

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 americano
 - 3.2.2. O *droit au respect de la vie privée* francês
 - 3.2.3. O *diritto alla vita privata* e o *diritto alla riservatezza* italiano
 - 3.2.4. O *Individualsphäre*, o *Geheimsphäre* e o *Privatsphäre* germânicos
 - 3.2.5. 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 una 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.^º 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 Lusitana (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 conorrentes, 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 Regimenes Políticos contemporâneos*, 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 percursores 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 fur 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 Cíveis 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 conflitantes 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 conflitantes, 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 *Subjudice, 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 Límites 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 incluírem-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 bem 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 Willian Strange, que havia obtido cópias de desenhos e gravuras feitas pela Rainha e o príncipe, para seu exclusivo divertimento, e, tencionava expôr 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, consagra-dores, 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 interes-savam sobremaneira aos ecos da sociedade de Boston. Um semanário começou a dar infor-mações 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-amerinacos. 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 capacida-des da imprensa, no sentido de proteger os sentimentos, emoções e pensamentos do indi-víduo, 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, FRAN-ÇOIS 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. Decorrência 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. Salienta 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 Diritto 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 indicações 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 del diritto 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 vário, 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 FARIÑAS 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*)⁽¹¹¹⁾.

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.

⁽¹¹¹⁾ 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 Privatbereich*) e vida pública (*der Offentlichkeitbereich*) embora dando a esta um sentido não inteiramente reconduzível ao que HUBBMANN 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 (*Vertrauenssphäre* 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.

Daí, 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.

3.3. *O direito à reserva da vida privada no direito internacional*

O direito à reserva da intimidade da vida privada, surge no ordenamento jurídico internacional em vários documentos.

São os casos, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. 12.º, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, de 1950, art. 8.º, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, art. 17.º.

Para além da referência expressa nestes textos ao referido direito, também ao nível das Comunidades Europeias, o respeito da intimidade da vida privada e familiar é considerado um direito fundamental pelo Tribunal de Justiça das Comunidades ⁽¹¹⁵⁾.

É sabida a relevância que a Lei fundamental portuguesa confere aos direitos fundamentais «constantes das regras aplicáveis de direito internacional» (art. 16.º, n.º 1).

Vamos, pois, verificar o âmbito do artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em face do papel interpretativo que a Constituição lhe reserva no art. 16.º, n.º 2, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dado a mesma se encontrar ratificada pelo Estado Português e Portugal aceitar a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, também ratificado pelo nosso país, e que se destinou a dar execução à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

3.3.1. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem*

O documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações em 10 de Dezembro de 1948, prevê no art. 12.º o seguinte:

«Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua corres-

⁽¹¹⁵⁾ De resto, quase todas as Constituições dos países membros têm referências expressas ao direito à vida privada, e todos eles ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cfr. PIERRE KAYSER, *La protection de la vie Privée*, cit., pp. 40 e segs.

pondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei». (116)

Como se constata, a Declaração Universal englobou num único preceito vários direitos fundamentais que surgem resumidos na epígrafe do artigo: «direito à intimidade» e «direito à honra e reputação».

A protecção da intimidade surge associada a dois aspectos: à ideia de vida privada do ser humano e da sua família, e à ideia de que o domicílio e a correspondência têm carácter privado.

Em rigor, pois, o «direito à intimidade» proclamado na epígrafe, compreende pelo menos três direitos fundamentais, a saber, o direito à protecção da vida privada e da sua família, a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade da correspondência (117).

Pese embora os dois últimos se articulem estreitamente com o primeiro — «a inviolabilidade do domicílio e da correspondência está relacionada com o direito à intimidade pessoal (esfera privada espacial)» (118) — todos têm âmbitos de protecção distintos.

Os direitos previstos neste artigo, e, logicamente o direito à protecção da vida privada, surgem delimitados de forma negativa — «Ninguém sofrerá intromissões ou ataques...» — acabando, contudo, por se consagrar, que todos têm direito à protecção legal contra tais intromissões ou ataques, protecção essa, aliás, que sempre decorreria do art. 7.º da Declaração.

A expressão «intromissões arbitrárias» utilizada no texto do artigo não é inteiramente clara, pese embora o adjectivo «arbitrário» tenha sido utilizado várias vezes na Declaração (arts. 9.º, 15.º e 17.º).

(116) Texto segundo a versão oficial portuguesa (*Diário da República*, 1.º série, 9 de Março de 1978).

(117) Semelhante conclusão retira-se dos trabalhos preparatórios referentes ao artigo citado e sumariados em ALBERT VERDOOT, *Declaracion Universal de los Derechos del Hombre, Nacimiento e Significacion*, cit., pp. 135 e segs.

(118) Cfr. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 212.

Compulsados os trabalhos preparatórios constata-se que a expressão originária, «intromissões injustificadas», veio a ser substituída pela expressão que hoje se pode ler no art. 12.º. Como na altura o representante da Nova Zelândia, proponente da versão que veio a ser adoptada, afirmou: «arbitrariamente entende-se tudo o que é contrário aos princípios jurídicos devidamente estabelecidos» (119).

Já o direito à protecção da honra e da reputação, embora historicamente associado à defesa da privacidade, como adiante se verá, não tem hoje um âmbito de protecção idêntico ao da reserva da intimidade da vida privada e familiar.

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

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma, 1950) compreende dois artigos que se referem à vida privada. Um, que consagra genericamente tal direito, admitindo contudo algumas limitações, e outro, que respeita às eventuais excepções à publicidade da audiência:

Art. 8. — 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

— 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde e da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.»

(119) Cfr. ALBERT VERDOOT, *Declaracion Universal de los Derechos del Hombre*, cit., p. 139. Registe-se, a título de curiosidade, que este artigo da Declaração, aprovado por unanimidade na Assembleia Geral, teve como principais fontes inspiradoras, os textos apresentados pelos representantes da China e U.R.S.S..

Art. 6.º — 1. (...) O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando (...) a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem (...)» (120).

O art. 8.º consagra genericamente um direito à vida privada, mas simultaneamente fixa as condições através das quais tal direito pode ser restringido.

Ambas as questões merecem ser consideradas, embora de forma separada.

O direito à vida privada que resulta da Convenção, vem sendo interpretado a nível da doutrina e do órgãos previstos na Convenção, de forma extensiva.

Exemplificativo disso mesmo são os trabalhos interpretativos que decorrem directamente da Convenção, como, por exemplo, as Conclusões do 3.º Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1970, que considerou que o direito à vida privada abrange as seguintes dimensões protectoras:

- a) protecção contra os atentados à integridade física ou mental ou a liberdade moral e intelectual do indivíduo;
- b) protecção contra a utilização do nome, da identidade ou da imagem do indivíduo;
- c) protecção contra os atentados à honra e reputação, e actos assimiláveis;
- d) protecção contra as actividades de espionagem e observação dos cidadãos;
- e) protecção contra a divulgação de informações protegidas pelo segredo profissional; (121)

Como se constata, esta concepção extensiva do direito à reserva da intimidade da vida privada, abrange duas dimensões

(120) Texto segundo a versão portuguesa, anexa à Lei 65/78 de 13 de Outubro, que aprovou para ratificação a Convenção.

(121) Cfr. JACQUES VÉLU, *Le respect au droit de la vie privée*, cit. pp. 59 e segs, que na análise das diversas categorias de atentados susceptíveis de ofender a vida privada, acolhe a nomenclatura fixada no 3.º Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

importantes: *a do segredo da vida privada e a da liberdade da vida privada.*

No primeiro caso, incluem-se as garantias relativas à protecção da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, no segundo, a protecção da liberdade de estabelecer e desenvolver laços com outros seres humanos, nomeadamente no domínio afectivo, a liberdade das relações familiares, a liberdade das relações sexuais ⁽¹²²⁾ e a liberdade da correspondência.

A relevância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para o direito português prende-se fundamentalmente com a oponibilidade das normas da Convenção aos particulares dos Estados membros daquela.

O Direito alemão conhece o problema sob a designação de «*Drittwirkung*», e a doutrina tende hoje, maioritariamente, a admitir que os «direitos do Homem devem ser reconhecidos, não somente, como durante muito tempo o foram, nas relações entre os poderes públicos e os particulares, mas também entre os particulares» ⁽¹²³⁾.

Contra este ponto de vista levantar-se-ia o teor literal do 2.º parágrafo do art. 8.º que se refere à proibição das ingerências da autoridade pública, no exercício do direito, excepto nas condições aí fixadas.

Ter-se-ia então que concluir que a Convenção quis reconhecer que o direito à vida privada apenas vincularia autoridades públicas?

Não parece que assim seja.

Como assinala JACQUES VÉLU, os trabalhos preparatórios da Convenção permitem reconstituir a verdadeira vontade subjacente aos autores do texto, e que foi, de forma implícita,

⁽¹²²⁾ Relacionada com a liberdade sexual, registem-se alguns problemas complexos, na área da transexualidade. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem, interrogou-se, numa decisão de 1978, se a recusa das autoridades de dado Estado, em conferir a um requerente uma identidade legal correspondente ao seu novo estado e à mudança de sexo, não constituiria uma ofensa ao direito ao respeito da vida privada consagrado no art. 8.º da Convenção. Cfr. PIERRE KAYSER, *La protection de la vie Privée*, cit., p. 28.

⁽¹²³⁾ Cfr. PIERRE KAYSER; *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 35. No mesmo sentido JACQUES VÉLU, *Le Droit au respect de la vie Privée*, cit., p. 50.

mas clara, salvaguardar o direito ao respeito da vida privada de todas as ingerências, partam elas dos poderes públicos ou dos particulares ⁽¹²⁴⁾.

O 2.º parágrafo do artigo 8.º da Convenção enumera um conjunto de limitações ao direito à vida privada.

Sujeita-as, contudo, a severas condicionantes, que lembram, ainda que de forma vaga, o regime constitucional português em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias:

- a) que resultem de lei, de acordo com o sistema constitucional vigente no país interessado;
- b) que tenham como referência a necessidade de salvaguardar outros interesses enunciados de forma limitativa na própria Convenção;

Tais interesses, avaliados pelo que é norma numa sociedade democrática, são a «segurança nacional», a «segurança pública», o «bem estar económico do país», a «defesa da ordem» e a «necessidade da prevenção das infracções penais», a «protecção da saúde e da moral» e a «protecção de direitos e liberdades de terceiro».

Por seu lado, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, consagra o art. 17.º à protecção da vida privada, do domicílio, da correspondência, da honra e da reputação:

- «1. *Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio, ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e consideração.*
2. *Toda e qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.»*

O texto do PIDCP é claramente tributário da Declaração Universal, englobando no mesmo preceito um feixe de direitos, conexos à reserva da intimidade da vida privada, como a protecção do domicílio e da correspondência, e outros cujo âmbito de protecção só acessoriamente releva da intimidade dos seres humanos.

(124) Cfr. *Le Droit au respect de la vie Privée*, cit., p. 50.

Daí que as considerações antes expendidas a propósito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, valham, *mutatis mutandis*, para o PIDCP.

3.4. *O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar no Direito Constitucional Português*

O direito à reserva da intimidade vida privada e familiar, embora nem sempre com esta designação, esteve presente na história do direito português e encontra-se hoje, como incidentalmente se viu, consagrado no sistema jurídico português, quer em normas de direito constitucional, quer de direito civil, quer de direito penal, quer mesmo de direito processual ⁽¹²⁵⁾.

Para o propósito deste trabalho importa verificar quais os antecedentes jurídico-constitucionais nesse domínio, designadamente nas Constituições anteriores à actual.

Deve salientar-se que a questão de se saber qual o alcance do direito à vida privada na História constitucional portuguesa, não se desprende da concepção constitucional dada a outros direitos fundamentais de igual natureza, e das ideias que historicamente se sucederam nesse campo.

3.4.1. *As Constituições anteriores*

As Constituições portuguesas anteriores à actual, não consagravam *expressis verbis* o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, nem incluíam preceitos que de forma global tutelassem a privacidade ou a intimidade.

⁽¹²⁵⁾ Sem o propósito da exaustão, salientem-se algumas normas e diplomas, que, ainda que indirectamente, têm alguma conexão com o direito à reserva da intimidade da vida privada: o art. 80.º do Código Civil, os arts. 176 e segs. do Código Penal, arts. 88.º, 174 e segs do Código de Processo Penal, arts. 168.º e 174.º do Código Processo Civil, Lei 10/91 de 29/4 (protecção de dados pessoais face à informática), Lei 109/91 de 17/8 (criminalidade informática) e Dec.-Lei 2/78 de 9/1 (sigilo bancário). Cfr. sobre a protecção da vida privada à face da informática MANUEL LOPES ROCHA (texto introdutório), *Direito da Informática, Legislação e Deontologia*, Lisboa 1994.

Contudo, é forçoso reconhecer que a nossa história constitucional que vai até aos alvares do Estado Novo, não ignorava o problema.

Reflexo disso é a consagração formal de alguns direitos e garantias, que correspondem hoje a aspectos inseridos na privacidade: *a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência* (Constituição de 1822, arts. 3.º e 18.º, Carta Constitucional de 1826, art. 143.º, §6 e 25.º, Constituição de 1838, arts. 16.º e 27.º, Constituição de 1911, art. 30.º, n.ºs 15.º e 28.º) ⁽¹²⁶⁾.

Ou seja, as quatro referidas Constituições portuguesas, todas elas inseridas no mesmo período histórico-constitucional, usualmente catalogado de liberal, aderiram à concepção em voga desse período, de um direito geral de personalidade, entendido como um prolongamento do direito de propriedade, no qual, as suas dimensões mais significativas seriam o domicílio — «a casa de todo o português é para ele um asilo» e a correspondência — «o segredo das cartas é inviolável».

