra e 2 abstenções. Cfr. para um roteiro dos debates e das várias versões discutidas em comissão, ALBERT VERDOOT, *Declaracion Universal de los Derechos del Hombre (Nacimiento e Significacion)*, Bilbao, 1970, pp. 180 e segs.

sendo acolhida nos estatutos editoriais dos órgãos de comunicação social e faz parte da generalidade dos Códigos Deontológicos dos jornalistas no mundo ⁽²⁵⁾.

Os comentadores da Declaração Universal, articulando o art. 19.º com o art. 30.º, que refere não poderem os direitos contidos na Declaração ser interpretados para autorizar a destruição de outros direitos do mesmo texto, salientam que a liberdade de expressão quanto a ideias e informações, só pode sofrer as limitações estabelecidas por lei, necessárias à salvaguarda de outros direitos e liberdades, e não poderá nunca ser exercida contra os fins e princípios das Nações Unidas ⁽²⁶⁾.

2.3.2. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*

O texto assinado em Roma a 4 de Novembro de 1950 e aprovado para ratificação entre nós pela Lei 65/78 de 13 de Outubro, consagra um extenso preceito à matéria da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

O seu texto reza assim:

- «1. *Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.*
2. *O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela*

⁽²⁵⁾ Ver entre nós, o ponto 1 do Código Deontológico dos jornalistas, aprovado em 4/5/93, onde se lê: «A distinção entre notícia e opinião deve ficar bem clara aos olhos do público». Cfr. *Expresso*, 8/5/93, p. A12.

⁽²⁶⁾ Cfr. ALBERT VERDOOT, *La Declaración Universal de Los Derechos del Hombre*, cit., p. 187.

lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde e da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrém, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial».

A primeira observação é a de que a Convenção estabeleceu um elenco de restrições, sanções, formalidades e condições aos direitos que visa proteger, amplo e de interpretação complexa. O que não pode deixar de suscitar alguma perplexidade, «na medida em que pode fornecer a um Estado não democrático a possibilidade de limitar grandemente a liberdade de informação valendo-se de algumas das excepções contempladas» (27).

A segunda questão, prende-se com a configuração dada pela Convenção aos direitos em causa. Neste campo, não há significativas diferenças por comparação com a Declaração Universal. De igual forma se consagram a liberdade de expressão de pensamentos e opiniões, a liberdade de transmitir opiniões e informações através dos órgãos de comunicação social e, como vertente correlativa a esses, o direito a obter informações e a fruir das opiniões livremente expressas (28).

Acresce que as várias manifestações jurídicas da liberdade de expressão, compreendidas no art. 10.º da Convenção, são oponíveis expressamente ao direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 8.º da Convenção, que adiante se analisará).

Com efeito, a necessidade de conciliar a liberdade de expressão e a liberdade de informação com o respeito de outros direitos, expressamente contida no n.º 2 do artigo em análise, coloca no

(27) Cfr. M. R. SAULLE, *Informazione e privacy nel Diritto Internazionale*, in *Rivista Internazionale dell'Uomo*, Ano III, n.º 2, Maio-Agosto, 1990, p. 249.

(28) Cfr. ANGELO MATTIONI, *Informazione e Riservatezza tra Convenzione Europea e Costituzione Italiana*, in *Rivista Internazionale di Diritto dell'Uomo*, Ano III, n.º 2, Maio-Agosto, 1990, p. 227.

âmbito deste documento de Direito Internacional a questão dos limites e da resolução dos eventuais conflitos de direitos.

Essa é, contudo, uma perspectiva que caberá melhor, julgamos, na parte em que se equacionarão tais problemas.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ⁽²⁹⁾, garante no art. 19.º a liberdade de expressão, que inclui a liberdade de difundir informações e ideias de qualquer natureza e por qualquer forma, oral ou escrita, impressa ou artística.

O respectivo preceito reza da seguinte forma:

- «1. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões.*
- 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; esse direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha.*
- 3. O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode em consequência ser submetido a certas restrições, que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei e que são necessárias:*
 - a) ao respeito dos direitos ou da reputação de outrém;*
 - b) à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moralidade públicas.»*

O que de mais significativo se retira do preceito acabado de citar, é, desde logo, ao lado da tradicional liberdade de expressão, a consideração do direito a informar, a informar-se e a ser informado, o que aproxima significativamente o PIDCP da Declaração Universal, nomeadamente ao admitir o direito a ser informado, no sentido também acolhido na Constituição Portuguesa de 1976, de «direito a ser mantido informado».

(29) Aprovado para ratificação, pela Lei n.º 29/78 de 12 de Junho.

Trata-se, no fundo, da vertente positiva do direito a ser informado, que tem consequências a vários níveis, nomeadamente com o problema do rigor e da veracidade da informação.

Todavia, o elenco de restrições do n.º 3, faz lembrar as restrições contidas no n.º 2 do art. 10.º da Convenção Europeia, embora de forma mais mitigada, não incluindo, por exemplo, restrições com base na segurança pública, integridade territorial ou prevenção do crime.

2.4. A liberdade de imprensa no direito constitucional português

Na história do direito constitucional português convirá, separar, quanto ao objecto do presente estudo, as quatro primeiras Constituições, respectivamente de 1822, 1826, 1838 e 1911, das restantes.

Na realidade, aquelas, porque obedecem a uma principologia comum, não só em sede de direitos fundamentais ⁽³⁰⁾, como em outros aspectos, dão um tratamento à matéria da liberdade de imprensa que pode resumir-se da forma que se segue (ver arts. 7.º e 8.º da Constituição de 1822, art. 145.º, §3.º da Carta Constitucional de 1826, art. 13.º da Constituição de 1838 e art. 3.º, n.º 3 da Constituição de 1911):

- a) consideração da liberdade de imprensa no quadro básico da liberdade de expressão — «livre comunicação de pensamentos», «manifestar opiniões», «expressão do pensamento»;
- b) referência expressa (na Carta Constitucional de 1826) ou implícita (nas restantes) à liberdade de expressão através da imprensa, sem dependência de Censura;

⁽³⁰⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 4.ª edição, 1990, pp. 265 e segs. e Tomo IV, Coimbra, 1988, pp. 117 e segs. Ver ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 261 e segs.

- c) consagração expressa, em todos os textos constitucionais, de limites à liberdade de imprensa, através da técnica do abuso do direito ⁽³¹⁾.

Como se constata, o nosso constitucionalismo liberal vai buscar aos princípios patentes desde logo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a sua inspiração para modelar a liberdade de expressão, e como corolário desta, a liberdade de imprensa.

Isso é patente, nomeadamente, na forma como os problemas do «excesso de liberdade de imprensa» são tratados na letra das Constituições.

Nesse aspecto, e fazendo apelo ao que antes se afirmou, o nosso constitucionalismo liberal está mais próximo do modelo francês, do que do modelo americano, ao prever como limites à liberdade de imprensa, determinados usos da mesma, definidos por lei, e considerados como abusos.

Substancialmente diferente é o sentido dado a esta liberdade, na Constituição de 1933.

Em primeiro lugar, a questão é objecto de tratamento expresso, quer em sede de direitos fundamentais (art. 8.º, n.º 4, §2.º), quer em sede de opinião pública (arts. 22.º e 23.º na redacção em vigor a 24 de Abril de 1974).

Em segundo lugar, a liberdade de expressão de pensamento, estava sujeita a «leis especiais» reguladoras, que deveriam impedir, preventiva e repressivamente, que aquela liberdade pervertesse a «opinião pública na sua função de força social e salvaguardar a integridade moral dos cidadãos» (art. 8.º, §2.º).

Em terceiro lugar, previa-se o direito de defesa e rectificação dos cidadãos, em caso de injúria ou difamação pela imprensa.

E, finalmente, em consonância com as restrições impostas à opinião pública, que deveria ser defendida pelo Estado «de todos os factores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a boa

⁽³¹⁾ Todas as Constituições do período liberal, salientam que a garantia da liberdade de expressão, deve considerar os eventuais abusos dessa liberdade, devendo os delitos daí resultantes ser julgados e punidos nos casos e pela forma prevista na lei. A Constituição de 1822, consagra regras especiais, em sede de liberdade em matérias religiosas (art. 8.º).

administração e o bem comum» (art. 22.º) — opinião pública, note-se que merecia um título autónomo, na disposição sistemática da Constituição —, considerava-se a imprensa, a rádio e a televisão, como exercendo funções de «carácter público» (art. 23.º).

Assim, o enquadramento constitucional que a Constituição de 1933 dava à liberdade de imprensa, tinha subjacente uma concepção autoritária, que fazia depender o seu exercício de uma fiscalização prévia, tendente a verificar a sua conformidade com princípios que poderiam, e foram, na prática, interpretados, como garantidores da filosofia política dominante e do aparelho político salazarista-caetanista.

Neste sentido, a concepção da liberdade de imprensa, que na prática ficou por completo esvaziada de conteúdo, encontrava-se nos antípodas da concepção das quatro constituições portuguesas anteriores.

2.4.1. A liberdade de imprensa (art. 38.º n.º 1 da CRP) como modo de ser qualificado das liberdades de expressão e informação (art. 37.º n.º 1 da CRP)

A Constituição da República Portuguesa de 1976, distribui por vários artigos a matéria dos direitos fundamentais, relacionados com a expressão e a informação.

Os preceitos nucleares nesse campo, densificadores da apelidada «Constituição da informação»⁽³²⁾, são: art. 37.º (liberdade de expressão e informação), art. 38.º (liberdade de imprensa e meios de comunicação social), art. 39.º (Alta Autoridade para a Comunicação Social), art. 40.º (direitos de antena, de resposta e de réplica política).

Para além deste conjunto de artigos, outros existem, dispersos pelo texto constitucional, que se reportam a aspectos complementares da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, como, por exemplo, a liberdade de expressão e imprensa das confissões religiosas (art. 41.º n.º 5) ou a colaboração dos órgãos de comuni-

⁽³²⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit, p. 225.

cação social no acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural (art. 73.º n.º 3).

Por outro lado, em muitos dos preceitos referidos acima, como constituindo o núcleo essencial da «Constituição da Informação», coexistem vários direitos ou várias dimensões complementares do mesmo direito.

Para o propósito do presente trabalho não se afigura relevante uma análise exaustiva de todos esses direitos.

