

SOBRE A PROTECÇÃO DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Comunicação do Dr. Mário Raposo

1. Foi publicado em 14 de Agosto findo um projecto de proposta de lei ⁽¹⁾ sobre a protecção da intimidade da vida privada, no seu aspecto penal. Como se consigna no pórtico do projecto, insere-se essa protecção na problemática dos direitos do homem posta pela Declaração Universal aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948 — marco inicial da crescente *positivação* da tutela da liberdade e da sua dissociação do clima *político* de que andara sempre contaminada ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Actas da Câmara Corporativa, n.º 114.

⁽²⁾ A Declaração francesa de 1789, proclamada poucos anos volvidos sobre as Declarações americanas, outorgou uma dimensão universal aos direitos do homem, embora sob um prisma arraigadamente individualista e abstractamente programático. Não resta, porém, dúvida do impacto que causou e dos horizontes que abriu. «C'est pour l'enseignement du monde que les français écrivaient: c'est pour l'avantage et la commodité de leurs concitoyens que les américains ont rédigé leurs Déclarations» (Boutmy, *La Decl. des Droits de l'Homme e du citoyen et M. Jellinek*, em *Annales des Sciences Politiques*, Paris, 1902, p. 423). Raymond Gettell, professor da Universidade da Califórnia, comenta também: «A Declaração francesa segue de perto o *bill* dos direitos americanos, mas com um sentido de maior precisão e clareza, mais logicamente ordenada, antepondo à liberdade a igualdade política. Neste sentido, a Declaração confunde a liberdade com a democracia; como consequência, o poder absoluto da soberania do povo, na prática, restringe a liberdade. Quando os franceses proclamavam a célebre Declaração, viam-se olha-

Tal *despolitização* ⁽³⁾ mais se revigorou com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 ⁽⁴⁾.

Ora estatui precisamente o art.º 12.º da Declaração de 1948: «Ninguém poderá ser objecto de intervenções arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados à sua honra e à sua reputação. Toda a pessoa tem direito à protecção da lei contra tais atentados». Por seu turno, no art.º 8.º, n.º 1, da Convenção de 1950 ficou estabelecido que toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

Não pode, pois, ser indiferente ao jurista — a quem, como tal, deverá caber uma participação activa no desejável debate preparatório das reformas legislativas que prossigam a tutela dos direitos do homem e do primado do Direito — o encarar, pelo Governo, de um relevante compartimento dessa tutela, mesmo que apenas confinada às relações entre *particulares*, e não também à defesa destes perante os abusos que virtualmente poderão cometer as próprias autoridades ⁽⁵⁾.

dos pelo mundo inteiro e pensavam que os *princípios de 1789* sobreviveriam à acção do tempo. Foi enorme a influência deste documento no pensamento político da Europa» (em *História das Ideias Políticas*, trad. port., 1936, p. 352). Houve, entretanto, que aguardar mais de século e meio para que a sua função histórica se concretizasse na Declaração de 1948 e, de certo modo, na Encíclica *Pacem in Terris* de João XXIII e na Constituição *Gaudium et Spes* do Vaticano II. Mostra-se, entretanto, irrecusável o seu alcance e significado, depois de depurada do seu evidente carácter *burguês*. Aliás a mesma característica é hoje assacada à Declaração de 1948, pelo menos em alguns dos seus preceitos (Dr. Amadeu Lopes Sabino, *Noia breve sobre os direitos do homem*, em *O Tempo e o Modo*, n.º 69-70, Março-Abril de 1969, p. 389). Mas, a nosso ver, infundadamente.

⁽³⁾ A expressão é de Karel Vasak, em *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1964, p. 2 e segs.

⁽⁴⁾ No que respeita predominantemente à protecção dos direitos civis e políticos (entendidos estes como a afirmação de cidadania do homem numa sociedade livre). A protecção dos direitos económicos e sociais viria a ser relegada para a Carta Social Europeia, assinada em Turim em 18 de Outubro de 1961 e entrada em vigor em 26 de Fevereiro de 1965.

⁽⁵⁾ Ao *jurista* e, muito especialmente, ao *advogado*, que, por irremissível destinação, será o defensor *natural* dos direitos em que se radica a eminente dignidade da pessoa humana.

Isso mesmo foi, uma vez mais, avultado na reunião da U. I. A. realizada em Bruxelas em 30.1.1971. Anos antes, Emmanuel Mounier definira as metas

Até porque, para aquém do aspecto *repressivo*, a simples promulgação de uma lei penal sobre a matéria preencherá, desde logo, uma função preventiva e, mais do que isso, uma função *pedagógica*.

Efectivamente, como se regista no opúsculo editado pela O.N.U. — *Les Nations Unies et la personne humaine* — «em matéria de direitos do homem, o primeiro dever do cidadão pode parecer tão simples e evidente que numerosos de entre nós o desprezam: *consiste em saber o que são esses direitos*. Uma vez que tenhamos compreendido a natureza dos nossos direitos, incumbe-nos assegurar-lhes o respeito — para outrem como para nós próprios»⁽⁶⁾.