Os principais destinatários destes direitos seriam as pessoas singulares, e a protecção da individualidade resultaria irrelevante para a esfera pública ⁽¹²⁷⁾.

A Constituição de 1933, apesar de condensar no art. 8.º um conjunto de direitos fundamentais, não muito distintos das anteriores Constituições, partia, como já se viu, de uma concepção autoritária, expressa, por exemplo no, § 2 desse mesmo art. 8.º, que autorizava a degradação dos direitos fundamentais, através de «leis especiais» reguladoras ⁽¹²⁸⁾.

Mas tal como as anteriores Constituições portuguesas, não acolhia a ideia de privacidade ou de intimidade, pese embora referenciasse como direitos, liberdades e garantias dos portugueses a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

Dir-se-á, contudo, que o texto constitucional de 33 e sobretudo a prática política do Estado Novo, partiram de uma concep-

⁽¹²⁶⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, 1988, p. 117.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. MARC CARRILLO, *Los limites a la Libertad de Prensa en La Constitución Espanola de 1978*, Barcelona, 1987, p. 43.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 338.

ção marcadamente divergente, em sede de direitos fundamentais, da dos seus antecessores liberais.

O modelo de estruturação política social corporativo — a Nação entendida como a soma de vários organismos sociais — e a aceitação de concepções supra-individualistas, permitem sustentar a tese de que os direitos fundamentais se encontravam funcionalizados a fins transcendentais, como por exemplo a «verdade», a «justiça» a «boa administração» ou o «bem comum» (art. 22.º).

Neste contexto, a privacidade, era entendida como um espaço de reserva nas relações entre particulares, mas o seu eventual flaqueamento pelos poderes públicos, não merecia igual atenção, como se verificou, de resto na prática jurisprudencial ⁽¹²⁹⁾.

Foi, pois, necessário aguardar pela Constituição de 1976, para que entre nós, o tratamento constitucional desta matéria sofresse profundas alterações.

Deve, todavia, salientar-se que foi ainda na vigência da Constituição de 1933, que se assistiram a importantes alterações legislativas no âmbito do direito civil em sede de privacidade — Lei n.º 3/73 e art. 80.º do Código Civil —, alterações essas que, como se verá, inspiraram de alguma forma o texto constitucional actual ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ A jurisprudência consultada, anterior a 25 de Abril de 1974, reflecte o tratamento essencialmente privatístico destas questões, invocando a tutela geral da personalidade prevista no art. 70.º do Código Civil e os restantes direitos de personalidade incluídos no Código Civil (arts. 70.º a 81.º), não contendo qualquer referência à lei fundamental da altura. Cfr. a anotação de VAZ SERRA ao acórdão do S.T.J. de 6 de Maio de 1969 na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103.º, pp. 374 e segs. Sobre os direitos de personalidade no direito civil português, ver RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *A Constituição e os Direitos de personalidade*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Lisboa, 1978, pp. 119 e ss., JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código Civil*, Lisboa, 1987, pp. 114 e ss., PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 1987, pp. 104 e segs., CASTRO MENDES, *Direito Civil*, I Vol, Lisboa, 1972, pp. 452 e segs.

⁽¹³⁰⁾ Como escreve ORLANDO DE CARVALHO criticando a concepção subjacente ao Código Civil de 1966, «é pena (...) que não se tenha estabelecido o princípio de que o homem, enquanto tal, é juridicamente uma pessoa» in *Os Direitos do Homem no Direito Civil português*, Coimbra, 1973, p. 40. Contudo, o catálogo de direitos de personalidade inserido no Código de 1966, ainda que vistos do ângulo do direito privado, acabou por se revelar precursor de alguns dos Direitos fundamentais que a Constituição de

3.4.2. *O âmbito normativo do direito à reserva da intimidade da vida privada na C.R.P. 1976 (art. 26.º n.º 1 e 2 C.R.P.)*

Para o propósito do presente capítulo começaremos por ver as fontes do actual artigo 26.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976 ⁽¹³¹⁾, no que ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar diz respeito, após o que tentaremos determinar o âmbito de aplicação da norma em causa.

3.4.2.1. *Fontes do artigo 26.º, n.ºs 1 e 2 da C.R.P.*

Como se disse supra, a propósito de igual rubrica no capítulo relativo à liberdade de imprensa, a expressão fontes, não pretende referir-se a todas as formas de revelação ou modos de criação das normas constitucionais em análise, mas tão só as que mais directamente influenciaram a redacção do perceito constitucional.

Nesse sentido, a nossa busca cingir-se-á aos projectos de Constituição ou de revisão apresentados pelos Deputados à Assembleia Constituinte ou à Assembleia da República, e, aos textos de direito internacional relativos a Direitos Humanos, como a

1976, acolheu. Segundo CAPELO DE SOUSA, tal deve-se «ao pensamento progressivo de MANUEL DE ANDRADE, autor do anteprojecto respectivo», in *Os Direitos de Personalidade na Constituição de 1976*, cit., p. 157.

⁽¹³¹⁾ No texto originário da Constituição de 1976, o actual artigo 26.º, cuja redacção decorre da 1.ª revisão de 1982, não tendo a 2.ª nem a 3.ª revisões, tocado no artigo, correspondia com pequenas alterações ao artigo 33.º, que rezava assim:

Artigo 33.º (Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade).

1. A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Quer o texto originário, quer o que resultou da 1.ª revisão, foram aprovados por unanimidade dos deputados presentes. Cfr. ISALTINO MORAIS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA e RICARDO LEITE PINTO, *Constituição da República Portuguesa, anotada e comentada*, cit., p. 56.

Declaração Universal e a Convenção Europeia, que contribuíram para a solução final adoptada.

Dos projectos partidários apresentados à Assembleia Constituinte, o que parece ter contribuído de forma directa para o texto final foi o do Partido Popular Democrático (PPD), no seu art. 18.º (132).

A redacção proposta pelos populares democratas foi transposta, sem alterações, para o projecto aprovado na Comissão de Direito e Deveres Fundamentais (art. 20.º — Título II) (133).

Na realidade o preceito constitucional, na sua versão originária, reproduz, no essencial, o art. 18.º do projecto de Constituição do PPD.

Dos restantes projectos, a saber do PS (art. 16.º, n.º 1) (134), do PCP (art. 33.º, n.º 1) (135), do CDS (art. 12.º, n.º 2) (136), apenas o dos centristas, coincidindo com o do PPD, utiliza a expressão «intimidade da vida privada», enquanto todos os outros se referem a «vida privada».

Não parece, contudo, que tal distinção se afigure relevante para o efeito da delimitação do âmbito normativo dos preceitos em causa. Quando muito poder-se-á dizer que o legislador constituinte acolheu a terminologia, com alguma tradição no direito português, patente, por exemplo, na epígrafe do art. 80.º do Código Civil, na Lei n.º 3/73 de 5 de Abril, hoje revogada pelo Código Penal de 1982, e nos artigos 176.º e segs. do Código Penal.

Por sua vez, as alterações concretizadas na 1.ª revisão, que, para além da alteração sistemática, não incidiram no direito à reserva da vida privada e familiar, procederam, no essencial, do projecto de revisão da AD (art. 27.º), em consonância com o

(132) Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, I volume, Lisboa, 1978, p. 435.

(133) Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, II volume, Lisboa, 1978, p. 570.

(134) Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, cit., p. 394.

(135) Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, cit., p. 346.

(136) Cfr. JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, cit., p. 237.

projecto do PCP (art. 33.º), enquanto a nova epígrafe procedeu da proposta do PCP.

No que concerne ao Direito Internacional, vertido, por exemplo nos arts. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estudados antes, são de notar as diferenças de redacção, por comparação com o texto constitucional português e são igualmente perceptíveis algumas diferenças de conteúdo.

Como se constatou, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reuniu no mesmo preceito a protecção da vida privada e, dois outros direitos conexos com ela, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

Idêntica ilação resulta da leitura do art. 8.º, n.º 1 da Convenção Europeia, que se refere expressamente a esses três direitos.

Vimos porém, que sob a tutela genérica da protecção da vida privada, se desenvolveu uma concepção extensiva de tal direito, sob a qual se acolhem dimensões tão diversas, como a imagem, a honra ou o segredo.

Não se nega que tais dimensões, ou pelo menos algumas delas, se possam abrigar à lareira da intimidade da vida privada, quando interpretada esta numa concepção extensiva.

Só que, como adiante melhor se verá, a Lei Fundamental actual, autonomizou claramente o direito à reserva da intimidade da vida privada, dos restantes direitos com ele conexos, conferindo a cada um, um âmbito de protecção distinto, ainda que em muitos casos, com dimensões complementares, ou, tão só, parcialmente coincidentes.

3.4.2.2. *O âmbito normativo do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*

São várias as questões que o segmento normativo da norma constitucional em causa colocam, e que directa ou indirectamente se prendem com a determinação do seu âmbito.

Tentaremos sistematizá-las da forma que se segue:

- a) distinção do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, do direito à identidade, do direito ao bom

- e nome e à reputação, do direito à imagem e do direito à palavra, todos incluídos genericamente num mesmo preceito constitucional e todos igualmente epigrafados de «Direitos Pessoais»;
- b) definição do direito à reserva da intimidade da vida privada;
 - c) quais os bens jurídicos incluídos no âmbito de protecção do direito;

3.4.2.2.1. *A distinção entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e outros direitos conexos*

A Constituição da República Portuguesa de 1976, prevê no art. 26.º, n.º 1 um conjunto de direitos, os quais com o direito à vida (art. 24.º) e o direito à integridade pessoal (art. 25.º) são qualificados como «Direitos Pessoais», por se encontrarem estritamente ligados à protecção do núcleo essencial da pessoa humana, e desde logo da vida. De acordo com a doutrina e a terminologia de direito privado, a sua designação, como já se referiu, é a de direitos de personalidade⁽¹³⁷⁾.

E, com efeito, alguns desses direitos têm consagração na nossa lei civil (direitos ao nome, direito à imagem ou direito à reserva da intimidade da vida privada, por exemplo), e tutela na lei penal.

Mas embora todos estes direitos se incluam na categoria constitucional de «Direitos Pessoais», o seu conteúdo é diverso.

⁽¹³⁷⁾ JORGE MIRANDA, salienta que apesar de existirem largas zonas de coincidência, os direitos de personalidade e os direitos fundamentais não são assimiláveis. «Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre particulares (...) os direitos de personalidade uma incidência privativa, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais». Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, 1988, p. 59. Entendendo, também, que a distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, sobretudo na perspectiva de uma ordem objectiva dos direitos fundamentais (que implica o reconhecimento dos direitos fundamentais às pessoas colectivas), é visível, ver GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 532.

Fazer essa separação é certamente o primeiro passo para determinar o âmbito normativo do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

De entre os vários direitos compreendidos no art. 26.º, n.º 1, alguns há, que pelas suas características, estão mais próximo do bem, vida privada.

É, claramente, o caso do direito à imagem (art. 79.º do Código Civil), no duplo sentido de direito «de cada um não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento» e o «direito de não ser apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel»⁽¹³⁸⁾.

É também o caso do direito à palavra, que se desdobra em dois direitos: «direito à voz, como atributo de personalidade, sendo ilícito sem consentimento da pessoa, registar e divulgar a sua voz (...); direito às «palavras ditas», que pretende garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa»⁽¹³⁹⁾.

É ainda o direito à identidade pessoal, o qual, pese embora a dificuldade na sua determinação, protege tudo o que identifica o indivíduo, e desde logo o nome (art. 72.º do Código Civil).

Todos eles, em maior ou menor grau, são manifestações do direito à reserva da intimidade da vida privada, ampliando sobremaneira a sua esfera protectora —, até porque todos eles têm desenvolvimentos ao nível da lei civil e penal — a ponto de podermos falar, numa autêntica constelação de direitos.

Mais afastados do direito à reserva da intimidade da vida privada, embora não por completo alheios, estão os direitos à capacidade civil e à cidadania.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 181. Ver na jurisprudência, os Acórdãos do STJ de 25/5/89 in BMJ, 387. p. 531, Ac. Rel. Lisboa, de 15/2/89 in Col. Jur. XIV, 1,154, e o Ac. 6/84 do T.C., onde se defende que «o direito à imagem garantido no art. 26.º n.º 1 da CRP visa proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem e não se confunde com o direito da pessoa determinar a sua aparência exterior» in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol, 1984, pp. 257 e segs.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 181.

O primeiro, garante o direito do indivíduo a ser pessoa jurídica e, o segundo, a pertença à República Portuguesa, como pressuposto da aquisição de direitos e deveres.

Situação especial é a do direito ao bom nome e à reputação.

Na realidade, como assinalámos antes, no momento em que historiámos o direito à vida privada, e sumariámos alguns dados de direito comparado, nem sempre foi clara a distinção entre honra e privacidade.

Apesar do bom nome ter sido um dos bens desde cedo ligado à dignidade da pessoa humana, e à defesa da integridade moral, quer no aspecto subjectivo, a auto-estima, quer no aspecto objectivo, a reputação, o certo é que, a protecção da vida privada, depois de se desligar da ideia de que era um prolongamento da propriedade, começou por se alicerçar historicamente na defesa da honra.