Cingir-nos-emos, pois, à análise dos preceitos e dos direitos que mais directamente relevam para o potencial conflito com o bem jurídico intimidade da vida privada e familiar. E aqueles são, basicamente, a liberdade de expressão, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

O que não resolve todos os problemas, deve salientar-se, já que, como é patente pela simples leitura do texto constitucional, qualquer daquelas liberdades compreendem dimensões, ou mesmo outros direitos, cuja relevância para esse potencial conflito, pode acessoriamente colocar-se. Pense-se, por exemplo, no direito de fundar jornais e outras publicações (art. 38.º, n.º 2, al. c)).

Assim na sequência da exposição, tentaremos isolar, no quadro geral da liberdade de expressão e informação, a liberdade de imprensa, para depois determinarmos o seu âmbito normativo, e neste, as vertentes potencialmente conflituantes com a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Todavia, antes de prosseguirmos, convirá dilucidar qual o sentido operatório a dar à expressão «âmbito normativo». Com efeito, e porque parte substancial do presente estudo assenta, justamente, na determinação do âmbito normativo de dois direitos fundamentais potencialmente conflituantes, importa ver a que corresponde tal conceito.

A doutrina fala usualmente em «*âmbito normativo*», «*domínio normativo*», «*objecto de protecção*», e também com frequência, utiliza as expressões germânicas «*Tatbestand*», «*Schutzbereich*» ou «*Normbereich*»⁽³³⁾. Outros Autores, no domínio do

⁽³³⁾ Ver sobre esta temática GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 644 e segs. e «*Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*», RLJ n.º3815, pp. 38 e segs., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito*

direito privado, preferem utilizar a designação latina «*Fatti specie*».

Não parece que a qualquer destas designações corresponda um sentido muito diferente.

Assim, «âmbito normativo» significa «as realidades da vida que as normas consagradoras de direitos captam como objecto de protecção» ⁽³⁴⁾.

Salienta, todavia, GOMES CANOTILHO, que para comodidade de análise, haveria ainda que distinguir entre *Tatbestand*, em sentido amplo, e *Tatbestand*, em sentido restrito. O primeiro incluiria «todas as condições necessárias para a produção de um resultado jurídico definitivo no âmbito de um direito fundamental», e, o segundo, referir-se-ia «àquilo que é garantido, *prima facie*, pelas normas de direitos fundamentais independentemente da existência de quaisquer limites (cláusulas de limites)» ⁽³⁵⁾.

Na análise subsequente, quanto ao âmbito normativo da liberdade de imprensa e do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, não será tida em conta, de forma rigorosa, a distinção entre *Tatbestand* em sentido amplo ou restrito, embora se tenha em consideração que a definição do âmbito normativo de um direito não pode prescindir de verificar a existência de limites a esse mesmo direito ⁽³⁶⁾.

Sistematicamente, contudo, ocupar-nos-emos de tal matéria quando estudarmos a problemática dos conflitos de direitos no capítulo III.

Constitucional, Tomo IV, cit., pp. 300 e segs. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 213 e segs.

⁽³⁴⁾ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 646.

⁽³⁵⁾ Cfr. *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, cit., p. 38. Saliente-se que a distinção entre *Tatbestand* em sentido restrito e em sentido amplo não coincide com as Teorias do *Tatbestand* restrito e do *Tatbestand* alargado.

⁽³⁶⁾ Para se saber se um determinado comportamento é ou não permitido, em sede de direitos fundamentais, ver a grelha de fundamentação proposta por GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 39.

2.4.2. *Liberdade de expressão, direito de informação e liberdade de imprensa*

Dissémos antes que a liberdade de imprensa é uma qualificação da liberdade de expressão e informação.

Chegou o momento de justificar essa afirmação, começando, naturalmente por verificar quais as fontes próximas dos arts. 37.º e 38.º da Constituição, entendendo estas num sentido assaz restrito, coincidente, no essencial, com os Projectos partidários apresentados na Assembleia Constituinte em 1975 e na Assembleia da República, a propósito das Revisões de 1982 e 1989 ⁽³⁷⁾.

2.4.2.1. *Fontes dos arts. 37.º e 38.º da C.R.P.*

Os textos actualmente em vigor, cujas versões iniciais ofereciam algumas diferenças significativas ⁽³⁸⁾, procederam de fontes

⁽³⁷⁾ Esta definição de fontes de direito, para o propósito do presente estudo, exclui, naturalmente, outras influências, por vezes determinantes no texto constitucional. Em sede de «Constituição da Informação» muitos preceitos reproduziram quase textualmente a Lei de Imprensa de 1975, que por sua vez se inspiraram no Projecto de lei n.º 5/X de 1971. É o caso do art. 38.º n.ºs 4 e 5. Cfr. NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 135 (nota 187).

⁽³⁸⁾ O actual art. 37.º, resultou em parte da Lei Constitucional 1/82 que alterou os n.ºs 1, 3 e 4. A redacção originária era a seguinte:

- «1. Todos têm o direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de se informar, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício desses direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficarão submetidas ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta.»

Quanto ao art. 38.º, a versão actual resultou da Lei Constitucional 1/89, embora já em 1982, a versão originária tivesse sofrido alterações. Pelo seu interesse, reproduzem-se as versões anteriores:

Versão originária (Assembleia Constituinte):

- «1. É garantida a liberdade de imprensa.
2. A liberdade de imprensa implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literários, bem como a intervenção dos primeiros na

diversas. Desde logo, e por controvertida que seja a sua natureza jurídico-constitucional, do Programa do Movimento das Forças

orientação ideológica dos órgãos de informação não pertencentes ao Estado ou a partidos políticos, sem que nenhum outro sector ou grupo de trabalhadores possa censurar ou impedir a sua livre criatividade.

3. *A liberdade de imprensa implica o direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitações prévias.*
4. *A s publicações periódicas podem ser propriedade de quaisquer pessoas colectivas sem fins lucrativos e de empresas jornalísticas e editoriais sob forma societária ou de pessoas singulares de nacionalidade portuguesa.*
5. *Nenhum regime administrativo ou fiscal, nem política de crédito ou comércio externo, pode afectar directa ou indirectamente a liberdade de imprensa, devendo a lei assegurar os meios necessários à salvaguarda da independência da imprensa perante os poderes político e económico.*
6. *A televisão não pode ser objecto de propriedade privada.*
7. *A lei estabelece o regime dos meios de comunicação social, designadamente dos pertencentes ao Estado, mediante um estatuto da informação.*

Versão da 1.ª revisão:

«1. (igual).

2. *A liberdade de imprensa implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literários, bem como a intervenção dos primeiros na orientação ideológica dos órgãos de informação não pertencentes ao Estado, a partidos políticos, ou a confissões religiosas, sem que nenhum outro sector ou grupo de trabalhadores possa censurar ou impedir a sua livre criatividade.*
3. *A liberdade de imprensa implica o direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissional, bem como o direito a elegerem conselhos de redacção.*
4. *(igual ao n.º 3 da versão originária).*
5. *As publicações periódicas e não periódicas podem ser propriedade de pessoas singulares, de pessoas colectivas sem fins lucrativos ou de empresas jornalísticas e editoriais sob forma societária, devendo a lei assegurar, com carácter genérico, a divulgação da propriedade e dos meios de financiamento da imprensa periódica.*
6. *Nenhum regime administrativo ou fiscal, nem política de crédito ou de comércio externo podem afectar, directa ou indirectamente, a liberdade de imprensa e a independência dos órgãos de comunicação perante os poderes políticos e económicos, devendo o Estado assegurar essa liberdade e independência, impedir a concentração de empresas jornalísticas, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas, e promover medidas de apoio não discriminatório à imprensa.*
7. *(igual ao n.º 6 da versão originária).*
8. *As estações emissoras de radiodifusão só podem funcionar mediante licença a conferir nos termos da lei.»*

Armadas (Secção B, n.º 5, al. c) ⁽³⁹⁾), que claramente propugnava como medida a curto prazo, a consagração da liberdade de expressão e pensamento sob qualquer forma.

Depois, e de forma clara na versão originária, dos Projectos de Constituição do Partido Socialista ⁽⁴⁰⁾ e do Partido Popular Democrático ⁽⁴¹⁾.

As alterações produto da 1.ª Revisão, que afectaram art. 37.º, e que no essencial acrescentaram ao n.º 1 o «direito de informar» e o «direito de ser informado», provieram dos Projectos de Revisão da Aliança Democrática (art. 37.º) e da Frente Republicana e Socialista (art. 20.º) ⁽⁴²⁾. No que diz respeito ao art. 38.º, cujas alterações contribuíram para alargar o âmbito da liberdade de imprensa, constitucionalizando alguns direitos dos jornalistas, que constam actualmente da al. b) do n.º 2, e, que na redacção de 1982, se encontravam no n.º 3, a principal fonte inspiradora foi o projecto da Frente Republicana e Socialista (art. 20.º) ⁽⁴³⁾. Finalmente, a 2.ª Revisão Constitucional de 1989, mexeu significativamente no quadro aplicável aos órgãos de comunicação social.

Tais alterações atingiram fundamentalmente o sector público da comunicação social, e, nele, a complexa questão do serviço público de rádio e televisão. Mas também se redefiniram os con-

⁽³⁹⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, vol. I, cit., p. 30.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, I Volume, Lisboa, 1978, p. 396. O Projecto do PS, consagra um único preceito à liberdade de informação e ao direito à informação (art. 23.º).

⁽⁴¹⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, I Volume, cit., p. 437. O PPD dedicava dois artigos à matéria, e são patentes as influências específicas do seu projecto, na consagração do «direito de se informar», do direito de acesso às fontes de informação, da protecção do sigilo profissional e das garantias de independência perante o poder político e económico.

⁽⁴²⁾ Cfr. ISALTINO MORAIS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA e RICARDO LEITE PINTO, *Constituição da República Portuguesa, Anotada e Comentada*, Lisboa, 1983, p. 81.

⁽⁴³⁾ Cfr. ISALTINO MORAIS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA e RICARDO LEITE PINTO, *Constituição da República Portuguesa, Anotada e Comentada*, cit., p. 83.

tornos do direito de intervenção dos jornalistas na orientação dos respectivos órgãos de comunicação (art. 38.º n.º 2 al. a)) (⁴⁴).

As fontes próximas das alterações introduzidas em 1989, foram os projectos de revisão do PS e do PSD. Contudo, por força do acordo político de revisão constitucional celebrado entre o PS e o PSD em 1988, que compreendia regras específicas sobre os direitos fundamentais em sede de comunicação social, é admissível o entendimento de que, mais do que os projectos, foi este acordo, a fonte imediata das alterações ocorridas no art. 38.º (⁴⁵).