2. Dá-se entretanto o caso de, pelo menos numa perspectiva meramente civilística, o tema da protecção da intimidade da vida privada, enquadrada na tutela dos *direitos da personalidade*, se perder na penumbra da História, referindo mesmo Pugliese⁽⁷⁾ mergulhar ele as suas raízes nos direitos grego e romano, encontrando uma formulação quase *moderna* em Donello, no séc. XVI, no tratado *De iure civili*. Aliás, bem vistas

a atingir, na área dos poderes públicos, para a salvaguarda daquela *eminente dignidade*: «D'abord, que la personne doit être protégée contra l'abus de pouvoir, et tout pouvoir non contrôlé tend à l'abus. Cette protection exige un statut public de la personne et une limitation constitutionnelle des pouvoirs de l'État: équilibre du pouvoir central par les pouvoirs locaux, organisation du recours des citoyens contre l'État, *habeas corpus*, limitation des pouvoirs de police, indépendance du pouvoir judiciaire» (in *Le Personnalisme*, P. U. F., 5.^a ed., 1957, p. 126). Já no séc. XVIII o advogado Jerónimo Silva Araújo afirmara orgulhosa e pertinentemente: «Nunca o advogado (...) receie falar dentro dos limites da honestidade, nem tema os homens poderosos e belicosos. Fale viva e insistentemente contra os vícios e crimes, pois, se tal fizer por amor à República, e para honra de Deus e paz do povo, que importam as ameaças, que importam os gritos, que importam as línguas malditas dos soberbos? (...) Ao advogado justo e forte, não o abalam as paixões dos malevolentes nem o rosto minaz do tirano, nem o aterram as insídias dos violentos» (in *O Perfeito Advogado*, no *Bol. do Min. da Justiça*, 180, p. 45).

(6) Citado por Sottomayor Cardia em *Os Direitos do Homem*, Cadernos da Seara Nova, 1968, p. 37.

(7) *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, em *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, 1964, p. 3.

as coisas, os direitos de personalidade — pensados como os direitos *essenciais* do homem, sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam para ele todo o significado — arrancam da mesma ideia-força e prosseguem os mesmos objectivos dos chamados *direitos do homem*: o respeito pela liberdade e pela eminente dignidade da pessoa humana. A separá-los estará quase apenas uma questão de terminologia e, talvez ainda, uma questão de óptica — separação que, de resto, cadá vez mais se esbaterá com a apontada *positivação* e *despolitização* da problemática dos direitos do homem, mesmo, paradoxalmente, na zona dos chamados direitos *políticos*. Numa sociedade regida pelos princípios dimanados do primado do Direito estes suscitarão apenas questões de *técnica jurídica*. Mesmo que não exerça uma actividade política, possui o homem direitos políticos *essenciais* e *imprescritíveis*, cuja consagração emerge não da contingente generosidade dos governantes, mas de princípios *jurídicos* comuns à vida de qualquer sociedade verdadeiramente *livre e actual*.

3. Pois bem.

Entre os direitos de personalidade situa-se, realmente, aquele que alguns autores italianos qualificam de *diritto alla riservatezza* — de *direito ao resguardo* ⁽⁸⁾. Na definição de De Cupis, o resguardo será o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que só a ela se refere. Assim, por ex., no direito à imagem a pessoa tem direito a protecção contra o exame e indiscrição alheios, mesmo se, por tais vias, a sua honra não chegar a ser atingida. O mesmo acontecerá na tutela do direito ao segredo.

(8) A expressão entrou na linguagem jurídica italiana a partir de Ravà (*Istituzioni di diritto privato*, Pádua, 1938, pág. 197 e segs.) e de Adriano de Cupis, cuja obra fundamental sobre a matéria tem tradução portuguesa (*Os direitos de personalidade*, 1961, págs. 129 e segs.). Outros autores empregam expressões diversas. Assim, por ex., Carnelutti, *Il diritto alla vita privata*, na *Riv. trism. dir. pubbl.*, 1955, p. 5 e Ferrara-Santamaria, *Il diritto all' illesa intimità privata*, na *Riv. dir. priv.*, 1937, p. 170. Fala-se também no direito «alla privatezza».

Foram, porém, os Estados Unidos, no entender de Pugliese⁽⁹⁾, a «verdadeira pátria» do *right of privacy*, a partir do célebre estudo de Warren e Brandeis⁽¹⁰⁾, em que tal direito surge perfigurado como «the right of an individual to live a life of reclusion and anonymity», «the right to be let alone», a salvaguarda da própria «peace of mind».

De resto, toda a história do direito americano se processa, em decisiva medida, no sentido da protecção dos direitos à vida, à liberdade e da busca da felicidade (na acepção que lhe é dada pelo puritanismo anglo-saxónico).

Entretanto, apenas doze anos volvidos sobre o artigo de Warren e Brandeis as suas aporções doutrinárias foram pela primeira vez judicialmente invocadas, em Nova York, num processo relativo à publicação num jornal da fotografia duma jovem, sem autorização desta e para publicidade dum produto alimentar, não estando em causa a honra da ofendida. Julgada a acção improcedente, o certo é que no Estado de Nova York passou logo depois a vigorar uma lei proibindo o uso, para fins publicitários, do nome, retrato ou imagem de pessoa viva sem o seu consentimento.

A primeira decisão judicial proferida num caso análogo emanou do Supremo Tribunal da Geórgia, em 1904, no processo *Pavesich v. The New England Life Insurance Company*, julgado procedente sem que, ao tempo, nesse Estado vigorasse qualquer lei expressa. «A liberdade — ponderou o Tribunal — inclui o direito de viver como se entende enquanto não se violem os direitos de outrem ou do público (...). Cada um é livre de escolher a sua maneira de viver e nem o público nem qualquer pessoa tem o direito de privar alguém dessa liberdade»⁽¹¹⁾.

Com base nesta e noutras decisões publicou Roscoe Pound, professor de Harvard, em 1915, um artigo que fez época e onde

(9) Op. cit., p. 22. Em Inglaterra, o *right of privacy*, embora não tendo expressão no direito positivo, é uniformemente acolhido na doutrina e na jurisprudência. Cfr. Salmond-Houston, *On the Law of Torts*, 1957.

(10) *The right of privacy*, na *Harvard Law Revue*, 1890, p. 193.