Hoje, o direito ao bom nome e a protecção da intimidade podem coincidir, mas, em rigor, uma ofensa à dignidade moral não tem a ver com a privacidade. Com efeito, uma expressão que contenda com o bom nome, tanto pode versar a esfera privada como a esfera pública do cidadão, a admitir uma clara separação entre ambas. Neste sentido, pois, o direito ao bom nome e à reputação, tem um alcance superior, porque tanto protege aspectos da vida privada como outros que não se incluem nele.

Em resumo, o direito ao bom nome e à reputação, na justa medida em que protege a honra e a dignidade do indivíduo, no âmbito da reserva da intimidade da sua vida privada, amplia igualmente o âmbito de protecção deste direito.

3.4.2.2. *A dificuldade na definição do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*

Constatou-se antes a extrema dificuldade em definir de forma rigorosa o direito objecto do nosso estudo.

Tal dificuldade, que se verificou existir no direito comparado, também não é estranha ao direito português, e desde logo ao direito constitucional.

Esse facto não nos impedirá contudo, de referenciar, ainda que de forma resumida, as duas grandes concepções que doutrina-

riamente se alinharam, e ainda hoje se projectam nos estudos jurídicos, sobre a matéria ⁽¹⁴⁰⁾.

A primeira concepção, que poderíamos apelidar de clássica, dado que tem a sua origem no direito norte-americano do séc. XIX, parte da conhecida expressão do juiz COOLEY, já citada, que em 1873, definiu a intimidade ou privacidade como o «right to be let alone».

A este direito a viver uma vida retirada e anónima, somou-se uma outra ideia: o *direito de exclusão*. Ou seja, o direito a ter uma zona pessoal e reservada, que não é acessível ao público a não ser por vontade do próprio, e, que constitui o essencial da sua personalidade.

Este modelo, reunindo dois requisitos, o isolamento e a exclusão, assenta pois numa ideia fundamental, a intimidade traduz-se na possibilidade de separar claramente o que é público e o que é privado, e enquanto na primeira, o indivíduo vê-se obrigado a suportar o olhar alheio, na segunda, o cidadão excluiria do conhecimento geral, certos aspectos da sua vida.

Semelhante concepção, fundamentalmente negativa, entende a intimidade como um limite a outros direitos, uma zona onde ninguém pode imiscuir-se, sem a vontade do sujeito.

Esta configuração negativa, aparece hoje substituída por outra que afirma a ideia de que a intimidade é fundamentalmente uma barreira que não pode destruir-se, mas, também, o «último reduto da liberdade com um sentido positivo» ⁽¹⁴¹⁾.

A intimidade ganha esta nova leitura, perante a industrialização das sociedades e o crescente poder estatal. Agora não se trata apenas de proteger o cidadão contra os outros cidadãos ou contra o Estado, mas garantir fundamentalmente o desenvolvimento integral da personalidade, como forma de garantir a liberdade.

⁽¹⁴⁰⁾ Veja-se para um recensão cronológica das várias definições doutrinárias de direito à intimidade da vida privada, LUIS FARIÑAS MATONI, *El Derecho a la Intimidad*, cit., pp. 347 e segs.. Cfr. igualmente PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., pp. 29 e segs., que seguimos de perto na exposição subsequente.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., p. 35.

A intimidade é pois a esfera, cuja protecção se torna necessária, para que a personalidade se desenvolva livremente.

Como escreve PILAR GÓMEZ PAVÓN:

«Desta forma não se trataria de proteger a liberdade em geral, mas apenas a última parcela, necessária para que o indivíduo possa formar a sua decisão sem interferências, procurando uma esfera própria que possibilite essa liberdade essencial. Concebido assim pode dizer-se que o direito à intimidade constitui em grande medida o pressuposto do exercício de outros direitos, não só pessoais, mas também sociais, já que sem essa liberdade que garante o pleno desenvolvimento da personalidade, as possibilidades de participação na sociedade tornar-se-iam formais e ilusórias». ⁽¹⁴²⁾

Se bem que esta última concepção, se mostre mais adequada aos desafios das sociedades actuais, e nomeadamente ao modelo estadual hoje comum, o Estado Democrático de Direito, e bem assim, permita responder às novas ameaças à privacidade, a principal delas, a centralização de dados através de técnicas informáticas, acaba, contudo, por não definir o objecto da intimidade da vida privada, remetendo para o conceito amplíssimo de liberdade, ele próprio susceptível das mais variadas interpretações.

Daí que, não pareça adequado, na delimitação do âmbito normativo do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, previsto na Lei Fundamental portuguesa, arrancar de uma qualquer definição dogmática, aprioristicamente construída.

Daí que, uma segunda interrogação se perfila: perante a dificuldade de uma definição do direito, será possível determinar quais os bens jurídicos incluídos no seu âmbito de protecção?

⁽¹⁴²⁾ Cfr. *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., pp. 36 e 37.

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

Duas são as orientações tradicionais, para a determinação dos bens jurídicos incluídos no direito em estudo: *a teoria das esferas e o método descritivo*.

A teoria das esferas, que vimos antes, ao estudar a protecção da vida privada na Alemanha, consiste em dividir a vida privada em esferas ou zonas diferentes, mais ou menos susceptíveis de serem restringidas.

Deve-se a HUBBMANN⁽¹⁴³⁾, o esforço inicial de construir um modelo teórico, no qual se pudesse relacionar, no âmbito mais amplo dos direitos de personalidade, o direito à intimidade e os restantes direitos com ele conexos, como o direito ao bom nome, à imagem ou à identidade.

O autor citado distingue uma esfera individual (*Individualsphäre*) e uma esfera privada (*Privatsphäre*). Na primeira incluir-se-ia a protecção da identidade perante terceiros, e, portanto, o direito ao nome e à reputação, e na segunda, os aspectos da personalidade desligados da vida em relação.

Outros autores, na mesma linha, separam a vida privada da vida íntima, de acordo com a dicotomia indivíduo-sociedade⁽¹⁴⁴⁾. Todavia, tal teoria vem sendo criticada.

Desde logo, porque pressupõe uma separação absoluta entre público e privado, que não parece adequada aos tempos que correm.

Nesse sentido se escreve que é uma teoria «histórica», desligada da evolução das sociedades modernas. Aquilo que é privado, varia consoante o momento e o lugar, e, varia de acordo com os indivíduos e a classe social.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. «*Der Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*» in *JZ*, 1957, citado por PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., p. 39.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. SCHMIDT, «*Zur Problematik des Indiskretionsdelikte*» in *ZstW*, 1979, pp. 77 e segs. citado por PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., p. 40.

É, portanto, um conceito que encerra um certo relativismo. Basta pensar no facto do cidadão actual, ao participar na estrutura social, produzir informações sobre ele próprio, as quais, processadas em bases de dados informatizadas, permitirem uma informação global, que pode pôr em crise a sua liberdade.

Depois, a noção de esfera privada/íntima excluiria qualquer conexão com a vida em relação. Ora, modernamente, o cidadão para poder desempenhar determinada função social ou profissional, precisa de fornecer determinadas informações, que aprioristicamente pertenceriam à esfera privada/íntima, pela teoria das esferas.

Em França, por exemplo, relata PIERRE KAYSER, a distinção entre público e privado, é inspirada na teoria da autonomia da vontade, segundo a qual seriam lícitas as investigações e divulgações das actividades públicas de um indivíduo, porque ele teria dado o seu consentimento tácito a tais investigações, enquanto que, no que concerne à sua vida privada, só o consentimento expresso valeria ⁽¹⁴⁵⁾.

Acontece, porém, que tal teoria depara com inegáveis dificuldades quando confrontada com os casos da vida real.

Desde logo porque não é seguro, pelo menos à face da doutrina e da jurisprudência gaulesas, que os factos da vida privada de um cidadão não possam ser revelados sem o seu consentimento expresso.

Várias são as decisões de tribunais franceses, arroladas por PIERRE KAYSER, que admitem a licitude da divulgação de tais factos com o mero consentimento tácito do cidadão.

Por outro lado, como veremos adiante ao tratarmos do conflito entre a liberdade de imprensa e a vida privada, a esfera de protecção da vida privada não é seguramente igual para todos os cidadãos, sem que com isso se viole o princípio da igualdade.

Com efeito o «muro da vida privada» é mais baixo, por exemplo, em relação a certas categorias de pessoas, como as apelidadas vedetas ou os titulares de cargos políticos.

(145) Cfr. *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 143.

Nestes casos, não é possível utilizar com segurança o critério da separação entre público e privado.

Assim sendo, não é defensável, dizem os críticos da referida tese, estabelecer limites apriorísticos entre público e privado, ou entre privado e íntimo ⁽¹⁴⁶⁾ ⁽¹⁴⁷⁾.

O que importaria seria evitar o retrato completo do cidadão, através da soma de vários dados, aparentemente irrelevantes, e que como as peças de um mosaico, quando juntas, formam um conjunto de grande significado ⁽¹⁴⁸⁾.

Em suma, esta distinção, deve ser enquadrada no espaço e no tempo. A distinção entre público e privado ou entre privado e íntimo, não é igual, repita-se, em todas sociedades e culturas, em todas as épocas históricas, em todos os indivíduos e em todas as circunstâncias ⁽¹⁴⁹⁾.

De resto é considerando a dificuldade na exacta delimitação do que é público e privado, e do que é privado e íntimo, que o nosso Código Civil, numa fórmula a que adiante regressaremos,

⁽¹⁴⁶⁾ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, aderem também à ideia de que à face do conceito constitucional de reserva da intimidade da vida privada, a distinção entre «esfera pessoal íntima» e «esfera privada simples», não parece ser relevante. Cfr. *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, cit., pp. 181 e 182. Mas escrevem: «O critério constitucional deve talvez arrancar dos conceitos de «privacidade» (n.º 1 in fine) e dignidade humana (n.º 2) de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se como base no conceito de «vida privada» que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos (2) o respeito do anonimato (3) o respeito da vida em relação».

⁽¹⁴⁷⁾ «Na dinâmica interna da personalidade não é possível determinar o ponto onde acaba a esfera do privado e se inicia a do público e isto particularmente nas grandes personalidades. A melancolia de PETRARCA, por exemplo, ou a lúcida dor de LEOPARDI até que ponto são sentimentos privados?» Cfr. ARMANDO RIGOBELLO, *Informazioni e riservatezza come valori* in *Rivista di Diritto Internazionale*, Ano III, Maio-Agosto, 1990, p. 220.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, Informatica e Estado de Derecho*, Valencia, 1984, pp. 42 e segs.

⁽¹⁴⁹⁾ PIERRE KAYSER relata um caso jurisprudencial, muito discutido em França, em 1974, que foi o de saber se as cerimónias rituais de um tribo das Novas Hébridias, faziam parte das actividades públicas dessa tribo, ou deveriam ser imputadas à vida privada dos seus membros. Cfr. *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 151.

toma em consideração a «natureza do caso» e a «condição das pessoas» (art. 80.º n.º 2), na determinação do âmbito de protecção do direito.

Em sentido idêntico, veja-se a Lei espanhola n.º 1/82 de 5 de Maio, relativa à protecção da honra, da intimidade e da própria imagem, que no seu artigo 2.º, 1 — a) diz: «A protecção civil da honra, da intimidade e da própria imagem ficará delimitada por leis e usos sociais atendendo ao âmbito que, pelos seus próprios actos a pessoa mantenha reservado para si ou para a sua própria família».

E comentando essa disposição legal escreve PILAR GÓMEZ PAVÓN: «A variabilidade do conteúdo da intimidade (...) é uma das suas mais relevantes características, parcelas antes consideradas públicas integram agora o âmbito privado, e vice-versa, e não parece pois aconselhável uma maior precisão legislativa (...)» ⁽¹⁵⁰⁾.

Ora, à face da redacção constante do art. 26.º, n.º 1 da C.R.P., poderíamos ser levados a concluir que a distinção entre vida íntima e vida privada, teria acolhimento constitucional, que desta forma se inclinaria pela teoria das esferas.

Mas não se vê, à luz do que antes de expôs, onde encontrar um critério suficientemente claro e isento de dificuldades, para separar primeiro a vida pública, no sentido apontado de vida individual (vida em relação), da vida privada, e, seguidamente, esta, de vida íntima.

E, em segundo lugar, nada no texto constitucional autoriza a graduar uma esfera de privacidade, que seria supostamente mais aberta ou menos protegida, por comparação com uma esfera de intimidade, absolutamente protegida, que jamais cederia perante outro direito fundamental ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. *La Intimidación como objeto de protección penal*, cit., pp. 48 e 49.

⁽¹⁵¹⁾ Ver em sentido contrário, embora estudando primordialmente o art. 80.º do Código Civil, RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à intimidade da vida privada*, cit., p. 398 e 399, que escreve: «Todavia, para confinar o objecto do direito, haverá ainda que ter em linha de conta que o texto da lei não se limita a referir a intimidade, antes reportando à vida privada. O que naturalmente exclui do âmbito da tutela do direito tudo aquilo que possa considerar-se como pertencendo ao domínio da participação da vida da *cives*. O legislador constitucional explicitou esta ideia mencionando, e bem, a par da intimidade

Um exemplo simples permite demonstrar o inêxito das tentativas em separar o público do privado, e este do íntimo, com base em construções apriorísticas.

A definição de vida pública, como a esfera extra-domicílio, de relação com os outros, visível por todos, levaria a negar a vida privada ao vagabundo que dorme no banco do jardim ou a esse São Bonaboião calcorreador de estradas do romance de Aquilino ⁽¹⁵²⁾.

Essa seria uma posição insustentável, que acabaria por inutilizar o bem jurídico intimidade da vida privada, protegido na lei fundamental portuguesa.