2.4.2.2. *A liberdade de expressão (art. 37.º n.º 1, 1.ª parte)*

A liberdade de expressão (art. 37.º, n.º 1, 1.ª parte) traduz-se constitucionalmente no «direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio».

Trata-se da tradicional «livre comunicação dos pensamentos», de que falava a Constituição de 1822, que constituiu uma das bandeiras do movimento constitucional e que o legislador constituinte de 75/76 acolheu numa formulação mais ampla, a *tonus* com o mundo moderno, explicitando alguns dos meios possíveis do exercício desse direito («pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio»).

Alguns Autores, defendem que o direito de expressão inclui ainda um «direito à expressão», «isto é um direito positivo de acesso aos meios de expressão», de que seriam traduções constitucionais o direito de resposta (art. 37.º, n.º 4.º), o direito de antena dos partidos e organizações sindicais e patronais (art. 40.º) e o

(⁴⁴) Cfr. JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, 1989, pp. 35 e segs.

(⁴⁵) Cfr. o texto do acordo em JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário da Revisão Constitucional*, cit., pp. 165 e segs. Ver, acerca da natureza e do sentido desse acordo o artigo de GOMES CANOTILHO, «O acordo político para a revisão constitucional: do «pelotão de juristas» ao poder de revisão «negocialista-partidário»» in JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário da Revisão Constitucional*, cit., pp. 187 e segs.

direito das igrejas a meios de comunicação próprios (art. 41.º n.º 4) ⁽⁴⁶⁾.

Como se constata a liberdade de expressão é um direito matricial em relação quer à liberdade de informação, quer à liberdade de imprensa, na medida em que todo o regime constitucional do primeiro direito se projecta nos outros dois.

É o caso da proibição de censura (art. 37.º n.º 2), da apreciação das infracções cometidas no exercício da liberdade de expressão pelos tribunais judiciais e da sua sujeição aos princípios gerais de direito criminal (art. 37.º n.º 3) e do direito de resposta e rectificação (art. 37.º n.º 4) ⁽⁴⁷⁾.

Todavia, a consideração da aplicabilidade do regime constitucional da liberdade de expressão à liberdade de informação e imprensa, tem como consequências imediatas, a auto consagração pela lei constitucional de limites que visam salvaguardar certos bens protegidos pela lei geral, quer no Código Civil quer no Código Penal, designadamente a reserva da intimidade da vida privada.

2.4.2.3. *O direito de informação (art. 37.º n.º 1, 2.ª Parte)*

A epígrafe do art. 37.º refere-se a «liberdade de expressão e informação», o que pressuporia falar-se em «liberdade de informação». Contudo, o corpo do artigo, em consonância com a configuração jurídica que a Constituição pretendeu dar a este normativo, refere-se ao «direito de informar, direito de se informar e de ser informados», ou seja, a um amplo e complexo «direito de informação».

Esta triplíce configuração, tem importantes corolários ao nível da delimitação do âmbito normativo.

Desde logo, como assinala a doutrina, o direito de informação, é um verdadeiro direito, por apelo à tradicional dicotomia direitos / liberdades, na justa medida em que se configura simulta-

⁽⁴⁶⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 225.

⁽⁴⁷⁾ Que, como vimos tem o seu antecedente na Constituição de 1933. Ver VITAL MOREIRA, *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra, 1994, pp. 72 e segs.

neamente como um direito individual, já que é uma garantia institucional contra os poderes públicos ou contra os particulares, e como um direito associado ao princípio democrático, e nessa medida, uma componente fundamental da ordem democrática ⁽⁴⁸⁾.

Mas o direito de informação, tem hoje uma dimensão que claramente o afasta das concepções liberais, que assinalámos ao estudar a história constitucional portuguesa, ao ser reconhecido o direito de cada um a ser informado e a informar-se, sem impedimentos, acedendo às fontes informativas.

Essa perspectiva está patente no art. 37.º n.º 1, 2.ª parte, que engloba, para além do direito de transmitir ou comunicar informações a outros, de forma livre e não condicionada, o direito dos cidadãos recolherem informações, de procurar as fontes de informação e no direito de ser informado, ou seja, a «ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo pelos meios de comunicação social (cf. arts. 38.º e 39.º) e pelos poderes públicos (art. 48.º n.º 3) sem esquecer outros direitos específicos à informação reconhecidos na Constituição, directamente (arts. 54.º, n.º 5 a) 55.º a) e 268, n.º 1) ou indirectamente (cfr. arts. 54.º n.º 5 d), 56.º n.º 2 a), 77 n.º 2, etc.)» ⁽⁴⁹⁾.

Das várias dimensões referidas do direito a se informar e ser informado, interessam-nos particularmente as que se prendem com os órgãos de comunicação social.

Daí que se possa falar, na história do direito constitucional português num «caminho do direito de informação», no sentido em que este hoje deve ser lido não apenas como a liberdade de informar, mas como o direito a obter, no confronto com os poderes públicos e com os particulares, as informações indispensáveis às relações políticas, económicas e sociais de um cidadão, numa sociedade democrática ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Ver, neste sentido, NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, Coimbra, 1984, pp. 69 e segs.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, cit., pp. 225 e 226.

⁽⁵⁰⁾ Como salienta GIUSEPPE CORASANITTI, «a possibilidade de adquirir dados e elementos informativos da parte dos cidadãos no confronto com a administração pública corresponde a uma verdadeira e própria evolução da moderna democracia (pense-se ape-

Nessa perspectiva os poderes públicos não podem ficar alheios à obrigação de informarem os cidadãos. O que levanta questões, em rigor alheias a este trabalho, como o direito de informação dos administrados e o direito ao arquivo aberto (*open file*)⁽⁵¹⁾.

Resta, por fim, saber qual a fronteira entre liberdade de expressão e direito de informação, no triplíce sentido apontado.

Parece evidente que a liberdade de expressão protege a livre divulgação de pensamentos e opiniões, se considerarmos os seus antecedentes históricos. Enquanto o direito de informação se referiria apenas a *informações*.

Não é inteiramente isenta de escolhos a separação entre opiniões e informações, pese embora, como já se afirmou, os órgãos de comunicação social se preocupem em separar ambas⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾.

Mas o certo é que as consequências jurídicas podem ser diferentes. A transmissão de informações coloca o problema da sua *veracidade*, como eventual elemento delimitador do âmbito normativo do direito em causa. Uma informação falsa, deixará de beneficiar do manto protector do direito de informação?

nas no sentido profundo da «glasnost» no âmbito das crises dos regimes totalitários de Leste, caracterizados por fortíssimos aparelhos político-burocráticos)», *Diritto dell'Informazione*, cit., p. 10.

⁽⁵¹⁾ Cfr. sobre o direito ao arquivo aberto e o «*open file*», os Acórdãos do Tribunal Constitucional 176/92 e 177/92, e a anotação crítica dos mesmos por GOMES CANOTILHO in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, n.º 3821, pp. 234 e segs. Veja-se também o recente Acórdão do Tribunal Constitucional italiano (sentença n.º 348 de 11/7/1990) onde se lê: «A informação no seu âmbito activo e passivo (liberdade de informar e direito a ser informado) exprime... uma condição preliminar (ou se se quiser um pressuposto insuprível) para a actuação a todos os níveis, central ou local, da própria forma do Estado democrático.» in GIUSEPPE CORASANITTI, *Diritto all'Informazione*, cit., p. 10.

⁽⁵²⁾ Outro problema conexo é o da *publicidade*. A lei de imprensa — Dec.-Lei n.º 85-C/75 alterado pelo Dec.-Lei 181/76 e 377/88 de 9/3 e 24/10 — art. 14.º — e o Estatuto do Jornalista — Lei 62/78 de 20/9 — art. 3.º als. a) e b), apontam no sentido de diferenciar claramente o que é opinião, informação e publicidade.

⁽⁵³⁾ NUNO E SOUSA assinala que a mera comunicação de factos, pode incluir um juízo valorativo (o modo de apresentar uma comunicação, o título, o som do locutor, o facto de certa notícia ser chamada ou não à primeira página). E sustenta o ponto de vista de que a liberdade de expressão, compreenderia, não só as opiniões, mas, também, a comunicação de factos (informações). Cfr. *Liberdade de Imprensa*, cit., pp. 137 e segs.

Trata-se de uma questão que veremos adiante no contexto da liberdade de imprensa.

Por ora, interessa assinalar que entre liberdade de expressão e direito de informação existem similitudes —, designadamente beneficiam do mesmo regime constitucional geral em sede de direitos, liberdades e garantias (arts. 18.º, 19.º, 22.º, 168.º, n.º 1 b), 272.º, n.º 3 e 288 al. d)) e do mesmo regime especial (art. 37.º, n.ºs 2 a 4), — sendo que a primeira tem um âmbito de protecção em parte diverso do segundo, na justa medida em que se entenda, o que parece defensável, que este último tem como objecto o bem jurídico «informação» e já não a expressão de «ideias» ou «opinões».

2.4.2.4. *A liberdade de imprensa (art. 38.º, n.ºs 1 e 2): definição do seu âmbito normativo*

O n.º 1 do art. 38.º da C.R.P., limita-se a dizer que:

«É garantida a liberdade de imprensa»

Mas no n.º 2 do mesmo preceito concretizam-se algumas dimensões jurídico-constitucionais da liberdade de imprensa, que no fundo configuram esta como um complexo de direitos e liberdades, a saber:

- a) a liberdade de expressão e o direito de informação através dos meios de comunicação de massa (art. 38.º, n.º 1);
- b) a liberdade de expressão e criação dos jornalistas (art. 38.º, n.º 2, al. a), 1.ª parte);
- c) o direito dos jornalistas intervirem na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação (art. 38.º, n.º 2, al. b));
- d) o direito dos jornalistas acederem, nos termos da lei, às fontes de informação (art. 38.º, n.º 2, 1.º segmento);
- e) o direito à protecção da independência e do sigilo profissional (art. 38.º, n.º 2, al. b), 2.º segmento);
- f) o direito dos jornalistas elegerem conselhos de redacção (art. 38.º, n.º 2, al. b), 3.º segmento);

- g) o direito de fundar jornais e quaisquer outras publicações (art. 38.º, n.º 2, al. c)).

A liberdade de imprensa, é, como se afirmou já, uma qualificação da liberdade de expressão e do direito de informação, na justa medida em que se trata do exercício de tais direitos pelos meios de comunicação de massa ⁽⁵⁴⁾.

Por um lado, o seu âmbito de protecção é inferior ao da liberdade de expressão, mas por outro lado, alarga-se a aspectos que não se prendem directamente com esta, como os direitos internos dos jornalistas ou o direito de acesso às fontes de informação.