(11) Ferdinand F. Stone, *Institutions Fondamentales du Droit des États-Unis*, Paris, 1965, p. 191.

ponderou: «A publicidade no que se reporta a questões privadas de interesse estritamente *pessoal* constitui um atentado à personalidade. Ela afecta a serenidade da alma e o bem estar do indivíduo e pode provocar um sofrimento mais agudo que o resultante duma ofensa corporal. Os sentimentos do homem fazem parte da sua personalidade da mesma forma que os seus órgãos vitais»⁽¹²⁾.

Nascida sob esse signo nos Estados Unidos, a matéria da protecção da vida privada, numa área civilística, tem vindo a ser em larga medida incrementada pelos abusos cometidos pela publicidade, pela imprensa, pelo cinema, pela rádio e pela televisão. Por isso mesmo tal protecção tem sofrido relevantes restrições, em homenagem ao princípio da liberdade de expressão e da imprensa, constitucionalmente assegurados⁽¹³⁾. Frequentes são os conflitos equacionados a partir do direito à vida privada e do direito do público a ser informado. Diz-se, designadamente, que os homens célebres ou envolvidos em circunstâncias de interesse geral implicitamente alienam o seu direito à vida privada. Mas a linha de demarcação entre os dois valores tem-se mantido imprecisa. Aponte-se, como exemplo, a publicação no *Time* dum artigo com uma fotografia duma criança nascida com graves e invulgares defeitos físicos. Essa publicação foi judicialmente considerada como violadora do direito à intimidade⁽¹⁴⁾.

Cotejando a experiência norte-americana com a francesa, quase se poderá pôr em dúvida a realidade da aludida afirmação de Pugliese, tão copiosa tem sido em França a elaboração doutrinal e jurisprudencial. Sobretudo nos últimos anos e com o progressivo desenvolvimento do chamado *journalisme à sensation*, proliferaram ali as controvérsias dogmáticas e as questões judiciais, célebres em função dos seus protagonistas.

⁽¹²⁾ *Interests in Personality*, na *Harvard Law Review*, p. 362.

⁽¹³⁾ Cfr. Ferdinand F. Stone, op. cit., p. 195. V. ainda W. J. Wagner, *Le Droit à l'intimité aux États-Unis*, na *Revue Intern. de Droit Comparé*, 1965, p. 365 e segs.

⁽¹⁴⁾ Ferdinand F. Stone, op. cit., p. 196.

E deu-se, todavia, o caso de só em 1 de Julho de 1970 haver sido publicada uma lei, «tendente a reforçar a garantia dos direitos individuais dos cidadãos», onde a protecção da vida privada foi *expressis verbis* declarada.

O art.º 22.º dessa lei incidiu sobre a zona civilística, dando origem a uma nova redacção do art. 9.º do Código Civil.

Ficou estabelecido que «cada um tem direito ao respeito da sua vida privada», formulação nitidamente inspirada no art. 8 da Convenção Europeia de 1950.

Todavia, mesmo antes de Julho de 1970, a actividade jurisprudencial revelara-se intensíssima, com base no art.º 1382.º do mesmo Código (¹⁵). Há mesmo que remontar a 1858, quando Me. Felix, irmã da actriz Rachel, propôs no Tribunal do Sena, uma acção, julgada procedente, contra uma artista que expusera e procedera à venda dum retrato daquela actriz no seu leito de morte. Proclamou então, românticamente, o magistrado do Ministério Público: «Por maior que tenha sido uma artista, por maior relevo histórico que tenha tido um grande homem, a sua vida privada distinguir-se-á da sua vida pública, e o seu lar estará sempre separado da cena ou do forum».

Nos últimos anos, e até porque eles constituem o alvo preferido dos jornalistas, os actores frequentemente têm recorrido aos tribunais, *quase sempre com êxito*. Assim, entre outros, Marlene Dietrich, Brigitte Bardot, Jean-Louis Trintignant, Bernard Blier, Henri Salvador, Jean Pierre Belmondo e Cathérine Deneuve. Mas não apenas eles. Protagonistas de causas retumbantes foram também, por ex., Gunther Sachs e a família Rotschild.

Uma das raras excepções a essa actividade triunfante foi o processo que Picasso moveu contra Françoise Gilot, sua antiga companheira, que revelou a vida íntima de ambos no livro *Vivre avec Picasso*. Considerou o Tribunal que, tendo ambos vivido em comum durante dez anos, os segredos divulgados por

(¹⁵) Dispõe esse art.º 1382.º: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

Françoise Gilot, eram, por assim dizer, também *património* desta, que deles poderia dispor⁽¹⁶⁾.

Volvidos mais de 100 anos sobre o processo relativo à actriz Rachel, os tribunais não modificaram, em substância, a sua atitude perante o problema: as *vedetas* ou quaisquer outras celebridades, como um simples particular, terão direito à intimidade da sua vida privada, podendo apenas ser divulgada, sem o seu consentimento, a sua vida pública ou profissional⁽¹⁷⁾.

Como evidencia Albert Chavanne, a fundamental aportação prática do novo art.º 9.º do Código Civil é a de, enquanto com base no art.º 1382.º o ofendido teria que estabelecer a prova dum *prejuízo* (pois se estava em pleno domínio da *responsabilidade civil*), no sistema actual, uma vez que se encontra consagrado um direito subjectivo, qualquer violação da intimidade privada resulta passível de sanção civil, *independentemente da prova do prejuízo*⁽¹⁸⁾.

Em todo o mundo se tem arreigado o instituto.