Resta, pois, para o propósito do presente capítulo, invocar o método descritivo, o qual consiste em indicar quais os bens jurídicos que se encontram acautelados pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

É o que fazem algumas legislações, no que são acompanhadas por parte significativa da doutrina, consciente da dificuldade em estabelecer um critério geral seguro, para incluir ou excluir este ou aquele bem jurídico no âmbito de protecção do direito em causa.

Vimos antes algumas tentativas de, por forma descritiva preencher o âmbito normativo do direito em estudo. Recorde-se a interpretação extensiva dada à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou a leitura que a jurisprudência e a doutrina norte americana, fazem do «*right of privacy*».

Mas outros exemplos existem que merecem ser referenciados.

É o caso da Confederação de Juristas Nórdicos que reunidos em Estocolmo, em 1967, partem de um conceito amplo de vida pri-

da vida privada, a vida familiar». De seguida aplica a teoria das três esferas, afirmando que a intimidade e da vida privada tutela a primeira esfera, a esfera a vida íntima (*der Geheimbereich*), mas já não abrangerá por exemplo «a actividade profissional» que constitui uma das mais «importantes manifestações da sua actividade social e cívica». Não parece contudo que a referência à vida familiar, autorize a interpretação de que o legislador constitucional pretendeu excluir da protecção da vida privada, tudo o que se refere à participação do cidadão na cidade.

⁽¹⁵²⁾ Neste paradoxo cai RITA AMARAL CABRAL ao pressupôr uma delimitação clara entre público e privado e entre privado e íntimo, por apelo à teoria das esferas, o que a leva, ao exemplificar, a escrever: «a intimidade das pessoas que vivem na praça pública, e enquanto aí vivem, não existe» Cfr. *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, cit., p. 400.

vada e enumeram como ingerências a tal direito, entre outras, as intromissões na vida privada, familiar ou no domicílio, ataques à integridade moral ou física ou à liberdade moral ou intelectual, ataques à honra ou à reputação, violação de correspondência, revelação de informação dada ou recebida em virtude de segredo profissional ⁽¹⁵³⁾.

Por outro lado PIERRE KAYSER, referencia como pertencendo ao âmbito de protecção da vida privada: o que afecta o corpo, acontecimentos da vida privada e familiar, património, opiniões políticas, filosóficas e religiosas, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência ⁽¹⁵⁴⁾.

Partindo de uma delimitação que separa o cidadão em si mesmo, do cidadão na sua vida em relação, LUIS FARIÑAS MATONI, inclui no conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada, o seguinte:

i) *cidadão em si mesmo:*

- a) com referência ao passado, que pode ser evocado no presente, contra a vontade do próprio: direito ao esquecimento e segredo das recordações pessoais;
- b) com referência ao presente:
 - aspectos corporais (análises ao sangue, urina, etc., dados sobre a saúde, narcoanálise, aborto);
 - aspectos não corporais (imagem, identidade, dados pessoais, ser seguido e observado, objectos pessoais, prazeres).
- c) com referência ao futuro (Planos ou projectos de futuro).

ii) *cidadão nas suas relações com outros:*

- a) intimidade compartilhada (família, relações amorosas, vida sexual, comunicações, cartas, relações profissionais e o segredo profissional);

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *Imperio del Derecho y Derechos Humanos. Principios e definiciones*. Comissão Internacional de Juristas, Genebra, 1967, pp. 63 e segs.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. *La protección de la vie privée*, cit., pp. 153 e segs.

- b) intimidade ameaçada por outros (pessoas singulares, pessoas colectivas e Estado) ⁽¹⁵⁵⁾.

Outro autor, JACQUES VÉLU, na linha dos trabalhos interpretativos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, inclui entre as diversas categorias susceptíveis de atentar contra a vida privada, as seguintes:

- a) atentados à integridade física ou mental ou à liberdade moral ou intelectual;
- b) actividades de espionagem, observação ou escuta, feitas através de vários métodos (câmara de televisão ou vídeo, gravações, fotografias, etc.);
- c) atentados contra a honra e a reputação;
- d) utilização do nome, da identidade ou da imagem;
- e) revelação de dados cobertos pelo segredo profissional. ⁽¹⁵⁶⁾

Ora a utilização do método descritivo, conduz, como se constata nos casos referidos, a um alargamento da esfera de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, que claramente extravasa este direito.

Note-se que, como antes se enfatizou, o direito à honra, ou como no nosso direito constitucional se designa, direito ao bom nome e à reputação, não coincide com o direito à vida privada, tendo um âmbito de protecção distinto.

O mesmo se diga da tutela das opiniões políticas, religiosas ou filosóficas, que se insere claramente no âmbito das liberdades de expressão ou de consciência.

Acresce que, em algumas construções que assentam no método descritivo, ficam de fora bens jurídicos, que manifestamente estão ligados à protecção da intimidade, porque constituem uma dimensão protectora complementar, como por exemplo a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. *El derecho a la Intimidad*, cit., p. 314, cujo quadro que aí figura foi simplificado.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. *Le Droit au respect de la vie Privée*, cit., pp. 59 e segs.

Por todas estas razões, parece avisado que se encare o método descritivo com algumas reservas.

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

Não pode deixar de se considerar que o direito constitucional à reserva da intimidade da vida privada e familiar é um direito de definição problemática e de determinação normativa complexa.

A ideia geral que se extrai, e que merece consenso, é a de um grau de relatividade maior ou menor na determinação do seu *Tatbestand*, que se prende directamente à natureza dos casos, à condição do seu titular, e a outros factores de ordem cultural, social ou económica.

Tal relatividade, expressa por exemplo nas normas jurídicas que ao nível do direito civil e penal tutelam o direito, coloca nas mãos do juiz, uma margem de livre avaliação do caso concreto, que é significativa.

3.4.2.2.5. *A dignidade da pessoa humana e a liberdade como fundamento do direito à intimidade da vida privada*

Em qualquer caso, pode com segurança dizer-se, que existe um reduto mínimo no bem jurídico intimidade da vida privada e familiar, alicerçado nas construções clássicas deste direito, e que se desdobra, por um lado no *direito à solidão, ao recolhimento, à quietude, indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade e, por outro lado, no direito a excluir dos outros, factos ou actos que, ao serem conhecidos ou revelados, poderiam causar perturbação moral no seu titular* ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ O que afastaria a dúvida levantada por RITA AMARAL CABRAL, de saber se o direito em apreço incluiria o direito à oposição à divulgação da vida privada, e já não o direito de oposição à investigação da vida privada. Na realidade conclui: «parece existirem razões para que se confine o art. 26.º da Constituição à tutela da não divulgação de factos concernentes à vida privada de cada um» in *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, cit., p. 405. Mas não se vê como o preceito constitucional exclua da protecção, a oposição à aquisição de informações ou conhecimentos relativos à vida privada do cidadão.

Este reduto mínimo é uma exigência da dignidade da pessoa humana (art. 26.º, n.º 2), porque só nele o ser humano pode ser livre. Com esta ideia acolhem-se as preocupações actuais que pretendem conferir ao direito em estudo um sentido válido e actuante perante o Estado moderno e as novas tecnologias que ameaçam a privacidade.

Ou seja, a liberdade e a dignidade da pessoa humana fundamentam e dão sentido ao 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*

Mais do que um direito fundamental, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, é uma constelação de direitos fundamentais, que, sem lhe reduzir o âmbito de protecção, lhe confere uma tutela alargada.

Vimos já, ao formular a distinção entre os direitos compreendidos no art. 26.º, n.º 1 da CRP, que o direito à imagem, o direito à identidade pessoal e o direito à palavra, têm âmbitos de protecção secantes com o direito à intimidade da vida privada.

Nesse sentido, funcionam como garantias complementares para o cidadão, até porque têm tutelas civis e penais diferenciadas.

Trata-se, como já foi afluado, de um problema de concorrência ou de concurso direitos⁽¹⁵⁸⁾.

O comportamento de um titular pode preencher os pressupostos, ainda que parciais, de vários direitos. Isso é particularmente claro, na recolha e divulgação de fotografias tiradas exteriormente ao domicílio, com um teleobjectiva, sem o consentimento do titular do direito.

O comportamento do titular é incluído no âmbito de protecção do direito à imagem. Mas também não se pode negar que o

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. sobre o problema da concorrência ou concurso de direitos fundamentais GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, n.º 3822, pp. 264 e segs., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 654 e segs.

direito à reserva da intimidade da vida privada, na perspectiva do «*right to be let alone*», lhe oferece protecção.

De certo modo, a configuração global do direito à reserva da intimidade da vida privada, quando articulado com os outros direitos conexos, permitiria prefigurar uma situação de «*acumulação de direitos*» na terminologia de GOMES CANOTILHO⁽¹⁵⁹⁾: para uma eficaz protecção do bem jurídico «intimidade da vida privada e familiar», tornar-se-ia necessário acumular no cidadão vários direitos, a saber, o direito à imagem (art. 26.º, n.º 1), o direito à palavra (art. 26.º, n.º 1), o direito à identidade (art. 26.º, n.º 1) o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º) e direitos de defesa contra o tratamento informático de dados (art. 35.º, n.º 3).

É evidente que o tratamento que demos ao direito em análise, na perspectiva da concorrência de direitos, coloca o problema da conciliação dos diversos direitos, sobretudo quando estes têm dimensões restritivas divergentes, e se torne necessário fundamentar uma determinada posição jurídica subjectiva num caso concreto.

Ora, perante um direito, cujos contornos e cujos bens jurídicos protegidos, são manifestamente impossíveis de isolar com rigor, e daí o seu relativismo, não parece possível recorrer, para resolver os eventuais problemas práticos, a uma separação dos eventuais *Tatbestande* concorrentes. Resta uma de duas soluções: ou a aplicação harmónica das várias normas garantidoras, aplicáveis a esse caso concreto, ou fazer valer a regra da especialidade, reconduzindo a situação prática a um único direito fundamental⁽¹⁶⁰⁾.

O preceito constitucional em referência fala ainda da tutela da *intimidade da vida familiar*. Todavia não parece que este inciso se refira à intimidade da família enquanto instituição. A família,

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. *Direito Constitucional*, cit., p. 655.

⁽¹⁶⁰⁾ Ao fazer valer estas soluções metódicas na solução prática do concurso de Direitos Fundamentais, de alguma maneira estamos a equacionar as teses do concurso legal e do concurso ideal importadas do direito penal para o direito constitucional. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, cit., pp. 266 e 267.

nessa qualidade merece a tutela que resulta do art. 67.º que a considera um elemento fundamental da sociedade, e que a coloca como objecto de protecção da sociedade e do Estado.

Assim o sentido útil de tal referência no art. 26.º n.º 1, deve buscar-se na protecção da intimidade de cada membro da família individualmente ⁽¹⁶¹⁾.

3.4.3. *A articulação do art. 80.º, n.º 2 do Código Civil com o art. 26.º, n.º 1 da C.R.P.*

Em trabalho recente, já referido neste estudo, RITA AMARAL CABRAL coloca o problema da inconstitucionalidade superveniente do art. 80.º, n.º 2 do Código Civil, que afirma: «A extensão da reserva (da intimidade da vida privada) é definida conforme a natureza do caso e as condições das pessoas».

Perante este normativo e à face do art. 18.º, n.º 2 da C.R.P., interroga-se aquela Autora:

«Será que o art. 80.º do Código Civil introduz limites, não autorizados pela Constituição, ao direito à reserva da intimidade da vida privada?» ⁽¹⁶²⁾

A questão é pertinente, já que, na ausência de qualquer expressa autorização constitucional para limitar ou restringir o direito em análise, o legislador ordinário não o poderia fazer.

Diga-se, desde já, que concordamos com a resposta dada por RITA AMARAL CABRAL ao problema. A sua conclusão vai no sentido da não existência de inconstitucionalidade. Deve, todavia, acrescentar-se que não acompanhamos alguns dos passos metodológicos dados pela Autora para chegar ao resultado referenciado, nem tão pouco perfilhamos as concepções subjacentes, em sede de limites ou de conformação de direitos fundamentais.

Vejamos pois o problema da articulação do art. 80.º n.º 2 do Código Civil com o art. 26.º da C.R.P.

⁽¹⁶¹⁾ Assim, perante idêntica redacção na Constituição espanhola de 1978 (art. 18.º n.º 1) ver MARC CARRILLO, *Los Límites a la Libertad de Prensa en la Constitución Española*, cit., p. 58.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. *O Direito à Intimidade da Vida privada*, cit., p. 400.

Para se saber se existe ou não restrição de um direito fundamental, e essa é seguramente a primeira tarefa a empreender para dar resposta ao problema, é necessário, antes de mais, delimitar o âmbito do próprio direito.

Se na tarefa de delimitação do âmbito de protecção do direito, se concluir pela constatação de que a «natureza do caso» e as «condições da pessoa», podem constituir elementos conformadores ⁽¹⁶³⁾ do *Tatbestand* do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, então não haverá uma situação restritiva operada pelo legislador ordinário.

Ora, isso é justamente o que acontece, em coerência com o discurso anterior, onde se apontaram as linhas de pensamento que levaram à caracterização do bem jurídico intimidade da vida privada, como relativo, justamente em função da natureza do caso e da condição das pessoas.

Tal facto não impede a existência de um «mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante» no direito em causa, mas confere-lhe, como vimos, uma maior ou menor extensibilidade, determinado caso a caso, pelo aplicador do direito.

Mas a «natureza do caso» e as «condições da pessoa» não se configuram como limites imanentes do direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada e familiar, como sustenta RITA AMARAL CABRAL, que os qualifica expressamente como «limites intrínsecos».