Também as relações entre direito de informação e liberdade de imprensa se devem discutir na perspectiva dos bens jurídicos protegidos.

A primeira ideia a reter é a de que a liberdade de imprensa protege, quer a actividade individual de expressão de opiniões ou ideias, quer a informação, no sentido da transmissão de notícias através dos meios de comunicação social.

Em segundo lugar, não parece que a Constituição legitime a adopção de um critério material de «imprensa», aferido pelo conteúdo das matérias tratadas, ou pelo seu fim. Segundo este critério só seriam de incluir no conceito de imprensa, as notícias sobre questões políticas, culturais, ideológicas ou as reportagens objectivas, ou que tivessem subjacente um interesse público geral.

Mas já não as publicações comerciais, ou as que se movessem por interesses de recreio ou de sensação do leitor ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, admitindo uma concepção alargada de liberdade de imprensa, embora estreitamente conexcionada com a liberdade de expressão e a liberdade de informação, que, para o Autor estariam implicados naquele, NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., pp. 69 e segs., e 132 e segs., Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, cit., p. 229. JORGE MIRANDA, apelida de liberdade de comunicação social, o que no texto se designa por liberdade de imprensa. Mas acrescenta, «a liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange todos e quaisquer meios de comunicação entre as pessoas», Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, cit., p. 374.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. sobre esta temática NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., pp. 3 e segs.

A raciocinarmos desta forma, ficariam excluídos de tutela constitucional ao nível da liberdade de imprensa, grande número de publicações. O que, dada a proibição constante do art. 37.º, n.º 2, a propósito da censura, se revelaria uma técnica violadora desse preceito fundamental, já que, indirectamente, várias manifestações da liberdade de imprensa ficariam desprotegidas.

Discute-se ainda, se na definição da imprensa, a Constituição portuguesa actual, utilizaria ou não algum critério formal, para, de algum modo, circunscrever a determinados meios de expressão ⁽⁵⁶⁾ o âmbito de protecção do preceito.

O art. 38.º é particularmente claro, ao englobar no conceito de imprensa, quer a imprensa escrita, quer a rádio, quer a televisão, utilizando a expressão «órgãos de comunicação social». Aliás, essa expressão, revela-se também significativa, para dilucidar o problema de se saber se é requisito da liberdade de imprensa o eventual destino público das notícias ou opiniões. Atenta a configuração constitucional da liberdade de imprensa, como exercício da liberdade de expressão e do direito de informação pelos órgãos de comunicação social, julga-se decisivo a divulgação no público de opiniões ou notícias. O que exclui, naturalmente, os impressos oficiais e os usados correntemente na vida privada, para utilizar a terminologia da Lei de Imprensa actual (art. 2.º, n.º 1).

Finalmente, a imbricação entre a liberdade de imprensa e o direito de informação, na tripla perspectiva atrás apontada, permite encarar o direito em estudo, numa dimensão simultaneamente subjectiva e objectiva. Como direito a informar os outros, e, como direito de estar informado.

Como liberdade individual e como pressuposto da livre formação da opinião pública num Estado democrático. Nesse sentido, é uma liberdade negativa, contra o Estado, na linha das Constituições liberais, mas também uma «garantia constitucional» da livre formação da opinião pública ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ A Lei de Imprensa, consagra um conceito restrito de imprensa, em obediência a um critério formal — art. 2.º (reproduções impressas para ser difundidas).

⁽⁵⁷⁾ Assim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 230. Também, NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 69.

Uma das dimensões da liberdade de imprensa, que se revela fundamental para a livre formação da opinião pública, na justa medida em que pode contribuir para uma informação e uma opinião rigorosa (e ver-se-á, adiante, se a veracidade da informação é requisito deste direito), é o direito dos jornalistas acederem às fontes de informação.

Para mais, este direito pode colocar-se de forma mais mediata no ponto de intersecção com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Não é pacífica a densificação do conceito de «fonte de informação». Em regra, abrangerá tudo o que constitui o «objecto da informação» (os factos em si, os documentos, as opiniões) ⁽⁵⁸⁾.

Discute-se, enfim, se a Constituição, através da liberdade de imprensa, daria cobertura às notícias falsas. Ou se, por outras palavras, a «não-verdade» estaria protegida pela Constituição.

A doutrina e a jurisprudência alemãs vêm entendendo que «a liberdade de imprensa» não garante a reprodução consciente ou descuidada de falsas notícias ⁽⁵⁹⁾.

A liberdade de imprensa não protege seguramente a falsidade consciente ou deliberada, mas não parece avisado que só a informação verdadeira fique na alçada deste direito.

Em última análise, como escreve NUNO E SOUSA, porque seria a autoridade estadual a decidir o que é falso ou verdadeiro ⁽⁶⁰⁾. A imprensa tem como meta informar com rigor e objectividade, tudo apontando para a veracidade, mas as condições e as exigências da informação actual e o interesse na rapidez da notícia, não permitem, em alguns casos, validar integralmente a informação.

Preferimos, pois, a expressão de ENRIQUE RUIZ VADILLO, quando este fala em «direito de todos a uma informação objectiva, não verdadeira (...) mas em todo o caso de boa fé

⁽⁵⁸⁾ Assim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, cit., p. 231.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. MAUNZ, DURIG e HERZOG, *GG Kommentar*, Munique, 1968, p. 145 citados por NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 144.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *A Liberdade de Imprensa*, cit., p. 144.

para procurar sempre a verdade, e este direito compreende também o de rectificação e réplica» ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾.

2.4.2.4.1. *O problema dos limites à liberdade de imprensa (remissão)*

Referiu-se antes que a liberdade de imprensa, ao beneficiar do regime jurídico-constitucional próprio da liberdade de expressão e informação, está naturalmente sujeita à norma do n.º 3 do art. 37.º, que remete para os princípios de direito criminal, na definição das infracções à liberdade de expressão.

Esta cláusula, refere-se, implicitamente, a limites à liberdade de imprensa («infracções», «direito criminal»), utilizando a técnica de remeter para a lei (subordinada aos princípios gerais de direito criminal) a fixação desses limites.

Mas esse não é o único problema que se coloca quando se analisam aquilo a que um Autor chamou «as arestas cortantes dos direitos» ⁽⁶³⁾.

Importa averiguar, se, para além desses limites, não existirão outros, decorrentes, por exemplo, da cláusula geral prevista no

⁽⁶¹⁾ Cfr. «Los Derechos Fundamentales a la Libertad de expresión, a informar y ser informado y su incidencia en el campo jurídico-penal» in *Revista da Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 11, Junho 1986, p. 595.

⁽⁶²⁾ A jurisprudência vem apontando nesse sentido: «...a notícia é lícita ainda que dela possa emergir desprestígio para os órgãos ou para as pessoas situadas nos cargos mais elevados, quando é verdadeira ou tida como tal, e divulga factos socialmente relevantes» *Sentença do Tribunal Criminal de Lisboa — 5.º Juízo Correccional de 5/11/91* in *Subjndice, Justiça e Sociedade*, n.º 2, 1992, Janeiro-Abril, p. 94. Preferimos, contudo a expressão de FIGUEIREDO DIAS, «uma crença fundada na verdade» in *Tutela da Honra e Direito de Informação no Direito Penal da Imprensa Portuguesa*, cit., pp. 137 e 170. Ver também a jurisprudência italiana in GIUSEPPE BONANNO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca* in *Rivista Italiana di Procedura Penale*, Ano 28.º, n.º 1, Janeiro-Março 1985, pp. 266 e segs. Em Espanha, ver MARC CARRILLO, *Los Limites a la Libertad de prensa en la Constitución Española*, cit., p. 66 e segs. Ver ainda o acórdão do S.T.J. de 7/10/87 in *BMJ* 370 (1987) pp. 292 e segs., e Ac. Relação de Lisboa de 3/10/89 in *Col. Jur.* 1989, n.º 4, p.

⁽⁶³⁾ Cfr. ANTÓNIO GARCIA PABLOS DE MOLINA, *Libertad de Expresión e Derecho Penal*, cit., p. 207.

art. 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ⁽⁶⁴⁾, a admitir que o regime constitucional seja compatível com essa solução, ou, eventualmente, de «*limites imanes*».

São questões que, por estarem relacionadas com a colisão ou conflito de direitos, na perspectiva do confronto entre liberdade de imprensa e reserva da intimidade da vida privada, serão abordadas na III parte deste trabalho.

CAPÍTULO II

VIDA PRIVADA

3. Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

A delimitação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e do seu âmbito de protecção, oferece dificuldades acrescidas quando comparado com a liberdade de imprensa. Desde logo, porque é um direito pluridimensional e complexo. Manifesta-se de formas muito variadas e é susceptível das mais heterógenas modalidades ofensivas. Basta pensar que a intimidade pode ser violada através da publicação de imagens, pelas escutas telefónicas, pela devassa de dados informáticos, pela invasão do domicílio, etc.

Mas a própria intimidade, como esfera reservada, actua, por vezes, como «ante-sala e como barreira de protecção de outros direitos, conceptualmente alheios à mesma», como, por exemplo, certos valores patrimoniais, que alguma doutrina admite poderem incluir-se no âmbito da intimidade ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Utilizada, por exemplo no Acórdão do Tribunal Constitucional 6/87 (in *D.R.*, II série, 24/3/87). Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1990, p. 20.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. ANTÓNIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Libertad de Expresión e Código Penal*, in AAVV, *Libertad de Expresión e Derecho Penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, s/d, p. 218. Ver entre nós o Dec.-lei n.º 2/78 de 9/1 sobre o sigilo bancário.

Depois, porque, nem sempre é clara a delimitação do direito à intimidade da vida privada no âmbito mais largo dos direitos de personalidade ⁽⁶⁶⁾. Saliente-se, que historicamente o direito à intimidade emergiu desse complexo feixe de direitos apelidados de direitos de personalidade. Em terceiro lugar, porque a variedade terminológica que se constata existir no direito comparado, e que adiante referiremos, revela profundas diferenças de conceitos e de âmbitos de protecção.

Enquanto o «*right of privacy*» anglo-saxónico, engloba a quase totalidade dos direitos de personalidade, o direito português, e em concreto a Constituição de 1976, permitem recortar com nitidez, de entre os vários direitos de personalidade, como o direito à imagem, a inviolabilidade do domicílio ou o direito à honra e ao bom nome, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar ⁽⁶⁷⁾.