Entre as muitas decisões compendiadas na *Revue de la Commission Internationale de Juristes* poder-se-á, a título exemplificativo, apontar a sentença do Tribunal do Distrito de Tóquio de 28 de Setembro de 1964, onde pela primeira vez foi ela suscitada perante tribunais japoneses. Kimitake Hiraoka, escritor conhecido sob o pseudónimo de Yukio Mishina, publicou um romance, *Utage no Ato* (Depois do Banquete) em que caracterizadamente revelava factos da vida pessoal de Hachiro Arita, que fora ministro anteriormente à guerra de 1939-45, e da mulher deste, embora velando a sua identidade sob figuração imaginária. Alegou fundamentalmente o escritor o seu direito à liberdade de expressão. Mas sem êxito⁽¹⁹⁾.

(16) V. Roger Nerson, crónica jurisprudencial na *Revue Trim. de Droit Civil*, 1971, p. 108 e segs. O livro de Françoise Gilot (redigido, aliás, por Carlton Lake) acha-se traduzido em português sob o título de *A minha vida com Picasso* (Publicações Europa-América), 1965.

(17) Maurice Garçon, *Pour la défense de la vie privée*, em *Choses et autres*, Paris, 1956, p. 141.

(18) *La protection de la vie privée dans la loi du 17 Juillet 1970*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1971, n.º 3, p. 41 e segs.

(19) *Cit. Rev.*, tomo VIII, n.º 2, Dez. de 1967, p. 149.

4. E em Portugal?

Catalogava já o Código de Seabra, no art.º 359.º, os direitos que designava como *originários* — aqueles «que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege, como fonte e origem de todos os outros».

Eram eles:

- a) o direito à existência
- b) o direito à liberdade
- c) o direito de associação
- d) o direito de apropriação
- e) o direito de defesa.

E caracterizava o primeiro deles como compreendendo não só a vida e a integridade pessoal do homem, mas também o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua *dignidade moral* (art.º 360.º).

Curioso é notar que, no próprio seio da comissão revisora, foi combatida a incorporação expressa de tais direitos *na lei civil*, posto que, como alvitrava Alexandre Herculano, mais adequadamente deveriam encontrar assento numa constituição política ou num código penal.

Não comungou inteiramente em tais reparos Cunha Gonçalves, que parificou os direitos originários àqueles «que os escritores modernos designaram por direitos da personalidade»⁽²⁰⁾.

Numa fugaz abordagem do problema, Manuel de Andrade veio a englobar todos esses direitos em «um direito único e geral, abarcando a conservação, a incolumidade e a actuação da individualidade em todas as direcções que ela comporta, salvo certos limites legais»⁽²¹⁾.

Aliás, numa síntese passível de desdobramento, a Constituição Política de 1933 deu guarida, no limiar do elenco dos di-

⁽²⁰⁾ *Tratado de Direito Civil*, vol. III, 1930, p. 9.

⁽²¹⁾ *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 1964, p. 195.

reitos e garantias individuais dos cidadãos, ao «direito à vida e integridade pessoal» (n.º 1 do art.º 8.º).

E nem a jurisprudência ficou indiferente perante o condicionamento decorrente deste ordenamento normativo.

Merece registo especial o Acórdão da Relação de Lisboa de 2.3.1960 (na *Jurisprudência das Relações*, ano 6, p. 225) que determinou a suspensão das obras nocturnas — designadamente as do metropolitano de Lisboa — quando elas ofendessem, pelo barulho que ocasionassem, o direito à existência e o direito ao sono dos habitantes das casas das ruas onde essas obras se processavam.

Foi, porém, o vigente Código Civil que consagrou, *expressis verbis*, a tutela dos *direitos de personalidade* no seu aspecto civilístico (art.ºs 70.º a 81.º).

Em quase todas estas disposições capta-se, directa ou implícitamente, a preocupação de salvaguardar a intimidade da vida privada, *maxime* no art.º 80.º, onde se proclama o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Estatui o n.º 1 desse preceito que «todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada dóutrem».

Precisa o n.º 2 que «a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas».

Deixar-se-á assim, e bem, ao critério do julgador a justa medida da *reserva* protegida. A plataforma a encontrar, designadamente quanto às pessoas célebres ou cuja vida possuir uma relevante zona de inevitável *publicidade*, variará, pois, de caso para caso.

A publicação dum fotografia dum artista ou dum desportista conhecido, obtida em plena rua, não constituirá certamente uma intromissão na sua esfera privada. Mas já o poderá ser a publicação, não consentida, da fotografia dum indivíduo qualquer, que não seja legitimamente determinada pelas necessidades da informação.

Nas reportagens do exterior da T. V. focam-se, por vezes, sectores do público. Em si mesma essa actuação manter-se-á

irrelevante. Mas já constituirá ofensa à intimidade se a câmara focalizar especialmente um espectador anónimo que se apresentar numa situação ridicularizante ou por qualquer outra forma atentatória da sua dignidade.

Essa ressalva surge, aliás, expressa no n.º 2 do art.º 79.º, cuja aplicação casuística de igual passo dependerá do prudente arbítrio do julgador⁽²²⁾.

5. Reconhece o projecto de proposta de lei n.º 11/X que as reacções contra a violação do direito à intimidade da vida privada já não se poderão situar numa zona de natureza meramente *civil*, por terem adquirido «cidadania criminal».