Se bem interpretamos o pensamento da Autora, o art. 80.º, n.º 2 do Código Civil, operaria como lei meramente conformadora do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, na medida em que se limitaria a concretizar aquilo a que VIEIRA DE ANDRADE apelida de limites imanentes implícitos de um direito fundamental ⁽¹⁶⁴⁾.

Nessa perspectiva, não estaríamos perante uma restrição por via legislativa de um direito fundamental, mas de uma concretiza-

⁽¹⁶³⁾ Cfr. a distinção entre normas legais restritivas e normas legais conformadoras em GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 647.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 217 e 226 e segs.

ção da norma constitucional que se confinaria a «explicar conceitos, interpretando-os e repetindo mais claramente o seu conteúdo».

Embora de forma implícita, perpassa nesta construção teórica, uma adesão às teorias que modelam o âmbito de protecção de um direito fundamental, dele excluindo certas dimensões «abrangidas por reservas ou limites prévios» ⁽¹⁶⁵⁾.

Mas não parece que seja necessário recorrer a um modelo teórico que perspetive o *Tatbestand* do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar circunscrito, *a priori*, por «limites impostos pela especificidade do bem», para compatibilizar o art. 80.º, n.º 2 do Código Civil e o art. 26.º da C.R.P..

Basta que, como antes tentámos fazer, se reconduza o âmbito de protecção do direito em causa a um mínimo constitucionalmente útil, cujos elementos conformadores se localizem na «natureza do caso» e na «condição das pessoas».

Nesse sentido, pois, o art. 80.º, n.º 2 da nossa lei substantiva máxima, não se encontra ferido de inconstitucionalidade superveniente, porque o conteúdo da referida norma não se traduz numa restrição de um direito fundamental, mas antes releva do seu âmbito normativo.

CAPÍTULO III

CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

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

Existe conflito ou colisão de direitos fundamentais, quando o exercício de um direito colide com o exercício do mesmo ou de

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, cit., R.L.J. n.º 3815, p. 39.

outro direito fundamental por parte de outro titular (conflito de direitos em sentido estrito) ou quando colide com a defesa e protecção de bens da colectividade e do Estado, constitucionalmente protegidos (conflito entre direitos e outros bens constitucionais) ⁽¹⁶⁶⁾ ⁽¹⁶⁷⁾.

Ora, não são necessárias grandes considerações para constatar que as relações entre a liberdade de imprensa e a reserva da intimidade dos cidadãos, nem sempre são pacíficas.

São comuns, ontem como hoje, em Portugal e no estrangeiro, situações de conflito entre ambos os direitos fundamentais.

Mas a complexidade das sociedades actuais coloca essa discussão com muito maior pertinência. Por um lado, e já se enfatizou esse aspecto, porque são hoje mais sofisticadas as tecnologias de busca, tratamento e divulgação de informação. Depois, porque, nas sociedades democráticas actuais, a pressão dos *media*, sobre os cidadãos, como fonte legitimadora da sua função social, e como instrumento da opinião pública, tem-se acentuado. Em terceiro lugar, o relacionamento dos cidadãos na sociedade moderna, com os outros, revela alterações de comportamento, detectáveis quando vimos a dificuldade de delimitar o âmbito de protecção da intimidade. Em quarto lugar, porque as próprias exigências do mercado dos *media*, forçam a uma competição acrescida — não só ao nível da chamada «imprensa sensacionalista» — que tende a ameaçar o espaço de reserva dos cidadãos ⁽¹⁶⁸⁾. Em quinto lugar, porque o

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 657, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, p. 135. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 220, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV volume, cit., p. 300.

⁽¹⁶⁷⁾ Diverso é o enquadramento para a concorrência ou acumulação de direitos, que se verifica, quando um mesmo comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de facto de vários direitos fundamentais. É isso que se constatou existir, na parte em que os respectivos âmbitos de protecção coincidem, entre a liberdade de expressão, o direito de informação e a liberdade de imprensa, ou entre o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à imagem e o direito à identidade. Cfr., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 654.

⁽¹⁶⁸⁾ A doutrina assinala o papel cada vez mais importante neste aspecto da televisão, e daquilo a que se chama a «televisão-verdade». FAUSTO COLOMBO, analisa esta

valor da transparência dos poderes públicos, a «nudez» do político perante os cidadãos, a exigência da «visibilidade» nas democracias actuais ⁽¹⁶⁹⁾ coloca dificuldades acrescidas à delimitação de um conteúdo mínimo à privacidade, no campo particular das chamadas figuras públicas. E finalmente, a própria evolução, já assinalada, do direito de informação, implica um importante direito a ser informado, como tudo o que isso significa de abandono da ideia de receptor passivo da informação, para a de receptor activo ⁽¹⁷⁰⁾, e ao re-equacionar o conceito de liberdade de imprensa.

Todos estes aspectos reconduzem o problema da liberdade de imprensa e da vida privada ao espaço da sociedade democrática e transformam-no num dos factores definidores do Estado democrático.

O que coloca o problema da resolução dos conflitos de direitos fundamentais, que é, justamente, um problema central do Direito Constitucional de Conflitos.

Ora a puntualização do conflito de direitos pressupõe previamente a delimitação do âmbito normativo dos direitos em causa e a averiguação da existência de limites que determinem uma restrição constitucionalmente autorizada num ou em ambos os direitos.

Para a análise dos problemas que se levantam, e com base na delimitação normativa de ambos os direitos esboçada antes, utilizar-se-á o seguinte procedimento metódico:

- a) 1.º momento: saber se algum ou ambos os direitos são susceptíveis de limitações e qual a sua natureza;

questão do ponto de vista, do que apelida as «novas representações do privado», efectuando uma aproximação metódica às novas técnicas e estratégias televisivas que invadem a esfera privada dos cidadãos, no contexto do próprio espectáculo televisivo. Fala assim em exibição, intrusão, invasão, nobilitação e duplicação (exemplifica com as entrevistas concedidas em casa dos entrevistados, os espectáculos tipo «Câmara oculta», grandes planos que «revistam» autenticamente o cidadão, etc.) in *Media e Privacy*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, cit., pp. 207 e segs.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. para um debate sobre a visibilidade do poder NORBERTO BOBBIO, *Las ideologias y el poder en crisis*, Barcelona, 1988, 1988, p. 179 e *O Futuro da Democracia*, Lisboa, 1988, p. 109.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. FAUSTO COLOMBO, *Media e Privacy*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, Ano III, Maio Agosto, 1990, p. 214.

- b) 2.º momento: saber se apesar da existência de limites num ou em ambos os direitos, ainda persiste uma margem maior ou menor de conflito entre os direitos, que deva ser resolvida por um critério de concordância prática, de prevalência ou de ponderação;
- c) 3.º momento: saber como se resolve esse conflito à luz do ordenamento constitucional.

Este percurso revela-se fundamental, já que o eventual conflito, pode ficar resolvido, pelo menos em grande parte, logo no primeiro momento. Por exemplo, se se entender que constitui limite constitucionalmente autorizado à liberdade de imprensa, a intimidade da vida privada e familiar, deve reconhecer-se aqui uma primeira forma de resolução do conflito. Mas o problema não ficará inteiramente resolvido, se se admitir, como vimos antes, um carácter relativo ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, cuja expansibilidade depende da natureza do caso e da condição das pessoas.

Aqui há que ter presente um terceiro elemento: as circunstâncias do caso. Estas poderão determinar, por apelo à ponderação de valores, uma solução de prevalência da liberdade de imprensa sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada, sem que o núcleo essencial desta fique anulado. E ainda aqui, resta saber se essa relação de prevalência não está sujeita a determinados princípios, nomeadamente o princípio da proporcionalidade.

Escusado será dizer que ficaram desde já afastadas aquelas situações de «conflito aparente» dos direitos fundamentais.

Elas existiriam se, por exemplo, o âmbito normativo dos dois direitos, desde logo excluísse situações potencialmente conflitantes.

O recurso a uma concepção tendencialmente restritiva do *Tatbestand* dos dois direitos poderia chegar a essa conclusão ⁽¹⁷¹⁾.

Se se tivesse delimitado, por exemplo, o direito à reserva da vida privada, excluindo do seu seio dimensões da vida pública do

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, cit., p. 39.

cidadão, por saírem fora de uma apriorística delimitação entre público e privado, ou se circunscrevesse a protecção da liberdade de imprensa às notícias verdadeiras, então muitas das situações potencialmente conflituantes seriam apenas aparentes. ⁽¹⁷²⁾

Contudo, como resulta das páginas anteriores, aderimos, embora de forma implícita, a uma concepção, que inclui no âmbito normativo de ambos os direitos, todas as dimensões que de algum modo se possam reconduzir aos seus pressupostos.

Nesse sentido, pode dizer-se, que o âmbito normativo de ambos os direitos estudados se refere *prima facie* às dimensões protectoras dos mesmos, independentemente de eventuais restrições ou limites ⁽¹⁷³⁾.

4.1. *O problema dos limites à liberdade de imprensa e ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*

A temática dos limites e das restrições aos direitos fundamentais deve ser colocada, no caso vertente, na perspectiva da Constituição Portuguesa actual ⁽¹⁷⁴⁾.

Esta consagra uma norma especificamente direccionada para as restrições de direitos, liberdades e garantias, salientando que «A lei só pode restringir os direitos liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição» (art. 18.º n.º 2). Ora acontece, como referem alguns Autores, que a Constituição raramente prevê, de forma expressa, restrições a direitos, liberdades e garantias ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷²⁾ Outros exemplos: se se excluísse do âmbito protector da liberdade de imprensa, a divulgação de filmes ou revistas pornográficas, o conflito entre liberdade de imprensa e a moral ou os bons costumes (admitindo que ambos são bens jurídicos protegidos constitucionalmente) seria apenas aparente. Se se entender que a divulgação de opiniões injuriosas ou difamatórias, não se inclui no âmbito de protecção da liberdade de imprensa, então o conflito desse direito com o direito ao bom nome é um conflito aparente.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 660.

⁽¹⁷⁴⁾ Figura diferente, e que antes se viu a propósito do âmbito normativo da intimidade da vida privada, é da «conformação» e da «regulação» de direitos fundamentais, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 647.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Os direitos fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, cit., p. 20.

O que não tem impedido a doutrina e a jurisprudência constitucional de desenvolverem o tema, salientando a existência de várias categorias de restrições e limites.

O Tribunal Constitucional, por exemplo, tem desenvolvido uma argumentação tendente a fixar algumas categorias de limites, para além, obviamente, dos limites expressos ⁽¹⁷⁶⁾:

- a) recurso ao art. 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como forma de reconhecer a existência de limitações aos direitos fundamentais — Ac. 6/87 ⁽¹⁷⁷⁾;
- b) autorizações indirectas de restrições: basta que a Constituição contenha uma expressão indirecta da admissibilidade da restrição — Acs. 225/85 e 244/85;
- c) limites imanentes: são várias as decisões do TC, sobre a aplicabilidade de limites imanentes. A retórica argumentativa desenvolve-se em torno da ideia de que existem limites implícitos no texto constitucional (p. ex: são limites à liberdade de expressão, o direito ao bom nome e reputação e à reserva da vida privada e familiar, o dever fundamental de pagar impostos é um limite ao direito de propriedade), — Ac. 81/84, Ac. 236/86, Ac. 7/87, Ac. 103/87;
- d) limites instrumentais (p. ex: se a Constituição admite a prisão preventiva há-de admitir a detenção do suspeito para identificação) — Ac. 7/87.

Por seu lado GOMES CANOTILHO, na sua grelha de procedimento de restrição de direitos, concebe três tipos de limites ⁽¹⁷⁸⁾:

- a) limites directamente estabelecidos pela Constituição;
- b) limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da Constituição;
- c) limites imanentes.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, cit., pp. 19 e segs.

⁽¹⁷⁷⁾ Ideia sustentada por MOTA PINTO e VIEIRA DE ANDRADE, Cfr. este último *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 232.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. *Direito Constitucional*, cit., p. 640.

Todavia, alerta para uma construção dogmática dos limites imanentes que os remeta para fora da Constituição. Assim mereceriam reticências as posições que justificam os limites imanentes como «limites originários ou primitivos», e, de alguma forma, as que assentam na existência de «limites dos pressupostos jurídicos e fácticos dos direitos». Esta posição leva-o a criticar, por exemplo, o recurso ao art. 29.º da DUDH, e bem assim a formular reservas a algumas soluções propugnadas pelo Tribunal Constitucional, que apelaram aos limites imanentes.

Assim «os direitos fundamentais não nascem já com limites inerentes ou naturais não escritos, fora daqueles que a própria Constituição estabelece ou consente. A restrição é sempre à posteriori, face à necessidade de proceder à conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado, cuja satisfação não possa deixar de passar pela restrição de certo direito fundamental» ⁽¹⁷⁹⁾ ⁽¹⁸⁰⁾.

Dando como boa a tipologia proposta por GOMES CANOTILHO, e as suas reservas em relação aos apelidados limites imanentes —, em consonância aliás com o que antes se escreveu a propósito da questão da conciliação do art. 80.º, n.º 3 do Código Civil com o art. 26.º da Constituição — vejamos se os direitos em estudo, posto que ambos são direitos, liberdades e garantias pessoais (Capítulo II, Título II, Parte I), e nessa medida beneficiam do mesmo regime geral, compreendem limites, e, de que natureza.