E, finalmente, porque raros são os conceitos jurídicos que se encontram de tal modo ligados à essência do ser humano, e, ao mesmo tempo, às mutações históricas sociais e culturais das sociedades onde o problema se coloca, e às próprias valorações existentes no seio das sociedades.

Basta pensar que os tradicionais ataques ao direito à intimidade, como o «espreitar pela fechadura» ou «abrir as cartas do outro», têm hoje, quando confrontados com novas formas de transgressão da privacidade dos cidadãos, como, por exemplo, a utilização abusiva de dados informáticos ⁽⁶⁸⁾, um significado quase histórico.

É, em parte por essa razão, que alguns Autores preferem, em vez de tentarem uma definição de intimidade ou de vida privada, que sempre correria sérios riscos de insucesso, enumerar os conteúdos possíveis de tal direito, e, sobretudo, adoptar uma concep-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, Coimbra, 1992, pp. 95 e segs.

⁽⁶⁷⁾ De qualquer forma permanece em aberto no texto constitucional português a questão de se saber quais as fronteiras, e se elas são legítimas, entre «privado», «secreto», «reservado» e «íntimo».

⁽⁶⁸⁾ Cfr. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Informática, Liberdades e Privacidade in Estudos sobre a Constituição*, 1.º Volume, Lisboa, 1977, pp. 119 e segs.

ção «suficientemente flexível que seja capaz de adaptar-se à mudança e evoluir em consonância, sem se desvirtuar» ⁽⁶⁹⁾.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, tal como a liberdade de imprensa, de resto, pode ser avaliado do ponto de vista de diversas disciplinas jurídicas: do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Processual Penal, do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Administrativo.

O objecto deste trabalho é, como se disse, estudar as situações conflituantes entre liberdade de imprensa e privacidade, na perspectiva jurídico-constitucional.

Por essa razão, ficarão fora deste relatório, ou a eles se farão apenas referências sumárias, aspectos conexos com a reserva da intimidade da vida privada, mas que decorrem de outras disciplinas jurídicas, que não do Direito Constitucional.

3.1. *Referência histórica*

Desde os primórdios da humanidade que a ideia de privacidade do ser humano constituiu um aspecto importante do pensamento religioso e filosófico.

O pensamento hindú, os livros religiosos chineses, a Bíblia, o Corão, e noutra perspectiva, o pensamento de ARISTÓTELES, SÉNECA, SÃO TOMÁS DE AQUINO, JOHN LOCKE, STUART MILL ⁽⁷⁰⁾, e muitos outros, conheceram e discutiram a problemática da intimidade, como algo essencial ao Homem ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. LUÍS M.^a FARIÑAS MATONI, *El Derecho de la Intimidad*, Madrid, 1984, p. 357.

⁽⁷⁰⁾ Stuart Mill é invocado por alguns autores como o progenitor filosófico do conceito de privacidade, em particular o «privacy» anglo-saxónico. Na medida em que Mill teria procurado superar o esquema liberdade-propriedade, abriu caminho para a ideia de liberdade-personalidade, fundamentadora de um «right of privacy» alheio ao direito de propriedade. Cfr. GIOVANNI FERRI, *Persona e Privacy*, cit., p. 97.

⁽⁷¹⁾ Cfr. a descrição pormenorizada de FARIÑAS MATONI, *El Derecho a la Intimidad*, cit. pp. 264 e segs., dos vários momentos do pensamento religioso, filosófico e sociológico sobre a intimidade.

Como escreve FARIÑAS MATONI:

«A intimidade do homem é útil porque lhe serve para meditar, para criar, para pensar, para trabalhar, para descansar, para amar, para sonhar, numa palavra, para ser Homem.» ⁽⁷²⁾.

Mas, para além disso, a intimidade é um bem jurídico, que merece a tutela do Direito.

Nessa perspectiva os antecedentes de um direito à privacidade ou à intimidade da vida privada, costumam ser localizados no fim do século passado, no artigo de WARREN e BRANDEIS, publicado na «*Harvard Law Review*» em 1890, a que faremos referência mais desenvolvida adiante.

Todavia, são apontados como antecedentes remotos a esse direito, três situações: uma sentença francesa de 1384, a decisão britânica datada de 1849, no litígio *Prince Albert v. Strange* e o caso *Rachel*, julgado no Tribunal de 1.^a Instância do Sena, em 1858 ⁽⁷³⁾.

Todas elas, contudo, esboçam apenas aquilo que viria ser, nos dias de hoje, a protecção jurídica da intimidade da vida privada do ser humano.

⁽⁷²⁾ Cfr. *El Derecho a la Intimidad*, cit., p.264.

⁽⁷³⁾ A sentença de 1348 no caso *I. de S. et ux. v. De S.* resume-se ao seguinte: o réu deslocou-se de noite a uma taberna, propriedade dos Autores, pedindo vinho. Como estes não o atendessem, o réu golpeou com um machado o batente da janela da casa dos Autores, em consequência do que foi condenado a pagar uma indemnização pelos males causados. Como não ficou provado nenhum dano material, para além do batente, a indemnização só poderia entender-se como uma extensão da protecção dada à pessoa, em reconhecimento de um direito de intimidade. No caso *Prince Albert v. Strange*, o marido da Rainha Vitória obteve um mandado (*injuntion*) contra um cidadão de nome William Strange, que havia obtido cópias de desenhos e gravuras feitas pela Rainha e o príncipe, para seu exclusivo divertimento, e, tencionava expor ao público tais reproduções. O caso *Rachel*, actriz de teatro, traduz-se numa decisão do tribunal do Sena, dando razão à irmã da actriz que havia solicitado a proibição da divulgação pública de um retrato daquela no seu leito de morte, feito por um artista, sem o consentimento dos herdeiros. Cfr. RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, in *Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha*, Lisboa, 1988, p. 383 e PAOLO CENDON, *Tutela della Vita Privata in Francia*, cit., p. 82.

na sugestiva expressão do juiz COOLEY, magistrado do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos ⁽⁷⁴⁾.

Foram marcos importantes nessa caminhada jurídica, o artigo, já referido, de WARREN e BRANDEIS, «*The Right of Privacy*», vindo a público em 1890 ⁽⁷⁵⁾, e um conjunto de decisões jurisprudenciais, que consolidaram o direito de um indivíduo viver retirado e no anonimato, com salvaguarda da sua paz de espírito («*The right of an individual to live a life of seclusion and anonymity*») ⁽⁷⁶⁾.

Foi, com efeito, o labor jurisprudencial, que permitiu uma definição ampla, mas precisa, do «*right of privacy*».

O Supremo Tribunal Federal vem deduzindo da letra da Lei fundamental norte-americana a protecção para o direito ao respeito da vida privada. Invocando os Aditamentos I, IV e XIV, consagradores, todos eles, de direitos individuais dos cidadãos, o Supremo

⁽⁷⁴⁾ Citado em JACQUES VÉLU, *Le Droit au respect de la vie privée*, Namur, 1974, p. 21. Ver também RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 381.

⁽⁷⁵⁾ A senhora WARREN gostava de dar festas faustosas e exclusivas, que interessavam sobremaneira aos ecos da sociedade de Boston. Um semanário começou a dar informações sobre as referidas festas, com detalhes pessoais que irritaram profundamente o seu marido, WARREN, advogado, que com o seu colega de escritório BRANDEIS, que viria a ser, mais tarde, juiz do Tribunal Supremo, reflectiram sobre o tema durante seis anos, até dar à luz o referido artigo, que teve logo uma extraordinária e rápida repercussão nos ambientes jurídicos norte-americanos. A tese era a de que os indivíduos deviam ser protegidos amplamente na sua propriedade e na sua personalidade, princípio tão velho como a *common law*. Só que, a *common law* teria evoluído, em face das novas capacidades da imprensa, no sentido de proteger os sentimentos, emoções e pensamentos do indivíduo, ou pelo menos, o direito de cada um determinar como, quando, onde e a quem pode comunicar tais sentimentos, emoções e pensamentos. Cfr. um resumo do artigo de WARREN e BRANDEIS, em FARIÑAS MATOMNI, *El Derecho a la Intimidad*, cit. p. 320. Cfr. ainda MARIA LETIZIA RUFFINI GANDOLFI, *Mass Media e Tutela Dell'Identità Personale (Il Problema nel Diritto Statunitense)*, Milão, 1987, p. 2, FRANÇOIS RIGAUX, *L'Élaboration d'un «Right of Privacy» par la Jurisprudence Américaine in Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 32.º, n.º 4, Oct.-Dez., 1980, p. 701».

⁽⁷⁶⁾ Cfr. GIOVANNI PUGLIESE, *Il Diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità in Studi in Onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1965, p. 1559.

estadunidense sustenta que a Constituição protege o respeito da vida privada, que, numa decisão desse Tribunal superior se afirma mesmo ser «anterior ao *Bill of Rights*» ⁽⁷⁷⁾. Hoje, contudo, a generalidade dos Estados federados reconhece, quer por força da *common law*, quer de leis escritas, o «*right of privacy*» ⁽⁷⁸⁾.

Podemos assim afirmar, com PIERRE KAYSER, que o *right of privacy* nos Estados Unidos teve uma origem doutrinal, e que após ter sido consagrado pelas jurisdições e pelas leis, de grande número de Estados, foi elevado à categoria de direito constitucional pelo Supremo Tribunal, que lhe conferiu um sentido alargado ⁽⁷⁹⁾.

É justamente este sentido alargado do «*right of privacy*», modelado essencialmente pelos tribunais, que vamos passar a ver, atento o seu interesse, em termos de direito comparado, para efeito de uma definição do âmbito normativo do direito em causa, entre nós.

Para, PROSSER, o *right of privacy*, abrangeria as seguintes quatro dimensões ⁽⁸⁰⁾:

- a) o direito a não haver intromissão na intimidade do indivíduo («*intrusion on plaintiff's privacy*»);
- b) o direito à não divulgação pública dos factos da vida privada («*private disclosure of private facts*»);
- c) o direito a não ser publicamente apresentado de forma contrária à sua vontade («*putting the plaintiff in a false light in the public eye*»);
- d) o direito a que certos elementos da personalidade (nome, imagem, voz) não sejam utilizados por terceiros com um propósito lucrativo («*appropriation of some elements of*

⁽⁷⁷⁾ Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *L'Élaboration d'un «Right of Privacy»*, cit., p. 704.