(22) Afloração da protecção da vida privada é também o n.º 1 da Base XXXIII da Lei de Imprensa (Lei n.º 5/71, de 5 de Novembro), onde se estabelece que a prova da verdade dos factos, no caso de difamação, não é permitida quando, tratando-se de particulares, a imputação haja sido feita em relação a factos da vida privada ou familiar do difamado. Como lembra Pierre Kayser (*Le Secret de la vie privée et la jurisprudence civile*, em *Mélanges offerts à René Savatier*, 1965, p. 405 e segs.), disposições do estilo do art.º 168.º, alínea (a), e do art. 656, n.º 4, do nosso Código de Processo Civil (carácter secreto dos processos de anulação de casamento, divórcio, separação de pessoas e bens e impugnação de paternidade legítima e das respectivas audiências) são igualmente determinadas, se bem que por via oblíqua, pelo respeito pela intimidade da vida privada. Do respeito pela intimidade nascem, de igual passo, os clássicos princípios da *inviolabilidade do domicílio e da correspondência*, nos quais para Georges Burdeau (*Les Libertés Publiques*, Paris, 1966, p. 163) se polariza a chamada «liberdade da intimidade». Estes dois direitos são garantidos, «nos termos que a lei determina», pelo n.º 6 do art.º 8.º da nossa Constituição Política. A defesa da intimidade da vida privada repercute-se ainda no regime da *propriedade horizontal*. É, na verdade, especialmente vedado aos condóminos destinar a sua fracção a usos ofensivos dos bons costumes e a uso diverso do fim a que é destinada no título constitutivo da propriedade horizontal (alínea b) e c) do n.º 2 do art.º 1422.º do Código Civil). Numa recente sentença do Juiz do Tribunal de Almada, Dr. Roger da Cunha Lopes, de 5.6.1972, consigna-se expressamente que algumas das limitações aos poderes dos condóminos se filiam na «necessidade de sossego e intimidade do lar». Tratava-se, na hipótese, da instalação de um consultório médico numa fracção e num prédio previsto para habitação. Nas chamadas *relações de vizinhança*, que integram restrições ou limitações de direito privado ao direito de propriedade, está de igual passo presente análoga preocupação. Assim, o art.º 1360.º do Código Civil actual (correspondente ao art.º 2352.º do Código de Seabra), que impede a abertura de janelas, portas, varandas e obras semelhantes a menos de um metro e meio do prédio vizinho. Pretende-se, com isso, além do mais, «evitar que o prédio vizinho seja facilmente objecto da indiscrição de estranhos» (Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, *Cód. Civil Anotado*, vol. III, 1972, p. 193).

Assim é, com efeito, como ficou amplamente evidenciado no Congresso da U. I. A. realizado em Londres em Julho de 1969⁽²³⁾.

Já em 17 de Janeiro de 1968 o Conselho da Europa aprovava, por unanimidade, uma recomendação tendente a essa protecção penal, particularmente necessária num momento em que os progressos científicos ameaçam gravemente o direito dos cidadãos ao respeito da sua vida privada e da sua dignidade.

Foi nesse contexto histórico que a mencionada Lei francesa de 17 de Julho de 1970, no art.º 23.º, fez ingressar no sistema penal diversas infracções.

Assim:

- a) a captação da palavra ou da imagem duma pessoa;
- b) a conservação, divulgação ou utilização da palavra ou imagem duma pessoa;
- c) a montagem, ou seja a manipulação de documentos sonoros reproduzindo as palavras de alguém ou imagens, a fim de se obter um documento de aparência única que não corresponda à realidade do que foi efectivamente visto ou dito.

6. Com efeito, como faz ressaltar F. Vangeenberghe, o uso dos chamados «micro-espiões», no domínio da electro-acústica, atingiu uma perfeição e uma intensidade tais que põem decisivamente em crise a intimidade da vida privada⁽²⁴⁾. Existem microfones cujo tamanho não ultrapassa o de um botão de camisa. Fabricam-se microfones *direccionais* com a forma duma espingarda que, apontados para uma pessoa, permitem ouvir perfeitamente, a muitas dezenas de metros, o que ela diz, mesmo

(23) Como se acentuou, o Código Penal já continha disposições tendentes, por ex., a garantir a inviolabilidade do domicílio e o segredo em relevantes aspectos (da correspondência, profissional e de indústria).

Só que a vida moderna, criadora de novos problemas e de novas modalidades de violação da intimidade, impõe diversos dispositivos de repressão — de que até agora andava alheado o nosso ordenamento jurídico-penal.

(24) *Le droit au respect de la vie privée est-il menacé par les réalisations scientifiques modernes?*, na *Revue des droits de l'Homme*, vol. III, 1, 1970, p. 7 e segs.

através dos vidros duma janela. Vendem-se microfones *de contacto* que, aplicados numa parede, facultam a audição do que se passa ou diz numa outra sala. Utilizam-se *micro-emissores* de tamanho inferior ao de um maço de cigarros. Começam a ser divulgados no mercado aparelhos através dos quais se ouvem conversas a centenas de quilómetros. Isto para além dos aparelhos de interceptação de comunicações telefónicas e dos aparelhos emissores de rádio propriamente ditos ⁽²⁵⁾.

No que se reporta à interceptação de comunicações telefónicas, através de microfones, magnetofones e postos emissores de ondas curtas, por particulares, é ainda a legislação norte-americana a percursora e a mais perfeita ⁽²⁶⁾. O art.º 721.º do Código Penal do Estado de Nova York estabeleceu já que «uma pessoa que vagueia secretamente em torno duma casa com a intenção de surpreender uma conversa, de repetir ou publicar esta, com o fim de vexar, incomodar ou injuriar outrem, comete um delito (*misdemeanour*)». Semelhante preceito, entretanto, nunca logrou aplicabilidade prática, posto que a prova do crime sempre resultava demasiado difícil. Introduzidos o telégrafo e o telefone, passou a ser considerado crime o facto de tomar conhecimento duma conversa ou mensagem graças à cumplicidade dos correios e telégrafos (art.º 552.º do mesmo Código). Em 1892 o art.º 522.º do referido Código Penal declarou constituir crime a interceptação das comunicações telefónicas por um particular. Esse artigo foi complementado em 1949 (art.º 522.º A), quando se conferiu natureza criminal à posse «dum meio, dum processo, duma máquina ou dum aparelho destinado ou habitualmente utilizado na interceptação de comunicações telefónicas». Hoje, o art.º 605.º da Lei federal sobre as comunicações interdita a interceptação e a divulgação de qualquer mensagem telefónica sem autorização do respectivo expedidor.