4.1.1. *Limites à liberdade de imprensa*

Assinalou-se já que o art. 37.º, n.º 3 da C.R.P. se aplica à liberdade de imprensa. E disse-se igualmente que tal preceito consagra um limite, ao remeter para os princípios gerais de direito cri-

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, cit., p. 135.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. no mesmo sentido ANTONIO GARCIA PABLOS MOLINA, *Libertad de Expresión e Derecho Penal*, cit., pp. 206 e segs.

minal a tipificação de eventuais infracções cometidas no exercício desse direito.

Resulta claro, nesta expressa remissão constitucional para os princípios gerais do direito criminal, que estes limites se inserem na categoria dos limites estabelecidos por lei através de autorização expressa da Constituição.

É evidente que esta lei ou leis (art. 18.º, n.º 2), têm de encontrar na Constituição o fundamento para as restrições, não podendo fazê-lo por apelo a critérios extra-constitucionais ⁽¹⁸¹⁾.

Os princípios gerais de direito criminal são, desde logo, os princípios constitucionais relativos ao direito penal, e, bem assim, os que se contenham na lei penal comum ⁽¹⁸²⁾.

Isto coloca o complexo problema das leis gerais como limite à liberdade de imprensa ⁽¹⁸³⁾.

Não o iremos discutir aqui, mas não pode deixar de a esse tema se fazer uma sucinta referência. Leis gerais são aquelas leis

⁽¹⁸¹⁾ «O art. 37.º aponta — segundo cremos — no sentido de que se não devem permitir limitações à liberdade de expressão para além das que forem necessárias à convivência com outros direitos, nem impor sanções que não sejam requeridas pela necessidade de proteger os bens jurídicos que, em geral, se acham a coberto da tutela penal» Acórdão n.º 81/84 in *Ac. Tribunal Constitucional*, 4.º volume 1984, p. 233.

⁽¹⁸²⁾ «Princípios gerais de direito penal que são não apenas os princípios jurídico-constitucionais penais, mas também aqueles que presidem à teoria geral das infracções e das penas que constam do Código Penal. Constituem uma espécie de «direito comum» das comunidades com o mesmo grau de civilização e cultura, um como que estatuto cujo ponto de referência é a *communitas civium*. São princípios de humanidade e cultura «O que por conseguinte (...) o texto constitucional pretendeu (art. 37.º n.º 3) foi que a lei que vier prevenir infracções cometidas no exercício da liberdade de expressão seja uma lei formal e marcada pela característica da generalidade, e nunca uma lei especial ou lei medida. De outro lado quis que na tipificação de tais infracções, se não discriminem determinadas opiniões, proibindo-as com ameaças de sanções penais. De outro ainda, veio exigir que a lei ao introduzir limites à liberdade de expressão, o faça tão só para proteger bens ou valores que na situação se revelem preponderantes. E finalmente — sob pena de não se poder falar em lei geral — preciso é ainda que ela não contenha um regime de excepção, do ponto de vista jurídico-penal, quer no que toca à definição das infracções e sanções, quer no que concerne ao seu processamento» Acórdão 81/84 de 18/7/84 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 4.º volume, 1984, pp. 235 e 236.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. para um aprofundada discussão do tema NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., pp. 279 e segs.

que pela própria Constituição têm valor igual a esse direito, devendo ser leis materialmente gerais.

As leis gerais seriam leis «cuja finalidade de regulamentação não é idêntica ao objecto de protecção dos direitos fundamentais (...) da liberdade de imprensa, isto é, que não se dirigem como tal contra estes direitos, não os afectando especial e directamente, visto destinarem-se à protecção de outros bens jurídicos»⁽¹⁸⁴⁾.

Lei geral é, portanto, a lei de imprensa, na medida em que tiver por fim proteger a liberdade de imprensa, conciliando-a com outros direitos fundamentais. Mas já não o será, porque se transmutaria em lei especial, uma lei virada exclusivamente contra a liberdade de imprensa.

Decorre, portanto, das considerações antecedentes que a Constituição autoriza a que por via legal se concretizem limites à liberdade de imprensa.

Ora um desses limites, apontado pela doutrina e pela jurisprudência, é, justamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada⁽¹⁸⁵⁾⁽¹⁸⁶⁾.

E, na realidade, o Código Penal de 1982, consagra em cinco preceitos (arts. 178.º, 179.º, 180.º, 181.º e 182.º)⁽¹⁸⁷⁾ vários ilícitos criminais, que têm todos como bem jurídico a proteger, a

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 289.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 268 que lhe chama «limite imediato» da liberdade de imprensa, ao lado dos restantes direitos incluídos no art. 26.º n.º 1.

⁽¹⁸⁶⁾ A Lei de Imprensa (Dec.-Lei n.º 85-C/75 de 26 de Fevereiro, alterado pelos Dec.-Leis n.ºs 181/76 de 9 de Março e 377/88 de 24 de Outubro) consagra como limites os que decorrem dos preceitos da própria lei de imprensa e daqueles que a lei geral e a lei militar impuseram para salvaguarda da integridade moral, garantir a objectividade e a verdade da informação, a defesa do interesse público e a ordem democrática (art. 4.º). As infracções cometidas no exercício da liberdade de imprensa, surgem na lei de imprensa, nuns casos por remissão para o Código Penal (art. 27.º), noutros consagrando vários ilícitos penais e contravençionais (arts. 29.º, 30.º, 31.º 32.º e 66.º). O Estatuto do Jornalista, por sua vez, assinala que é dever dos jornalistas «respeitar os limites ao exercício da liberdade de imprensa nos termos da Constituição e da lei» (art. 11.º n.º 1 al. c)).

⁽¹⁸⁷⁾ O art. 178.º refere-se à divulgação de «factos referentes à intimidade da vida privada», o 179.º refere-se a «gravações e fotografias ilícitas», o art. 180.º a «intromissão na vida privada», o art. 181.º à devassa por meio de informática e o art. 181.º à «violação do segredo de correspondência e telecomunicação».

reserva da intimidade da vida privada e familiar, na perspectiva de constelação de direitos a que antes se referiu (englobando portanto como dimensões complementares, o direito à imagem, à identidade, à palavra, ao nome, ao segredo da correspondência e a protecção contra a devassa por meio de informática) ⁽¹⁸⁸⁾.

E não deixa de ser significativo notar que os referidos tipos criminais, foram introduzidos *ex novo* no Código de 1982, precisamente pela exigência constitucional decorrente do art. 33.º (actual 26.º), como se pode ler no texto introdutório do Código Penal.

Mas, também, por força do art. 26.º, n.º 2 da Constituição, estariam autorizadas limitações à liberdade de imprensa, de forma a evitar a «utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias».

Outro limite constitucionalmente autorizado decorre do art. 35.º, n.º 2, que «proíbe o acesso a ficheiros e registos informáticos para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros e respectiva interconexão, salvo em casos especiais previstos na lei» ⁽¹⁸⁹⁾. O mesmo se diga do art. 35.º, n.º 3 que proíbe a um órgão de comunicação social o uso de um computador para tratamento de dados referentes a convicções políticas ou filosóficas, filiação sindical, fé religiosa ou vida privada, «salvo quando se trate de processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis».

E finalmente, importa ainda salientar uma outra restrição expressamente prevista na Constituição, que se prende com as apelidadas «relações especiais de poder» ou estatutos especiais ⁽¹⁹⁰⁾, e que afecta directamente a liberdade de imprensa: trata-se das restrições ao exercício dos direitos de expressão por parte de militares (art. 270.º).

Como se constata todas as limitações à liberdade de imprensa, e designadamente a reserva da intimidade da vida privada e familiar, decorrem de autorização constitucional expressa.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. Ac. STJ de 6/11/85 in *BMJ*, 345, pp. 183 e segs.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. Lei 109/91 de 17/8 — arts. 7.º e 8.º.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 636.

Questão polémica é, contudo, saber se por via do art. 29.º da DUDH, poderíamos ser levados a acrescentar aos limites antes referidos outros, como por exemplo, a protecção da juventude, a independência nacional, a segurança do Estado, a independência dos tribunais, etc. ⁽¹⁹¹⁾.

Não parece que a DUDH possa alicerçar restrições a direitos fundamentais para além dos decorrem da própria Constituição, quer a título de limitações expressas, quer de limitações implícitas, mas alicerçadas na Lei Fundamental ⁽¹⁹²⁾.

Em suma, a liberdade de imprensa, compreende limitações constitucionalmente autorizadas, que visam proteger a intimidade da vida privada e familiar.

Mas daqui não se retira, como veremos no ponto seguinte, uma hierarquização de direitos, que coloque em primeiro lugar, a reserva da intimidade da vida privada e familiar, por ser um direito sem reserva de lei restritiva, e depois a liberdade de imprensa.

Restaria, por fim verificar se, para além dos limites à liberdade de imprensa atrás assinalados e que decorrem directa ou indirectamente da Constituição, haveria que ampliar essas limitações a outros direitos, bens ou valores inscritos ou implícitos na Constituição ⁽¹⁹³⁾.

Trata-se, naturalmente de um problema complexo, mas não parece que a sua dilucidação se revele essencial para o propósito deste trabalho.

⁽¹⁹¹⁾ Ver NUNO E SOUSA que toma posição favorável ao alargamento do elenco de limites, por aplicação do art. 29.º da DUDH, Cfr. *Liberdade de Imprensa*, cit., pp. 263 e segs.

⁽¹⁹²⁾ Neste sentido GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, cit., p. 139.

⁽¹⁹³⁾ Assim NUNO E SOUSA que considera a admissibilidade de limitações decorrentes de outros direitos, bens ou valores, como por exemplo o princípio do Estado Unitário, a solução pacífica de conflitos, a não ingerência nos assuntos internos de outros Estados, o direito à protecção da saúde, o valor da família, a infância e a juventude, que encontraria acolhimento no controlo da pornografia, a independência dos tribunais, a segurança do Estado, a independência nacional ou a defesa da Pátria, Cfr. *Liberdade de Imprensa*, cit., pp. 267 e 268. Ver também, na mesma linha o Parecer da PGR n.º 1/89 in *D.R.*, II, de 16/6/89.

Com efeito, a reserva da intimidade da vida privada e familiar, constitui, como vimos, um limite à liberdade de imprensa, como tal constitucionalmente acolhido, sem necessidade de recurso, quer ao art. 29.º da DUDH, quer a eventuais limites iminentes.

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

Na análise que se procedeu relativamente à determinação do âmbito normativo deste direito, concluiu-se pelo relativismo da noção de intimidade da vida privada e familiar, e, sem embargo de se lhe emprestar um «mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante», pôs-se o acento tónico na extensibilidade do direito, tendo como fundamentais referências, resultantes aliás do Código Civil, a «natureza do caso» e a «condição das pessoas».

As conclusões a que, chegou na altura, relevam para o propósito do presente capítulo.

Na realidade o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, não compreende qualquer limite expresso na letra da Constituição ou, sequer, qualquer limite que remeta para a lei a possibilidade de lhe introduzir restrições ⁽¹⁹⁴⁾.

Restaria, pois, apelar para a teoria dos limites iminentes, para encontrar o necessário apoio conceptual que fundamentasse restrições a este direito fundamental.

E não é de estranhar que esse tenha sido o bordão a que alguns Autores se agarraram para sustentar a tese da não inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 80.º do Código Civil.

⁽¹⁹⁴⁾ E viu-se já a inadmissibilidade da introdução de restrições por via do art. 29.º da DUDH. Poderia em todo o caso invocar-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que consagra, como se estudou, uma listagem de eventuais limitações, para restringir este direito (art. 8.º n.º 2). Contudo «como princípio geral deve afirmar-se que os limites da Convenção carecem de significado se ultrapassarem o estipulado pela Constituição, isto é, se esta possuir menos limites do que os contidos naquela». Cfr. NUNO E SOUSA, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 266.

Vimos já que a conformidade desse preceito com a Constituição não decorre da sua qualificação como consagrando limites imanentes, mas do facto de constituírem elementos de conformação jurídica do âmbito normativo do direito à reserva intimidade da vida privada e familiar.

Assim, parece que só uma ponderação adequada de valores e interesses, permitirá, perante o caso concreto, ampliar ou diminuir no confronto com a liberdade de imprensa, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, sem que o seu conteúdo mínimo fique em causa.

O que tanto monta dizer que não existe uma hierarquia constitucionalmente fundada entre os dois direitos. A liberdade de imprensa não é mais do que a intimidade da vida privada, nem esta tem valor superior àquela ⁽¹⁹⁵⁾.

Um critério de superioridade hierárquica, tem sido utilizado em Espanha, com base no já visto art. 20.º da Constituição de 1978, quer fazendo prevalecer *a priori* a liberdade de imprensa, quer, ao invés, alcandorando a intimidade a valor superior, numa abstracta escala de valores. Num e noutro sentido se esgrimem argumentos, que no essencial se reconduzem às duas seguintes posições:

- a) o interesse público em ser informado e a relevância social (opinião pública como fatora da vontade democrática da cidadania), inerente à liberdade de imprensa, legitimaria a sua superioridade perante a intimidade;
- b) ao invés, a imbricação da intimidade à dignidade da pessoa humana e a sua qualificação como direito de personalidade, colocaria esta numa posição destacada no confronto com liberdade de imprensa.

⁽¹⁹⁵⁾ Assim, por exemplo, ANTONIO GARCIA PABLOS DE MOLINA, que escreve «Liberdade de expressão, honra e intimidade não são bens jurídicos homogêneos nem operam no mesmo nível. Cabem conflitos e colisões entre estes direitos fundamentais, mas não é possível estabelecer uma ordem apriorística e abstracta (...) o eventual conflito e a natureza da reacção jurídica não podem inferir-se sem mais de inexistentes princípios constitucionais, sem uma ponderação circunstanciada e realista da concreta colisão de direitos e interesses» cfr. *Libertad de Expression e Derecho Penal*, cit., pp. 216 e 217.