⁽⁷⁸⁾ Segundo FRANÇOIS RIGAUX apenas três Estados (Nebraska, Minnesota e Wisconsin) se recusariam a garantir o «*right of privacy*». Cfr. *L'Élaboration d'un «right of privacy»*, cit., p. 705.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. *La Protection de la vie Privée*, cit. p. 46.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. PROSSER, *Law of Torts*, 2.^a ed., 1955, p. 637, citado por JACQUES VÉLU, *Le respect de la Vie Privée*, cit., p. 25. Ver ainda, MARIA LETIZIA RUFFINI GANDOLFI, *Mass Media e Tutela dell'Identità Personale*, cit. p. 2.

the plaintiff's personality for the defendant's advantages»).

Em trabalho mais recente, um outro autor, FRANÇOIS RIGAUX, partindo fundamentalmente da análise comparada da jurisprudência americana ⁽⁸¹⁾, fala em quatro categorias de direitos subjectivos compreendidos genericamente no «right of privacy»:

- a) o direito à solidão;
- b) o «right of privacy» exercido no interior de associações ou de comunidades livremente formadas;
- c) o direito a tomar as decisões sozinho, na esfera própria da intimidade pessoal;
- d) o direito de comunicar com outro e a protecção do segredo das comunicações.

Vejamos, mais em detalhe, o conteúdo de cada uma destas facetas do *right of privacy* norte americano.

O direito à solidão (*the right to be let alone*), impede a transgressão por terceiros da vontade do indivíduo que pretende permanecer ignorado e solitário. Decorrencia desse direito é a ilicitude da tomada de imagens fotográficas, televisivas ou cinematográficas, a reprodução da imagem de uma pessoa e a publicação, nos *mass media*, de elementos relativos à sua vida privada, sem o seu consentimento.

Numa perspectiva complementar, no que se refere ao direito à solidão, a jurisprudência norte americana e, na sua linha, a lei, vieram alargar a protecção da vida privada, relativamente ao tratamento informatizado de dados de carácter pessoal.

Os cidadãos, ao longo da sua vida, ou porque carecem de recorrer ao crédito junto de um banco, ou porque procuram trabalho remunerado, ou porque desejam efectuar um seguro, ou ainda porque pretendem inscrever-se na segurança social estadual, vêem-se obrigados a dar informações sobre a sua vida privada aos

(81) Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *L'Élaboration d'un «Right of Privacy» pour la Jurisprudence Americaine*, cit., pp. 708 e segs.

co-contratantes, todos eles mais poderosos e numa posição de superioridade perante eles.

Esses dados são hoje, em regra, registados e conservados em computador.

Ora, a jurisprudência norte americana e algumas leis federais (*Fair Credit Reporting Act*, 1970, *Privacy Act*, 1974 e o *Family Educational Rights and Privacy Act*, 1974), ⁽⁸²⁾ apontam para a necessidade de estabelecer regras quanto aos dados susceptíveis de serem recolhidos e conservados e, outrossim, quem pode pedir e obter tais dados.

Quanto ao direito ao anonimato dos membros de uma associação, saliente-se que o mesmo se desenvolveu, jurisprudencialmente, em articulação com a liberdade de associação.

Na realidade, um dos primeiros acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao segredo dos membros de uma associação, nasceu, justamente, de um caso ligado à liberdade associativa.

Discutia-se, em plena polémica sobre a «questão racial», se seria ou não contrária à Constituição uma decisão do Tribunal Supremo de Alabama, que havia ordenado aos membros da *National Association for the Advancement of Colored People* a publicitação dos nomes de todos os seus membros.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional tal directiva, constatando o laço fundamental existente entre a liberdade de associação e o direito ao anonimato dos membros da mesma. Lê-se a dado passo: «a inviolabilidade da «*privacy*» no interior de uma associação pode em certas circunstâncias ser indispensável à preservação da liberdade de associação, nomeadamente quando o grupo professa opiniões dissidentes» ⁽⁸³⁾.

Outros momentos jurisprudenciais decisivos na definição do âmbito da *privacy* norte americana, são, o acórdão *Griswold v. Connecticut*, de 1965, onde se consagra pela primeira vez o direito à intimidade conjugal, ao declarar inconstitucional uma lei do

⁽⁸²⁾ Cfr. para um relato do conteúdo destas leis, LUÍS FARIÑAS MATONI, *El Derecho a la Intimidad*, cit. pp. 156 e segs.

⁽⁸³⁾ Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *op. cit.*, p. 716.

Estado de Connecticut, interpretada como aplicável aos esposos, que proibia o uso de contraceptivos.

Mais tarde o Supremo Tribunal virá a alargar este entendimento a todos os cidadãos, mesmo menores, partindo do princípio que o Estado não pode, por via legislativa, controlar as opções e decisões que pertencem ao foro íntimo dos cidadãos.

A ideia de *privacy* tem sido igualmente utilizada para tutelar as escolhas educativas dos menores, por parte dos pais, nomeadamente, as que têm conteúdo religioso ⁽⁸⁴⁾.

Outra perspectiva ainda, embora conexa com a liberdade de consciência, é a que veio a ser veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, a propósito da recusa de um professor universitário, em revelar ao Tribunal de New Hampshire, onde estava a ser julgado por actos subversivos, a sua ligação a determinado partido e quais as suas convicções políticas.

Sustenta-se nesse acórdão: «o direito de um cidadão ao segredo das suas opiniões políticas, está protegido pelo XIV Aditamento» ⁽⁸⁵⁾.

A perspectiva do direito de tomar sozinho as decisões na esfera própria da intimidade pessoal, foi enfatizada, na célebre sentença *Roe v. Wade*, a propósito da legislação antiabortista, no Texas e na Geórgia. Aí se reconduz a decisão da mulher de interromper ou não a gravidez, à esfera da sua intimidade, sem prejuízo de se admitir que o direito à interrupção da gravidez não é um direito absoluto, podendo ser regulamentado pelos Estados, nomeadamente no interesse da saúde pública.

Finalmente, quanto ao segredo das comunicações, deve salientar-se que só após o acórdão antes referido, relativo à intimidade conjugal (*Griswold v. Connecticut*), é que o Supremo, em duas decisões datadas de 1967 (*Berger v. New York* e *Hoffa v. United*

⁽⁸⁴⁾ Deve contudo salientar-se que, pese embora a escolha de uma crença religiosa goze de uma protecção absoluta, o direito de agir de acordo com essa crença sofre importantes limitações, de acordo com várias decisões jurisprudenciais. É o caso da prevalência das regulamentações do trabalho de menores, da vacinação obrigatória e da necessidade de efectuar uma transfusão sanguínea, sobre as interdições religiosas invocadas pelos proponentes. Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *op. cit.*, p. 717.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *op. cit.*, p. 718.

States) consagrou definitivamente a tese de que o «*right of privacy*» se estende às comunicações, interpretando de forma ampla o IV Aditamento, sendo, portanto, contrárias a tal direito, as escutas telefônicas ou a utilização de «detectofones», entre outros meios técnicos ofensivos da privacidade dos cidadãos (a menos que exista controle do poder judicial, entre outras garantias constitucionais) ⁽⁸⁶⁾.

Se pretendermos, em resumo, determinar qual é o sentido concreto do «*right of privacy*» estadunidense, deparamos com uma dificuldade assinalável.

Tem a ver com a extrema variedade de conteúdos que se albergam na expressão «*privacy*»..

Com FRANÇOIS RIGAUX, afigura-se-nos que não é possível identificar «*privacy*» com a expressão francesa «*vie privée*» ou com a sua homóloga portuguesa «vida privada».

A «*privacy*» parece estar mais próxima da ideia de apropriação. Algo que pela sua natureza só o ser humano pode dispôr, e que é essencial para garantir a liberdade pessoal.

Nesta perspectiva, seríamos tentados a dizer que o «*privacy*», é uma espécie de «direito de apropriação» sobre certos bens de conteúdo afectivo, intelectual ou religioso, a começar desde logo pelo próprio corpo.

De alguma forma pois, o «*right of privacy*» não se teria ainda libertado totalmente da identificação que originariamente o Supremo fazia entre protecção da vida privada e protecção da propriedade.

Não é, de resto, de admirar, que a jurisprudência americana, se tenha visto compelida a interpretar de forma ampla o IV Aditamento, e nomeadamente a expressão «direito à inviolabilidade das suas pessoas», no sentido de aí encontrar apoio para o direito ao segredo das comunicações, como parte do «*right of privacy*».

O cidadão é senhor das informações que transmite a terceiros, só ele podendo autorizar a sua divulgação: tratar-se-ia aqui de uma

⁽⁸⁶⁾ Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *op. cit.*, p. 726.

extensão da protecção conferida aos pensamentos íntimos da pessoa, como garantia da liberdade individual.

Em suma: «A essência do «*right of privacy*» consiste em reclamar o exercício de um direito de apropriação contra toda a agressão exterior, privada ou pública»⁽⁸⁷⁾.

Ou como escreve GIOVANNI FERRI: «A «*privacy*» na experiência norte-americana aparece sempre mais como o instrumento através do qual toda a personalidade humana se pode desenvolver na sua específica individualidade, (...) no respeito dos princípios fundamentais da Constituição e no das «*privacies*» dos outros»⁽⁸⁸⁾.

3.2.2. O «*droit au respect de la vie privée*» francês

Em França, é longa a história da expressão vida privada (*vie privée*). Aparece, pela primeira vez, no texto da lei de imprensa de 1868, que teve como autor BENJAMIM CONSTANT.

Contudo, o objectivo de semelhante disposição legal era a protecção da honra, e, não a intimidade da vida privada, sem suporte positivo até então.

A tarefa de sedimentação de um direito ao segredo e ao respeito da vida privada foi também, em grande parte, tarefa da jurisprudência, em casos históricos, em parte já referidos, como o caso RACHEL de 1858, o de ALEXANDRE DUMAS filho, em 1888, ou, mais recentemente, o de GEORGE SAND, em 1928 e 1932⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *op. cit.*, p. 729. Salieta ainda este autor: «O «*right of privacy*» está para um regime eleitoral fundado sobre o sufrágio universal, como o direito de propriedade está para uma democracia censitária. Não nos admiremos pois que o Tribunal Supremo dos Estados Unidos, tenha exumado das penumbras do *Bill of Rights* os elementos essenciais do «*right of privacy*».

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *Persona e Privacy*, cit., p. 106.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. PAOLO CENDON, *Profili della Tutela della Vita Privata in Francia*, in *Rivista di Diritto Civile*, Ano XXVIII, n.º 3, Maio-Junho, 1982, pp. 82 e segs.