Na Europa, numerosas Constituições garantem o direito à inviolabilidade das comunicações telefónicas. Noutros países

⁽²⁵⁾ F. Vangeenberghe, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ George Dobry, *Interception des communications téléphoniques*, na *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, 1958, vol. I, p. 339 e segs.

essa inviolabilidade é consagrada também, ou simultâneamente, pela lei ordinária. Assim, por ex., a Constituição italiana assevera (art.º 15.º) o segredo de «todas as formas de comunicação» — constituindo crime (art.º 617.º do Código Penal) a interceptação e a interrupção das comunicações e das conversas telefónicas.

7. Fundamentalmente, e no que respeita à tutela das ofensas à intimidade da vida privada *por particulares*, o projecto em exame não merece, *na generalidade*, substanciais reparos.

Na *especialidade*, poder-se-ão, entretanto, formular algumas discordâncias.

Assim, quanto à *Base I*, afigura-se que a alínea *b)* deveria prever a divulgação ou utilização da imagem de pessoas falecidas, em termos vasados nos art.ºs 71.º, n.º 1, e art.º 79.º do Código Civil e, aliás, em conformidade com a *Base VI*. Por seu turno, e quanto à alínea *c)* da mesma *Base*, tem-se que não deveria constituir elemento qualificativo do crime a circunstância do devassamento da vida privada aí previsto ser feito *às ocultas*. Porquê *às ocultas*? Não advirá daí, inclusivamente, a impossibilidade prática da descoberta do crime? Não será de atentar na experiência colhida da aplicação do cit. art.º 721.º do Código Penal de Nova York?

A *Base II* pressupõe o propósito de descobrir um *segredo*. Logo, *prima facie*, o conceito de segredo se mostra extremamente infixo e impreciso. Usando uma distinção frequente na doutrina italiana⁽²⁷⁾ julga-se que o objecto da tutela deveria incidir sobre o *diritto alla privatezza* e não sobre o *diritto alla segretezza*, até porque o primeiro possui um âmbito muito mais vasto e menos intenso que o segundo. O que relevará é que o agente do crime actue com o propósito de descobrir um facto da *vida privada* de outrem.

Estará, possivelmente, a *Base II* contaminada pelo art.º 461.º do Código Penal, que representa a tutela criminal clássica do *sigilo* da correspondência.

(27) Por ex., Vittorio Italia, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, p. 80.

A intenção dolosa (dolo específico) não residirá *em descobrir um segredo* — mas em invadir a esfera privada doutrem.

Aliás, a punição prevista nessa Base II evidencia-se mais severa do que a prevista naquele art.º 461.º — que, assim, perderá toda a sua razão de ser.

Perguntar-se-á, entretanto: não seria de estabelecer a ressalva hoje contida no § 1.º, do art.º 461.º, que isenta de punição os maridos, pais ou tutores quanto à correspondência de suas mulheres, filhos ou menores que se achem debaixo da sua autoridade? Ao tempo do Código Penal a correspondência epistolar era, praticamente, a única forma de comunicação. Hoje constitui apenas *um* dos meios — e talvez nem o mais frequentemente utilizado, e, sem dúvida, aquele em relação ao qual o crime será menos usualmente praticado.

Mas, a estabelecer-se a reserva, porque figurar uma distinção entre o *marido* e a *mulher* — distinção que já não encontrará justificável acolhimento nos nossos dias?

A Base IV consigna, num primeiro exame, uma redacção satisfatória. Torna-se evidente que na sua moldura caberão as *cartas anónimas*, forma mais corrente de envio de mensagens determinadas pelo propósito de importunar outrem. Só que, como refere Locard, a anonimografia não tem, por vezes, o objectivo de *importunar*, sendo gerada por razões fúteis e sem qualquer conteúdo sério⁽²⁸⁾. Entretanto, porque a sua característica principal é a reiteração, o *resultado* constituirá, por via de regra, um gravame para o destinatário.

Por conseguinte, seria de ponderar na hipótese de excluir o *animus* subjacente ao tipo legal dessa Base IV, no caso de telefonemas ou mensagens *anónimas*. Deverá ser suficiente que esses telefonemas ou mensagens sejam feitos em termos de importunar outrem. O dolo será *genérico*, traduzido no próprio *anonimato*, ou seja, na *intenção* de não revelar a identidade do agente.

(28) *Les anonymographes*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1923, p. 235 e segs. e, sobretudo, *Le crime et les criminels*, p. 205.

Por outro lado, não se compreende que a moldura legal só fique preenchida se o autor do crime, com o propósito de importunar outrem, se apresente diante do seu *domicílio* ou *local de trabalho*.

Porque não dar como preenchido o crime se cometido noutra local onde a pessoa habitualmente se encontra, mesmo que aí não *resida*? Domicílio e residência são lugares com os quais a pessoa se encontra em ligação. O local de trabalho também. Acontece porém que uma pessoa poderá estar em ligação e permanecer com habitualidade em local que não corresponda a nenhuma possível modalidade desses conceitos e ser aí alvo do propósito de importúnia que integra o elemento intencional do crime. Basta figurar a hipótese dum dirigente de uma associação não lucrativa (um clube desportivo, por ex.) que aí seja sistematicamente importunado pelo agente do crime em termos de preencher o tipo legal.

Não merecerá tutela essa situação? O que importará parece ser a afectação da personalidade do ofendido, não o *local* onde essa afectação se consuma.

A tutela não recai sobre o *domicílio* (voluntário ou profissional), mas sobre a intimidade e a dignidade do ofendido.