Ora, uma e outra das posições, assentam em postulados, que, como assinalam outros Autores, não encontram apoio na Constituição Espanhola (196). Não existe uma hierarquização de direitos fundamentais, constitucionalmente fundada.

Existe sim, o que é diverso, um limite expresso à liberdade de imprensa, que decorre do n.º 4 do art. 20.º, constituído pelo bem jurídico intimidade dos cidadãos.

Mas este limite, não é um limite absoluto. Como escreve MARC CARRILO, o direito a obter informações poderá ser justificável ainda que se revelem factos concernentes à vida privada «sempre que a revelação seja realizada por razões de autêntico interesse público ou de positivo bem social» (197).

Ou seja, a resolução de um eventual conflito entre ambos os direitos há-se ser feita por uma adequada ponderação de interesses tendo em consideração o caso concreto (198).

Num ponto, contudo, alguma doutrina espanhola salienta que só o exercício legítimo da liberdade de imprensa, pode justificar a cedência da intimidade perante ele. E esse exercício legítimo pressupõe a veracidade daquilo que se informa: só os factos e as informações verdadeiras é que podem cumprir a finalidade constitucional da liberdade de imprensa, que é, permitir e facilitar a vida social (199).

(196) Cfr. MARC CARRILO, *Los limites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 67. Em igual sentido negando a hierarquização dos dois direitos com base numa escolha apriorística, PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., p. 77 e 78.

(197) Cfr. *Los Limites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 69.

(198) Cfr. PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., p. 82.

(199) Cfr. MARC CARRILO, *Los Limites a la Libertad de Prensa en La Constitución Española de 1978*, cit., pp. 66 e segs; PILAR GÓMEZ PAVÓN, *La Intimidad como Objecto de Protección Penal*, cit., p. 85. Todavia, como já se viu, nem toda a doutrina espanhola adere a este ponto de vista. Veja-se ENRIQUE RUIZ VADILLO, que prefere falar em informação objectiva, e não necessariamente verdadeira, cfr. *Los Derechos Fundamentales a la libertad de expresión, a informar e ser informado y su incidencia en el campo juridico penal*, cit., p. 595.

Resta saber se existem critérios gerais para resolver os eventuais conflitos. Na ausência de uma formulação equivalente ao art. 80.º, n.º 2 do nosso Código Civil, a doutrina do país vizinho, sustenta que haverá que ter em conta alguns critérios:

- a) a personalidade ou transcendência pública da pessoa objecto da informação;
- b) o interesse científico ou cultural da informação emitida;
- c) o carácter lesivo para a reputação do indivíduo ou o ânimo informativo para revelar factos presumivelmente delituosos;
- d) que a informação afecte exclusivamente as actividades do sujeito realizadas em virtude da sua projecção pública ou que incidam sobre a sua intimidade; ⁽²⁰⁰⁾

Não repugna adoptar os pontos de vista antes expressos, a propósito da discussão à volta do art. 20.º da Constituição Espanhola, para o caso objecto deste estudo, com a única ressalva que se prende com o requisito da veracidade como elemento essencial para o exercício da liberdade de imprensa, em coerência com o que antes se escreveu.

De certo modo, o infundamentado de uma pretensa hierarquização entre liberdade de imprensa e vida privada, colhe-se melhor da CRP de 1976, que não considera esta última como limite expresso da primeira.

O que nos remete para a discussão acerca dos critérios de solução de conflitos entre os dois direitos.

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

Chegados a este ponto, é possível constatar, que, pese embora a liberdade de imprensa tenha como limite constitucionalmente

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. MARC CARRILO, *Los Limites a la Libertade de prensa en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 69.

autorizado a reserva da intimidade da vida privada e familiar, as situações de conflitos de direitos podem não ficar resolvidas pela mera aplicação dessa regra.

Em primeiro lugar, como se disse, «como não há direitos sem limites também não há limites ilimitados»⁽²⁰¹⁾.

A circunstância da intimidade da vida privada e familiar, constituir um bem jurídico cuja conformação depende da «natureza do caso» e das «condições das pessoas», deixa aberta a possibilidade de se tornar necessário, caso a caso, efectuar uma ponderação de valores que confira prevalência a um dos direitos⁽²⁰²⁾.

Essa ponderação não é, seguramente, o único critério de solução de conflitos.

A doutrina assinala, para além do critério da hierarquia, que já se viu, para o afastar, o da concordância prática. Por concordância prática entende-se, que em vez da unilateral valoração de um bem constitucional em desfavor de outro, que se proceda a uma optimização equilibrada e equalizante, de modo a assegurar a eficácia de ambos os bens em conflito⁽²⁰³⁾.

Os critérios da ponderação de interesses, valores ou bens e o da concordância prática, não se excluem necessariamente, desde, claro, se tenha em vista a ponderação em concreto e não a ponderação em abstracto, que no fundo acabaria por se reconduzir a uma «tirania de valores»⁽²⁰⁴⁾.

Ou seja pode tornar-se necessário recorrer à ponderação de interesses, se se revelar infrutífera uma tarefa interpretativa de concordância prática, entre dois direitos⁽²⁰⁵⁾. De resto, a concordância prática, tem, de alguma de forma, de apelar à ponderação de bens

⁽²⁰¹⁾ Cfr. AGOSTINHO EIRAS, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, Coimbra, 1992, pp. 104 e 105.

⁽²⁰²⁾ O critério da ponderação de valores, vem sendo adoptado entre nós por GOMES CANOTILHO *Direito Constitucional*, cit., p. 659 e por VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 222.

⁽²⁰³⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 199.

⁽²⁰⁴⁾ Ver sobre a ponderação de bens no caso concreto, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1987, p. 501.

⁽²⁰⁵⁾ Neste sentido AGOSTINHO EIRAS, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, cit., p. 108.

em conflito «que assim será uma primeira fase da ordenação dos interesses e da prossecução dos bens constitucionalmente previstos» (206).

No caso vertente, estamos perante, uma colisão entre dois direitos fundamentais (207).

Assim, a solução que decorre da Constituição, para tal conflito, sempre colocado no plano hipotético-abstracto, pode ser esquematizada do seguinte modo:

- a) a liberdade de imprensa, tem como limite, a reserva da intimidade da vida privada e familiar, a qual, como se viu, é tutelada quer pela lei penal quer pela lei civil;
- b) mas tal limite não é ilimitado;
- c) acresce que a conformação do direito à reserva da vida privada e familiar depende da natureza do caso e da condição das pessoas;
- d) ou seja, só perante o exercício concreto dos direitos por parte dos titulares se saberá, na impossibilidade da concordância prática entre ambos, qual dos direitos deve prevalecer e em que medida;
- e) a tarefa de ponderação e valoração de prevalência, a fazer perante o caso concreto, pode ser ilustrada da forma que se segue:

(D1 P D2) C

Ou seja o direito **(D1)** prefere **(P)** outro, perante as circunstâncias do caso **(C)** (208)

- f) esta ponderação, está, contudo, sujeita a determinados princípios. É seguro que tem de respeitar, no que toca ao direito restringido, o princípio da proporcionalidade, nos seus mais importantes corolários que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2,

(206) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. 200.

(207) O que afasta outros tipos de colisões possíveis, quer entre regras, quer entre princípios, quer entre bens jurídicos e direitos. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Colisão de Direitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, RLJ, n.º 3815, pp. 37 e segs.

(208) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 660.

2.^a parte), e não pode diminuir a extensão e o alcance do «conteúdo essencial» desse direito (art. 18.º, n.º 3 *in fine*).

Ora, um dos domínios onde a concordância prática e a ponderação de valores oferece mais utilidade, é nos casos em que o conflito entre liberdade de imprensa e vida privada, tem como sujeito titular do direito à reserva da intimidade, uma figura pública, designadamente um titular de um cargo político.

Trata-se de situações onde os elementos conformadores da reserva da intimidade da vida privada, a «natureza do caso» e as «condições das pessoas», são chamados a determinar uma redução no âmbito de protecção do direito, e eventualmente, a conferir prevalência à liberdade de imprensa.

4.3. A situação das chamadas «figuras públicas»

Uma das zonas mais controvertidas na resolução do conflito entre os dois direitos, é a que se localiza no ponto de intersecção entre a liberdade de informação e a privacidade das «figuras públicas», e nestes, dos titulares de cargos políticos.

Aparentemente, a questão dos titulares dos cargos públicos não se diferenciaria da das restantes «*figuras públicas*» ou das pessoas que por alguma razão se expõe publicamente.

Nestas últimas incluem-se os cantores, os escritores, os actores, etc.

A confirmar esse entendimento estão os Autores, que de uma maneira geral, falam em «personagens públicas» ou «figuras públicas», neles incluindo os «políticos» e as «vedetas», dando-lhes um tratamento uniforme em matéria de limitações ao direito à intimidade da vida privada.

Nestes casos, a protecção da intimidade seria restringida pela circunstância dessas pessoas procurarem e fomentarem o aparecimento e a divulgação de factos da sua vida privada.

Escreve, por exemplo, FARIÑAS MATONI:

«Haverá que rejeitar o «direito a uma protecção hipócrita da intimidade». (...) A pedra de toque para saber se existe uma

violação hipócrita com respeito à esfera da vida privada está em saber se há ou não conhecimento e consentimento expresso ou tácito da pessoa cuja intimidade é violada» (209).

Semelhante tese só em parte explica a singular posição dos titulares de cargos políticos, no conjunto das apelidadas «figuras públicas», no confronto entre a liberdade de imprensa e a privacidade.

Daí que nos pareça imprescindível distinguir, entre as chamadas figuras públicas, várias categorias, e entre elas, de forma muito particular, os titulares de cargos políticos, para o efeito da resolução, por parte do intérprete, ou do aplicador do Direito, dos conflitos de direitos que se possam criar.

Desde logo, parece de distinguir, numa primeira análise, três situações:

- a) as pessoas que exercem uma actividade pública e beneficiam dessa notoriedade;
- b) as pessoas sujeitas a processo judicial (partes, arguidos, ofendidos, testemunhas), em face do princípio da publicidade que vigora neste domínio;
- c) os titulares de cargos políticos.

Em qualquer destas situações, há argumentos importantes para defender que o âmbito de protecção do direito à intimidade da vida privada restringir-se-á no confronto com a liberdade de imprensa, por aplicação do critério da ponderação de interesses.

Contudo, semelhantes restrições não têm o mesmo alcance, e, sobretudo, não partem de idênticos postulados hermenêuticos.

Dir-se-á que em todos estes casos violar-se-ia o princípio constitucionalmente protegido da igualdade, já que a esfera de protecção da intimidade das pessoas variaria com a sua posição social, localizando-se aqui uma discriminação de ordem subjectiva.

Mas não parece que assim seja.

(209) Cfr. *El Derecho a la Intimidad*, cit., p. 44.

Desde logo, porque como antes se viu, ao estudar o âmbito do direito à reserva da intimidade da vida privada, as disposições do Código Civil (art. 80.º, n.º 2) que mandam atender, na definição da extensão da reserva, à natureza do caso e à condição das pessoas, não são inconstitucionais.

E é justamente com base nesses dois elementos, a *condição das pessoas* em primeiro lugar, mas também, à *natureza do caso*, que a categoria das chamadas «figuras públicas» encontra fundamento para a redução da sua esfera de privacidade ⁽²¹⁰⁾.

⁽²¹⁰⁾ Aparentado, por alguns autores, como situações que se prendem com a *natureza do caso* (cfr. RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, cit. p. 397) e por outros, como inserindo-se na problemática da *duração da protecção do segredo da vida privada* — ou seja o conflito entre a protecção da memória dos mortos e a liberdade do historiador e do crítico — (cfr. PAOLO CENDON, *Tutela della Vita Privata in Francia*, cit., p. 83), está a circunstância do historiador ou do jornalista se embrenhar na vida particular de personagens já falecidas, divulgando publicamente o resultado da sua investigação. Valerá a pena, pelo seu carácter histórico e pelo seu significado, registar os casos jurisprudenciais mais conhecidos sobre a matéria. São eles, por ordem cronológica, os casos BENJAMIN CONSTANT, GEORGES SAND e LAMBRAKIS. No primeiro, a decisão tomada pelo Tribunal de Paris, em 10/12/1850, após uma controvérsia relativa à publicação de cartas de BENJAMIN CONSTANT a Mme RÉCAMIER, foi no sentido de afirmar a prevalência do respeito pelo foro íntimo das personagens históricas, sobre os direitos da História sobre as mesmas. No segundo, ao invés, o Tribunal de Paris, em 1932, solicitado a intervir pela neta de GEORGES SAND, que se havia queixado contra o autor de um livro em que se relatavam, sem espírito malévolo, os vários amantes que a avó tinha tido em vida, considerou não haver violação da intimidade da vida privada. E, finalmente, o Tribunal de Grande Instância de Paris, em 1971, a propósito do célebre filme de COSTA GRAVAS, «Zeta», no qual se via em determinada cena, o deputado grego LAMBRAKIS, a entrar com uma senhora numa estalagem, e perante uma queixa da viúva de LAMBRAKIS, que invocou a violação da intimidade do seu falecido marido, decidiu, que, a vida e a morte de LAMBRAKIS pertencem à História política da Grécia e que a importância e a notoriedade dos factos relatados não autorizam os herdeiros a ficarem únicos possuidores deles. Em resumo, hoje a doutrina inclina-se para conferir a primazia à liberdade do historiador e do crítico, sobre a protecção da vida privada dos mortos, embora com alguns limites, inspirados, de resto, no regime legal do crime de ofensa à memória de pessoa falecida, (cfr. sobre este último MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, *Crime de Ofensa à Memória de Pessoa Falecida*, separata à *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50.º, III, Dezembro de 1990), limites esses que têm a ver com o período imediatamente seguinte ao falecimento, no qual se justifica prevaleça a reserva da intimidade da vida privada.