Na realidade, foram as decisões dos tribunais, que, conjuntamente com esforço de elaboração doutrinária de juristas como ROGER NERSON ⁽⁹⁰⁾ e PIERRE KAYSER ⁽⁹¹⁾, contribuíram para a grande reforma legislativa, que, nos anos 70 — aprovação da Lei de 17 de Julho de 1970 — haveria de mudar o panorama da protecção da intimidade da vida privada em França.

Importa salientar que também em França, como, de resto, um pouco por toda a Europa, a doutrina discutia se existia um verdadeiro direito ao segredo da vida privada, e, em caso afirmativo, se o mesmo não passava de um património moral ou se se inseria no direito geral de personalidade ⁽⁹²⁾.

A generalidade dos casos judiciais, que acabaram por condensar um conjunto de princípios, e que estiveram na base da reforma de 1970, incidiram sobre personagens do mundo do cinema ou do espectáculo, fotografados com teleobjectivas de grande alcance, e, que constatavam a publicitação desses factos nos jornais, sem o seu consentimento (casos de BRIGITTE BARDOT, GÉRARD PHILIPPE, PAPILLON, PETULA CLARK, etc.). Os tribunais gauleses formaram a orientação de que as vedetas têm direito à imagem e que esta não pode ser publicada sem o seu consentimento.

Outro grupo de decisões diz respeito a violações do direito à imagem de cidadãos comuns; aí, a jurisprudência caminhou no sentido de afirmar que uma foto tomada em lugar público, e publicada posteriormente, pode constituir um ilícito, quando a mesma

⁽⁹⁰⁾ Cfr. ROGER NERSON, *La Protection de la vie Privée en Droit Positif Français* in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 23.º, n.º 4, Out.-Dez., pp. 737-764. Este autor, estuda basicamente as implicações da protecção da vida privada, entre cidadãos, numa óptica privatística, salientando, aliás, que quando estudamos o direito à vida privada no quadro das relações entre os cidadãos e o Estado, será preferível enquadrá-lo à luz da designação de Direito do Homem, enquanto as relações entre particulares relevam dos «direitos de personalidade».

⁽⁹¹⁾ De resto é PIERRE KAYSER, quem salienta: «Foi sobretudo a jurisprudência civil que se esforçou por assegurar o segredo da vida privada» Cfr. *Le secret de la vie Privée et la jurisprudence Civil in Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, p. 406.

⁽⁹²⁾ Cfr. LUCIEN MARTIN, *Le Secret de la vie Privée*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Ano 58.º, Abril-Junho 1959, n.º 2 pp. 240 e segs.

seja acompanhada de comentários desfavoráveis, ou se vier inserida num contexto editorial negativo ⁽⁹³⁾.

Estas orientações foram acolhidas na Lei n.º 70 643 de 1970, a qual, nos arts. 22.º e 23.º, reviu, respectivamente, o art. 9.º do Código Civil, consagrando expressamente o «Direito à vida privada» e os arts. 368.º a 372.º do Código Penal, que passaram a prever novos delitos criminais relacionados com a violação do direito ao respeito da vida privada ⁽⁹⁴⁾.

Alguns anos mais tarde viria a ser aprovada uma lei relativa à informática e à protecção da vida privada dos cidadãos, com respeito ao tratamento informatizado de dados e informações, a Lei 78-17 de 6 de Janeiro de 1978 ⁽⁹⁵⁾.

Como se assinalou, a experiência francesa em sede de direito ao respeito da vida privada, só pode ser bem compreendida à luz do labor dos tribunais — da mesma forma que nos Estados Unidos, aliás.

Acresce, todavia, um outro aspecto de não dispicienda relevância. É que, ao nível constitucional — Constituição de 1958 — não existe referência à intimidade da vida privada. Só no contexto de um direito geral de personalidade, patente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é que tal direito poderia ter imbricação constitucional.

Por fim, deve referir-se que enquanto no EUA, como vimos, o corpo essencial de decisões jurisprudenciais se desenvolve à

⁽⁹³⁾ Cfr. o caso dos *Turistas na Torre de Pisa* (C. Paris, 24/3/65), o qual se traduz na foto, tirada de surpresa, a um grupo de turistas franceses em visita aquele monumento transalpino, e publicada num jornal francês, num contexto editorial em que se criticava o excesso de desenvoltura, quando ao modo de vestir, dos turistas franceses no estrangeiro. Outro caso famoso, conhecido como caso *Eynard* (Trib. Gran. Inst. Seine, 18/3/66), traduziu-se numa fotografia de grande beleza artística, na qual se via um casal sentado à mesa de um café, fotografia essa que depois de ter sido publicada numa recolha de fotos de autor, foi republicada, com comentários maliciosos, num opúsculo dedicado à prostituição. Cfr. PAOLO CENDON, *Profili della Tutela della vita Privata in Francia*, cit., p. 84.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. LUÍS FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, cit., p. 188. Para uma análise crítica da Lei de 17 de Julho de 1970, ver MARIO BESSONE, *Segretto della vita privata e garanzie della persona*, cit., p. 1137.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. PAOLO CENDON, *Profili della tutela della vita Privata in Francia*, cit., p. 103.

volta da defesa do cidadão comum, em França foram os actores, os cantores, os escritores, mesmo alguns políticos, os verdadeiros protagonistas da caminhada pelo respeito da intimidade da vida privada.

Como escreve PAOLO CENDON, com alguma ironia: «a vida doméstica e os segredos das vedetas — talvez porque se trata de um país que viu um Presidente da República morrer nos braços da própria amante — continuam a interessar os leitores e os espectadores franceses bem mais do que os factos pessoais de um qualquer senhor Dupont» ⁽⁹⁶⁾.

3.2.3. *O «diritto alla vita privata» e o «diritto alla riservatezza» em Itália*

A expressão «*diritto alla riservatezza*» entrou na linguagem jurídica italiana por influência de RAVÁ e DE CUPIS, como assinala PUGLIESE ⁽⁹⁷⁾.

E, pese embora, tal expressão não colha a unanimidade da doutrina, parte da qual prefere a expressão «*diritto alla vita privata*» ⁽⁹⁸⁾, o certo é que ela é hoje tem consagração legislativa.

O «*diritto alla riservatezza*» nasceu coincidindo, por um lado, com o direito à imagem, e, por outro, com o segredo epistolar profissional.

E nasceu outrossim, envolto na polémica, comum aliás a muitos ordenamentos jurídicos europeus, de se saber se a «*riservatezza*» se inseria num mais alto direito geral de personalidade, se constituía um direito subjectivo ou não, e se, em conformidade com os pressupostos de tal polémica, carecia de adequada protec-

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *Profili della Tutela della vita Privata in Francia*, cit., p. 78.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *Il Diritto «alla riservatezza» nel quadro dei Diritti della personalità*, in *Studi in Onore di Alberto Asquini*, IV, Pádua, 1965, p. 1557.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, que escreve: «entre privado (*privato*) e reservado (*riservato*) há diferenças (...) um homem pode viver privadamente sem ter reserva; a «*riservatezza*» é mais uma disposição de ânimo do que um modo de viver exteriormente», *Diritto alla vita Privata, (Contributo alla teoria della libertà di Stampa)* in *Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei*, vol. 1, Pádua, 1958, p. 141.

ção ao nível do direito positivo, para além da protecção da imagem e da correspondência ⁽⁹⁹⁾.

Apesar do «*diritto alla riservatezza*» não se encontrar individualizado na Constituição Italiana de 1947, ao contrário do que acontece entre nós, como se verá, a jurisprudência vem entendendo que o mesmo se encontra incluído no âmbito do art. 2.º da Lei Fundamental que «reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem» ⁽¹⁰⁰⁾.

Hoje o direito positivo tutela expressamente o «*diritto alla riservatezza*», quer a nível civil quer a nível penal, sendo pacífico o entendimento de que a tutela que resulta do quadro normativo existente é geral, e não circunscrita a aspectos específicos.

São, contudo, várias as normas e os diplomas avulsos que em Itália, se ocupam dos vários aspectos do «*diritto alla riservatezza*», desde as já referidas normas sobre o direito à imagem e à protecção da correspondência, até ao segredo das escutas telefónicas, passando pela protecção dos trabalhadores relativamente às indagações por parte do dador de trabalho, das suas convicções políticas, religiosas ou sindicais ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Sobre este conjunto de questões vejam-se GIOVANNI PUGLIESE, *Il Diritto alla Riservatezza nel quadro dei diritti della Personalità*, cit. pp. 1564 e segs. que discutia, em 1963, a possibilidade do «*diritto alla riservatezza*» se fundar no art. 10.º do Código Civil italiano sobre o direito à imagem, e, nos arts. 86 e segs. da Lei sobre direitos de Autor, que protege a correspondência particular e as memórias familiares ou pessoais, e, sustentava a necessidade de uma intervenção legislativa, e GIORGIO GIAMPICOLO, *La Tutela Giuridica della Persona Umana e il c.d. Diritto alla Riservatezza*, in *Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, Pádua, 1958, em especial p. 444, que adere à ideia da não existência de direitos de personalidade, mas de um direito de personalidade, único, de conteúdo indefinido e vario, onde se inseriria o «*diritto alla riservatezza*».

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. a decisão da Corte de Cassazione de 27 de Maio de 1975 (caso ex-Princesa Soraya) citada em GIUSEPPE CORASANITI, *Diritto dell'Informazione*, Pádua, 1992, p. 109.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. para um resumo do quadro normativo vigente em Itália, nesta matéria, LUIS FARIÑAS MATONI, *El Derecho a la Intimidad*, cit., pp. 193 e segs. Com efeito a doutrina assinala que existe no sistema italiano uma tutela geral da «*riservatezza*», pese embora não possa a mesma considerar-se circunscrita a aspectos específicos expressamente disciplinados numa norma. Nesse sentido como escreve GIOVANI FERRI «a tutela da «*privacy*» longe de se apresentar como uma «*zero-relationship*» (...) expressão de tudo

Um aspecto curioso na doutrina italiana, que merece ser destacado, é a clara distinção que alguns autores fazem entre privacidade (*riservatezza*) e segredo (*diritto al segreto*).

Assim enquanto a «*riservatezza*» tem como objecto a não interferência externa na privacidade, o direito ao segredo é destinado a operar quando alguns elementos da esfera de privacidade do indivíduo são conhecidos dos outros. É claro que o direito ao segredo protege uma área reservada da vida privada (e até da vida pública), «mas tal constitui uma tutela, que quando é chamada a operar actua em alternativa à da privacidade» ⁽¹⁰²⁾.

No mesmo sentido, salienta ANTONINO CATAUDELA: «O interesse garantido com a tutela da «*segretezza*» e da «*riservatezza*» é o mesmo: mas diversamente graduado. E esta graduação comporta uma diversa intensidade da tutela» ⁽¹⁰³⁾.