8. Verdaderamente a protecção do *direito ao segredo* dever-se-ia espelhar na punição da divulgação do conteúdo de *cartas-missivas* de natureza confidencial, sobre o qual o destinatário deverá guardar reserva, «não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento» (art.º 75.º, n.º 1, do Código Civil). Aliás, como ponderaram os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, a natureza confidencial da carta-missiva deverá resultar de declaração feita pelo autor, que não terá, porém, de ser expressa⁽²⁹⁾.

O mesmo se deverá talvez dizer da divulgação pelo destinatário do conteúdo de cartas não confidenciais, em termos que contrariem a expectativa do seu autor. É duvidoso, porém, que aqui seja configurável o *direito ao segredo*.

(29) *Cód. Civil Anotado*, I, p. 57.

A necessidade de protecção penal parece ser na violação da *confidencialidade* inteiramente de ponderar.

9. Da lei francesa de 1970 poder-se-ia recolher a incriminação da *montagem*. A circunstância de ela não constituir *hoje* uma prática frequente no nosso País não significará que o legislador não a contemple. A previsão legal deve atender ao futuro, se bem que a durabilidade das leis cada vez mais não passe de uma mítica ambição, tão rápidas e inopinadas são as transformações do mundo em que a lei actua. As leis cada vez mais estarão condenadas à efemeridade.

A mera *conservação* da palavra (escrita ou gravada) ou da imagem, contra a vontade da pessoa a que respeita, ou das pessoas enumeradas no n.º 2 do art.º 71.º do Código Civil, se ela já tiver falecido, deveria igualmente ser objecto de punição.

10. Propõe Vassali, *de iure condendo*, a introdução na legislação penal de um *delitto di indiscrezioni*, com carácter *autónomo* ⁽³⁰⁾.

Certo é que, como o próprio Vassali reconhece, a caracterização dos elementos constitutivos desse crime suscitará problemas difíceis, embora não insolúveis.

Aventa-se, entretanto, a hipótese de esse tipo legal ser inscrito na lei em preparação, como remate do enunciado constante das Bases I a IV.

É que a violação do direito à intimidade, como aliás nesta comunicação já se evidenciou, apresenta aspectos irreduzíveis ao elenco de crimes compendiado nessas Bases.

Bastará pensar em situações correspondentes àquela que foi submetida ao Tribunal de Tóquio (caso Yukio Mishina).

Um romancista ou um cronista, sob o manto de personagens aparentemente fictícias, relata factos que resultam pelo público em geral facilmente detectáveis como respeitando à vida privada de outrem. É flagrante — e dotada da máxima gravidade — essa ingerência e divulgação da intimidade da pessoa focada.

⁽³⁰⁾ *Aspetti penalistici della tutela dei diritti della personalità nell' ordinamento italiano*, em *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, cit., p. 61.

Se a divulgação e utilização da *imagem* é criminalmente punível (alínea *b*) da Base I) porque não o deverá ser a divulgação e utilização da *própria personalidade* — mesmo em aspectos puramente circunstanciais? ⁽³¹⁾

11. Um último problema: como e em que medida conciliar a protecção do direito à intimidade com a liberdade de expressão — através da imprensa ou de qualquer outro meio de informação?

⁽³¹⁾ A Base III toca um tema escaldante que, entretanto, não revestirá, pelo menos por enquanto, uma drástica acuidade *entre nós*. Parece de consignar, quanto à sua formulação, a errada sinonímia estabelecida entre *cibernética* e *informática*. Esta, grosso modo, constitui uma das possíveis aplicações dos princípios e métodos daquela (P. Cossa, *La Cybernétique*, Paris, 2.ª ed., 1957), quando utilizados no processamento automático da informação, através de computadores ou ordenadores. O acento tónico da repressão penal terá, apenas, que recair sobre o aproveitamento *abusivo*. Seria irrisório condenar o funcionamento *normal* da informática. O que acontece é que, quando um indivíduo preenche por ex. uma declaração burocrática, um impresso de seguros ou uma ficha para obtenção de emprego, alguns dos dados essenciais da sua personalidade passam a ficar memorizados e relacionáveis electrónicamente em termos de franquear eventualmente as portas da sua vida privada a incursões indesejáveis. Fala-se hoje, com crescente inquietação, nos perigos de uma *sociedade computarizada*. O mais generalizado alarme quanto ao uso indevido dos bancos de dados dimana da possível (e já verificada, nalguns países) intromissão dos poderes públicos na esfera individual dos cidadãos. Expressivas aflorações dessa realidade encontram-se enunciadas nos estudos de Frank Donner, Olivier Todd e Arthur R. Miller, publicados em trad. port. (*Cadernos D. Quixote*, 1971, n.º 39). É de acentuar, entretanto, os cuidados de ordem *técnica* havidos no sistema português de identificação civil e criminal, por meio da organização de fichas electrónicas. V. o relatório publicado pelo Dr. Seabra Lopes no *Bol. do Min. da Justiça*, 216, Maio de 1972. Esclarece-se aí que através de nenhum terminal é possível obter quaisquer informações sem que o operador-chefe, através do terminal-monitor, autorize cada um dos terminais a iniciar o seu trabalho, tornando-os operacionais. Nesse relatório (*A identificação pessoal tratada por computador*), evidencia-se a preocupação havida na protecção do segredo da vida privada. Sem subestimar, por forma alguma, a relevância que, ao nível *privado* e *público*, poderá vir a assumir no nosso país esta zona da problemática geral da protecção da intimidade, estamos em crer que — com ressalva de alguns aspectos *específicos* que não é o momento de considerar — a índole emocional da nossa psicologia colectiva e até a nossa consabida falta de propensão organizatória não são de molde a propiciar a curto prazo presumíveis perigos *sérios e sistemáticos* neste domínio. O perigo atingirá o ponto máximo no devassamento *incidental* da intimidade alheia, até porque esse devassamento *incidental* arranca em maior ou menor grau, da própria natureza humana. «Apresentem-me um homem que não escuta às portas, e eu dir-vos-ei que se trata de alguém com um grave problema auditivo» (H. Schwartz, *O bisbilhoteiro está em toda a parte*, no *Newsday* de 9-1-1965, cit. no cit. n.º 39 dos *Cadernos D. Quixote*).

Atente-se, v. g., naquela alínea b) da Base I do projecto.

Afigurar-se-ia, à primeira vista, que nela estaria latente a colisão entre os dois direitos.

A verdade, porém, é que, face ao n.º 4 do art. 8.º da Constituição, com as limitações impostas pelos §§ 1.º e 2.º do mesmo preceito, e ao n.º 2 da Base V e alínea d) da Base XIII da Lei de Imprensa, a liberdade de informação não poderá funcionar com violação do direito de intimidade *da vida privada*. Certo é que os preceitos da Lei de Imprensa apenas dizem respeito à *imprensa*, conforme a definição dada na Base I da Lei, e não à *informação* em geral, como acontece, por ex., no Brasil (Lei de 9 de Fevereiro de 1967). Bastarão, porém, os referidos preceitos do ordenamento constitucional para delimitar as duas esferas de liberdade e de direitos. *Tudo estará no seu correcto entendimento.*

Como decorre do n.º 1 da Base da Lei, a violação de qualquer dos preceitos da lei em preparação poderá inserir-se no conceito geral de «crime de imprensa».

Contrariamente ao que acontecia na anterior lei de imprensa — Decreto n.º 12 008 — não existe hoje uma enumeração taxativa dos «crimes de imprensa».

«Deste modo, são crimes de imprensa todos os crimes, previstos na lei penal comum ou especial, susceptíveis de serem perpetrados através da imprensa, isto é, em relação aos quais esta seja meio idóneo para o seu cometimento»⁽³²⁾.

12. *Concluindo*, dir-se-á, pois:

a) que representa um muito aplaudível passo legislativo o que traduz o projecto de proposta de lei n.º 11/X, aperfeiçoada que seja a sua redacção e integradas que sejam as suas apontadas lacunas;

b) que, com efeito, só através do reconhecimento dos *essenciais* direitos do homem, em todos os compartimentos da sua

(32) Dr. Manso Preto, *Anotações à Lei de Imprensa*, 1972, p. 73.

vida privada e da sua actividade social, se poderá constituir uma sociedade pautada pelo princípio da legalidade e pelo primado do direito;

c) que a expressão desses essenciais e inalienáveis direitos está inscrita na Declaração Universal de 1948, sob a égide da qual o diploma legal em causa declaradamente nasceu;

d) que, assim sendo, se formula o voto de que o tema dos direitos do homem constitua objecto de meditação activa e colectiva dos advogados portugueses, numa perspectiva de pura *técnica jurídica*, nessa medida liberta de pressupostos de partidarismo *político* ⁽³³⁾ e aferida apenas pelo seu irrecusável *dever* de contribuir para o progressivo aperfeiçoamento dogmático e efectiva aplicação das normas jurídicas das quais decorre a protecção desses direitos;

e) que o reconhecimento dos direitos do homem arrancará e dirigir-se-á não ao homem *abstracto*, talhado ao estilo do século XIX, desenraizado da sociedade em que se integra, e sim ao homem *real*, cujo único privilégio consistirá em ser responsávelmente livre, como meio de alcançar a plenitude da sua personalidade e o respeito dos seus direitos;

(33) O que não exclui que, numa diversa perspectiva, exista esse *partidarismo* — dinamizador e viabilizador da efectiva participação na vida pública. A dignidade da pessoa humana está irrecusavelmente ligado esse direito (n.º 26 da Encíclica *Pacem in Terris*). Cfr. ainda o seu n.º 23. Para uma sugestiva configuração dessa problemática, num dos seus possíveis planos, veja-se Kelsen, que tão vinculada incidência alcançou no magistério do direito público no nosso país, sobretudo pela sua *teoria pura do direito*. Sintetizou ele na seguinte fórmula o modo de concretizar tal *participação*, adentro de uma estrutura democrática: «La démocratie ne peut, par suite, sérieusement exister que si les individus se groupent d'après leurs fins et affinités politiques, c'est-à-dire que si, entre l'individu et l'Etat viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique» (in *La Démocratie — Sa Nature — Sa Valeur*, trad. franc. da 3.ª ed. alemã, Paris, 1932, p. 20). A existência de partidos políticos postula, entretanto, a sua *legalização*, através de normas *objectivas* e *genéricas* que possam sobrestar à sua proliferação inoperante. Um saudável *pluralismo* terá que ser *consciencializado* e *construtivo*.

f) que, nessa medida, poder-se-á figurar como que uma relação comutativa de *crédito*: do homem em relação à sociedade e constituída pelos outros homens, e daquela e destes perante ele;

g) que o direito à liberdade de informação e à expressão do pensamento se compaginam inteiramente com o direito à intimidade da vida privada, como aliás postula a congregação dos dois valores na mesma base (n.º 12) da referida Encíclica, pois, não basta, na verdade, que a informação seja objectiva, mas que ela não se imiscua no legítimo recato da vida privada de cada um e que se exerça conformemente ao bem comum⁽³⁴⁾.

(34) Dispõe esse n.º 12: «Todo o ser humano tem direito ao respeito da sua pessoa, à sua boa reputação, à liberdade na procura da verdade, na expressão e difusão do seu pensamento, na criação artística, desde que as exigências de ordem moral e do bem comum estejam salvaguardadas; tem igualmente direito a uma informação objectiva».