Ou seja, enquanto o interesse tutelado pelo segredo (segredo do domicílio, segredo da correspondência e outras formas de comunicação, segredo profissional, segredo das opiniões políticas, religiosas e sindicais, etc.) se satisfaz mantendo a situação de facto imutável, o interesse tutelado pela reserva, é satisfeito com a não divulgação da notícia a círculos mais amplos ou impedindo a sua publicação.

Finalmente, importa recensear de que forma a doutrina transalpina encara o problema central deste estudo, ou seja o conflito entre o privado (*privato*) e a liberdade de imprensa (*diritto di cronaca*).

Julgamos, contudo, que a sede indicada para tal matéria é a parte relativa às situações de conflito entre ambos os direitos, remetendo pois para tal capítulo o desenvolvimento desta questão ⁽¹⁰⁴⁾.

o que é *selfish*, e em certo sentido, fatalmente antisocial, aparece, como indica a experiência americana, um elemento decisivamente caracterizante da tutela da pessoa humana». Cfr. *Persona e Privacy*, cit., p. 109.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. GIOVANI FERRI, *Persona e Privacy*, cit., p. 115.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *Segreto, Privato e Cronaca*, cit., p. 430.

⁽¹⁰⁴⁾ Ver capítulo III *infra*.

3.2.4. O «*individualsphäre*», o «*geheimsphäre*» e o «*privatsphäre*» germânicos

A protecção da intimidade da vida privada na Alemanha está associada à discussão, que remonta pelo menos ao século XIX, sobre a existência ou não de um direito geral de personalidade⁽¹⁰⁵⁾.

Se bem que, no princípio do século, parte da doutrina falasse de um direito geral de personalidade, o que levou, por exemplo, à consagração no Código Civil germânico, de uma norma reconhecendo o direito ao nome, como um direito de personalidade, e, não, como por exemplo em França, nessa altura, como um direito de propriedade, o certo é que tal tese acabou por declinar.

Em 1902, registe-se a decisão do *Reichgericht*, que nega a existência de um direito geral de personalidade como um direito subjectivo reconhecido no sistema de direito positivo do império alemão⁽¹⁰⁶⁾.

Foi preciso esperar pelo fim da II Guerra Mundial e pela aprovação da Lei Fundamental de Bona, em 1949, para se operar uma reviravolta na jurisprudência, que se funda em novos princípios constitucionais⁽¹⁰⁷⁾.

O art. 1.º, §1 da Lei Fundamental proclama a inviolabilidade da dignidade do Homem. Em seguida, coloca entre os direitos fundamentais do Homem, que nos termos do art. 1.º, §3 vinculam o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial, a título de direito directamente aplicável, o «direito de cada um ao livre desenvolvimento da sua personalidade...» (art. 2.º §1).

Ora, como base nesta norma, o Tribunal Federal de Justiça, fixou a orientação, hoje pacífica, de que a Constituição consagra um direito geral de personalidade, traduzido no «direito de um particular contra outro particular ao respeito da sua dignidade

(105) Cfr. GIOVANNI PUGLIESE, *Il Diritto alla riservatezza nel quadro dei Diritti della personalità*, cit., p. 1558 (nota 14).

(106) Cfr. PIERRE KAYSER, *La protection de la vie privée*, cit., p. 55.

(107) Cfr. ROBERTO GOLDSCHMIDT, *La protección jurídica de la vida privada*, cit., p. 239 e MARIO BESSONE, *Segreto della vita privata e garanzie della persona*, cit., p. 1134.

de Homem e ao desenvolvimento da sua personalidade individual» (108).

O Tribunal Federal vem entendendo que este direito geral de personalidade engloba as seguintes dimensões protectoras, no que concerne à vida privada (que de resto se encontram hoje consagradas ao nível do direito positivo) (109):

- a) protecção contra a divulgação da vida privada (imagem, nome, acontecimentos da vida privada) e contra a investigação da vida privada;
- b) protecção do segredo da vida privada (correspondência, telecomunicações, uso abusivo de gravadores de som, dados informáticos);
- c) protecção da liberdade da vida privada (o Tribunal Federal consagrou a existência de uma esfera privada de protecção, garantidora da liberdade do ser humano, a fim de este poder desenvolver a sua personalidade) (110);

A partir dos postulados jurisprudenciais antes referidos a doutrina alemã, sobretudo após a Lei Fundamental de Bona ter conferido base positiva, como se disse, ao direito à intimidade da vida privada, no quadro de um direito geral de personalidade, tem desenvolvido de forma sistemática uma concepção tripartida da vida privada.

(108) Cfr. KARL-HEINZ SEIFERT e DIETER HOMIG, *Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland*, (2.ª edição), Baden-Baden, 1985, p. 40.

(109) Cfr. para uma panorâmica do direito positivo germânico nesta matéria, LUIS FARÍÑAS MATONI, *El Derecho a la intimidad*, cit., pp. 163 e segs.

(110) Um dos mais famosos casos a este propósito vem resumido em PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, op. cit. p. 59: «Durante as negociações com vista à venda de um terreno, um dos futuros contratantes tinha registado em banda magnética as intenções do outro, e, na sequência de uma queixa de um terceiro, fundada em dolo e fraude fiscal, uma decisão, promanada do Ministério Público, determinou a confiscação da gravação e a sua reprodução como meio de prova. O Tribunal Regional confirmou tal decisão. Mas o Tribunal Federal entendeu que essa decisão constituía uma intromissão na vida privada, não justificada pelo interesse em esclarecer os factos relevantes, do ponto de vista da lei penal. Ressalvou, contudo os casos onde os factos constitutivos da infracção penal relevassem da grande criminalidade».

Alguns autores falam em «*Individualsphäre*», «*Geheimsphäre*» e «*Privatsphäre*». A primeira englobaria a especificidade do Homem no Mundo, e desde logo a dignidade humana, o nome e a honra. A esfera individual, nesse sentido, contrapor-se-ia a esfera pública. As outras duas protegeriam o Homem contra o Mundo. A esfera da intimidade (*Geheimsphäre*), reportar-se-ia à parte da vida privada da qual só o próprio ou os familiares teriam conhecimento. A esfera do privado (*Privatsphäre*) englobaria tudo o que dissesse respeito à vida do indivíduo e que pudesse ser constatado por aqueles que se encontram em contacto com ele: a aparência física (*Ercheinungsbild*), a vida não pública (*Lebensbild*) e a representação do carácter (*Characterbild*)⁽¹¹⁾.

3.2.5. O «derecho a la intimidad» Espanhol

Viu-se antes, no capítulo dedicado à liberdade de imprensa, que a Constituição espanhola de 1978, tem como característica para o propósito deste trabalho, a circunstância de inserir a intimidade como limite expresso à liberdade de imprensa.

⁽¹¹⁾ Cfr. HUBBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Munster-Cologne, 1953, p. 217 citado por JACQUES VÉLU, *Le Droit au respect de la vie privée*, cit. pp. 278 e 28. RITA AMARAL CABRAL, citando a doutrina germânica, estabelece uma distinção parcialmente idêntica, falando em vida íntima (*das Geheimbereich*), vida privada (*der Privatreich*) e vida pública (*der Öffentlichkeitbereich*) embora dando a esta um sentido não inteiramente reconduzível ao que HUBMANN chama de esfera individual (*individualsphäre*). Cfr. *O Direito à intimidade da vida privada*, cit., p. 398. Ver num sentido parcialmente coincidente ao utilizado no texto, a distinção entre *Privatsphäre* e *Intimsphäre*, em KARL-HEINZ SEIFERT e DIETER HOMIG, *Grundgesetz*, cit., pp. 40 e 41. Outro autor alemão, HENKEL, «*Der Strafschutz der Privatlebens gegen Indiskretion*» citado por PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, Madrid, 1989, p. 39, distingue três graus ou esferas concêntricas: a esfera privada em sentido estrito (*Privatsphäre*), a esfera da intimidade confidencial (*Vertrauensphäre* ou *Vertraulichkeitssphäre*) e a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). A primeira compreenderia os dados ou as notícias que o seu titular quisesse tornar conhecidas do público, a segunda aqueles dados ou informações que o seu titular revelasse apenas a alguns de especial confiança, neles se incluindo o segredo profissional e a correspondência, e a terceira que excluiria do conhecimento, todos os indivíduos alheios à sua titularidade.

É evidente que a Lei Fundamental espanhola não serviu de fonte inspiradora à Constituição portuguesa, pelo menos na sua versão originária. A antecedência temporal na feitura desta última impediu-o. Mas o inverso verificou-se, a fazermos fé na doutrina espanhola ⁽¹¹²⁾.

Ou seja, o texto português influenciou o espanhol no que concerne ao direito à intimidade.

Dai, em parte, o interesse em incluímos nesta breve nota de direito comparado uma referência à Constituição de 29 de Dezembro de 1978.

O art. 18.º, n.º 1, inserido no capítulo dos direitos fundamentais, garante o «direito à intimidade pessoal e familiar».

A doutrina e a jurisprudência, na ausência de uma definição legal, optaram por utilizar um método descritivo, incluindo no âmbito de protecção do direito, várias manifestações do mesmo, como a vida familiar, amorosa, a imagem, os recursos económicos, os prazeres, o segredo das comunicações ou a inviolabilidade do domicílio ⁽¹¹³⁾.

Mas vem-se acentuando a ideia de que uma avaliação correcta da intimidade, não pode prescindir de a encarar na dupla perspectiva do cidadão poder reservar uma esfera de vida própria e secreta, intangível para os outros, mas também, de ter capacidade para evitar a sua instrumentalização ou manipulação ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹²⁾ Cfr. MARC CARRILLO, *Los Limites a la Libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, cit., p. 54, que refere a «influência notável» do texto constitucional português na constituinte espanhola designadamente do nosso art. 33.º.

⁽¹¹³⁾ O que não significa que não tenham sido aventadas várias definições do *derecho a la intimidad*. Veja-se LUIS FARIÑAS MATONI, *El derecho a la Intimidad*, cit., p. 352, que escreve: «o direito à intimidade é a faculdade do homem, esgrimível erga omnes, consistente em poder graduar o eixo eu/outro que traduz a intimidade e que se radica na mesma natureza essencial do homem, anterior à sociedade e ao Estado e que comporta a possibilidade do pertinente amparo do ordenamento jurídico».

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. MARC CARRILLO, *Los Limites a la Libertad de Prensa en la Constitución Española de 1978*, cit., pp. 57 e segs.