Mas, em segundo lugar, como adiante melhor se verá, uma apelidada figura pública é livre de, a qualquer momento, voltar à condição de cidadão comum, beneficiando assim da tutela que recai sobre a intimidade de qualquer pessoa ⁽²¹¹⁾.

Vejamos, pois, cada uma das situações.

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

Incluem-se nesta categoria um conjunto de cidadãos que exercem actividades de acrescida exposição pública, como os autores, artistas, intérpretes de obras musicais, dramáticas ou cinematográficas, campeões no desporto, etc.

Todos eles se tornam conhecidos pela sua forma de viver, pela popularidade de que disfrutam ou pelos feitos que conseguem. Fala-se, assim, na doutrina e na jurisprudência anglo-saxónica, em «*public figure*». De comum, todas elas têm a circunstância de, consciente ou inconscientemente, se exporem à publicidade, como escreve RITA AMARAL CABRAL ⁽²¹²⁾.

Ora, nestes casos, o público tem um interesse legítimo (*public interest*), em conhecer não só os aspectos públicos da sua actividade, mas também os aspectos da sua vida privada que são a expressão da sua actividade pública.

Ou seja, a parte da personalidade que contribui para a notoriedade da apelidada figura pública, pode ser objecto da investigação e posterior divulgação por parte dos *media* ⁽²¹³⁾.

Isto não impede, obviamente, que as «figuras públicas» tenham vida privada, e que, perante ela, a liberdade de imprensa deva ceder.

⁽²¹¹⁾ Esta questão não tem a ver, em rigor, com aqueloutra, que vimos antes, do titular do direito renunciar tácita ou expressamente à protecção constitucional que resulta do art. 26.º da C.R.P..

⁽²¹²⁾ Cfr. *O Direito à Intimidade da Vida privada*, cit., p. 394.

⁽²¹³⁾ Cfr. no mesmo sentido PIERRE KAYSER, *La Protection de la Vie Privée, Tome I (Protection du Secret de la Vie Privée)*, Paris, 1984, p. 171.

Aliás a grande maioria das decisões jurisprudenciais que constituem casos de escola nesta matéria, vão justamente no sentido de proteger a vida privada das figuras públicas ⁽²¹⁴⁾.

Não admira, aliás, que a grande maioria das decisões judiciais se refiram às vedetas do espectáculo, já que é justamente em relação a essas que o público mais se interessa por saber dos aspectos da vida privada, procurando a imprensa satisfazer esse interesse.

Assim, sem preocupações de exaustão, salientem-se alguns aspectos da vida privada das «figuras públicas» que os tribunais vêm entendendo que não devem ser divulgados pela imprensa. Desde logo, no que tange ao direito à imagem, várias são as decisões que entendem ser ilícita a tomada e reprodução de fotografias, encontrando-se a figura pública no seu domicílio, sem o consentimento desta (cfr. os dois casos referentes à actriz BRIGITTE BARDOT) ⁽²¹⁵⁾. O mesmo se diga da utilização não consentida da imagem de celebridades do mundo do espectáculo, para fins comerciais ou publicitários (cfr. os casos da cantora PETULA CLARK ou do actor JEAN CLAUDE BRIALY) ⁽²¹⁶⁾.

Têm também sido entendidos como fazendo parte da vida privada das «figuras públicas», o que afecta o corpo, nomeadamente as malformações ou a doença (cfr. o caso relativo ao tratamento por parte da imprensa, da doença de JACQUES BREL) ⁽²¹⁷⁾.

Outrossim a divulgação não consentida de aspectos da vida conjugal e extraconjugal, para além dos que resultam da publicidade legal dos actos de registo civil, tem sido entendida como contrária ao direito à intimidade da vida privada (cfr. a jurisprudência

⁽²¹⁴⁾ Cfr. no mesmo sentido MÁRIO RAPOSO, *Protecção da Intimidade da Vida Privada*, cit., p. 578.

⁽²¹⁵⁾ Cfr. *Trib. Gr. Inst. Seine*, 24/11/1965 e *Cour de Paris*, 23/2/1967, ambos citados em PAOLO CENDON, *Tutela della vita Privata in Francia*, cit., p. 84. Neste último acórdão escreve-se, dando razão à actriz BRIGITTE BARDOT, que toda a fotografia tomada num meio privado ou num meio público, fora das suas actividades públicas, carece de consentimento do próprio.

⁽²¹⁶⁾ *C. Paris*, 1/12/1965 e *Cass. Civ.*, 20/6/1966 referenciados em PAOLO CENDON, *Tutela della vita Privata in Francia*, cit., p. 84.

⁽²¹⁷⁾ Cfr. PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 155.

relativa aos casos TRINTIGNANT, BELMONDO, AGA KHAN e ROMY SCHNEIDER) ⁽²¹⁸⁾.

E finalmente, a jurisprudência tem também entendido que a divulgação, por via da imprensa, do pseudónimo de artistas, do seu domicílio, do seu número de telefone (quando este não conste da lista telefónica oficial ou para quem é conhecido do público apenas pelo pseudónimo) e a sua residência secundária, constituem violação da privacidade das «figuras públicas» (cfr. caso TENENBAUM) ⁽²¹⁹⁾.

Ou seja, o conteúdo essencial da intimidade da vida privada das «figuras públicas» não é posto em causa pela consideração inicial de que, nestas, a esfera de protecção da sua intimidade se reduz.

Resta saber se, quando uma figura pública autoriza tácita ou expressamente a divulgação de factos da sua vida privada, não estará a renunciar ao direito à reserva da intimidade da vida privada, passando a ser lícito, daí em diante, a devassa da sua privacidade.

Só que, tal tese, é juridicamente inaceitável. Quando uma pessoa consente expressa ou tacitamente na divulgação de um facto da sua vida privada, o alcance desse consentimento ou autorização é limitado aquele facto e a quem ele foi transmitido.

Ora, tal não autoriza a divulgação de outros aspectos da vida privada da apelidada «figura pública», posteriores, ou mesmo anteriores, aquele cuja divulgação foi consentida.

A jurisprudência francesa vai mesmo mais longe considerando que a tolerância de uma pessoa perante a imprensa, não faz presumir que a mesma tenha permitido definitivamente e sem res-

⁽²¹⁸⁾ Respectivamente *C. Paris* 17/3/1966, *Trib. gr. inst. Seine*, 3ème Ch, 13/3/1968, *Trib. gr. Inst. Paris*, 1ère Ch. 26/6/1974 e *Civ. 2*, 8/1/1981, todos citados em PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 158. Cfr. também GEORGES LEVASSEUR, «Crimes et délits contre les Personnes in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Nouvelle Série, 1972, n.º 2, Abril-Junho, p. 396, onde se relata um caso jurisprudencial relativo à divulgação da gravidez de uma vedeta de cinema americano, como exemplo de ofensa da reserva da intimidade da vida privada.

⁽²¹⁹⁾ *Paris*, 7ème Ch., 15/5/1970, citado por PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 158.

trições, a todos os periódicos, de juntar e reproduzir afirmações publicadas noutros jornais ⁽²²⁰⁾.

Beneficiando de um tratamento idêntico às chamadas figuras públicas, encontram-se aquelas que são objecto de interesse público por algum tempo, como as vítimas de um acidente ou as testemunhas de um facto relevante, a quem a doutrina anglo-saxónica apelida de «*simply famous people*» ⁽²²¹⁾ ⁽²²²⁾.

Este último caso, porém, aproxima-nos da segunda categoria de «figuras públicas», as «*justiciables*» como a doutrina francesa se expressa ⁽²²³⁾.

4.3.2. *As pessoas que participam num processo judicial* («Justiciables»)

Na generalidade dos países democráticos o princípio da publicidade dos actos processuais, é considerado como um dos elementos estruturantes do Estado de Direito Democrático.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu art. 10.º acolhe tal princípio, o mesmo fazendo no art. 6.º, §1 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁽²²⁰⁾ PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 172.

⁽²²¹⁾ Cfr. RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, cit., p. 395, nota (3).

⁽²²²⁾ Há também quem assimile às figuras públicas da categoria que vimos apreciando, os «*sobranos e os membros das famílias reais*», objecto frequente, na chamada imprensa sensacionalista, da divulgação de notícias sobre aspectos da sua vida privada. Cfr. PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 173. Haverá contudo de formular uma distinção entre os monarcas, titulares de cargos políticos, enquanto chefes de Estado e os seus familiares, que nos termos das normas de Direito Constitucional aplicáveis nos respectivos ordenamentos jurídicos, exerçam também funções ou cargos de natureza política, e os restantes membros das famílias reais. Estes últimos são efectivamente equiparáveis às restantes figuras públicas, dado que não são titulares de cargos políticos. Mas já não se vê razão para tratar diferentemente os Reis ou as Rainhas titulares de cargos políticos de uma monarquia, dos titulares de cargos políticos de um sistema de governo republicano, do ponto de vista das restrições à intimidade da vida privada.

⁽²²³⁾ Cfr. PIERRE KAYSER, *La protection de la vie privée*, cit., p. 174.

Em Portugal, quer no processo civil, quer no processo penal vigora, como regra, o princípio da publicidade dos actos processuais, designadamente, os que se desenrolam na fase do julgamento.

Todavia, a lei consagra várias e importantes excepções a esse princípio.

No processo civil, os processos pendentes ou arquivados, relativos à anulação do casamento, a divórcio, a separação de pessoas e bens, a impugnação da paternidade ilegítima, a procedimentos cautelares pendentes e a processos de falência em determinadas condições, são objecto de limitações expressas à publicação do seu conteúdo ⁽²²⁴⁾.

Trata-se de situações que decorrem claramente do propósito de proteger a reserva da intimidade da vida privada, das partes ou testemunhas, envolvidas no processo.

Ou como escrevia sugestivamente ALBERTO DOS REIS, a evitar «que se divulguem e assoalhem as misérias do lar» ⁽²²⁵⁾.

Também no actual Código de Processo Penal, se consagram excepções ao princípio da publicidade, genericamente designadas por segredo de justiça.

O regime relativo ao segredo de justiça — palco de importantes e nem sempre bem resolvidas situações de conflito com a liberdade de imprensa ⁽²²⁶⁾ — encontra-se fixado nos arts. 86.º a 88.º do Código de Processo Penal.

Daí resulta que, pese embora persista um largo espaço para a aplicação do segredo de justiça, cuja ampliação ou redução se encontram, em boa parte, nas mãos do juiz que preside ao julgamento, a publicidade dos actos processuais é a regra.

⁽²²⁴⁾ Cfr. arts. 168.º e 174.º do Código de Processo Civil.

⁽²²⁵⁾ Cfr. *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 2.º, Coimbra, 1960, p. 236.

⁽²²⁶⁾ Ver sobre o problema do direito de informação e o segredo de justiça, o nosso *Direito de Informação e Segredo de Justiça no Direito Português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51.º, Julho 1991, pp. 509-523. Em rigor a situação de conflito entre o direito de informação e o segredo de justiça em processo penal, configuraria o caso de uma colisão entre um direito fundamental e um ou vários bens jurídicos da comunidade, por exemplo, a eficácia da acção da justiça e a imparcialidade. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 657.

Registe-se, para o propósito do presente trabalho, que algumas das situações onde a lei impõe restrições ao direito de informação dos órgãos de comunicação social em processo penal —, através da «narração circunstanciada do teor de actos processuais» — têm como fundamento expresso a protecção da intimidade da vida privada dos cidadãos.

É o caso do art. 88.º, n.º 2, al. c), onde está proibida a publicação «por qualquer meio da identidade de vítima de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada antes da audiência ou mesmo depois, se o ofendido for menor de 16 anos», e o caso previsto no art. 87.º, n.º 3, onde nos processos por crime sexual que tenham por ofendido um menor de 16 anos, impera o segredo de justiça.

Todavia, fora das situações acabadas de descrever, onde, como se viu, o legislador processual penal procurou, em maior ou menor grau, proteger a intimidade da vida privada dos arguidos, prevalece o princípio da publicidade, o qual pela sua própria natureza, tem como resultado inevitável o abaixamento do «muro da vida privada».

Assinale-se ainda que a publicidade da justiça, como princípio geral, e como direito fundamental, com os contornos antes delineados, resulta extraordinariamente amplificada, quando conciliada com liberdade de imprensa.

A apelidada crónica judiciária, é um bom exemplo do que acaba de se dizer.

Ou seja, os cidadãos objecto de processo judicial, quer na qualidade de partes, quer na de arguidos, quer na de ofendidos, sofrem as limitações à reserva da intimidade da sua vida privada, que resultam da aplicação do princípio da publicidade da justiça articulado com a liberdade de imprensa. ⁽²²⁷⁾

⁽²²⁷⁾ O interesse legítimo geralmente invocado para reduzir a margem de protecção da vida privada das figuras públicas, é, reconheça-se, completamente distinto, do que se invoca para divulgar aspectos da vida íntima dos cidadãos com interesse num julgamento em Tribunal. A publicidade da justiça como requisito de uma justiça «justa», «rápida» e «eficaz», ou o interesse público relevante dos cidadãos serem informados pelos órgãos de comunicação social, é dificilmente compatível, por exemplo, com a divulgação de aspectos da vida sexual dos arguidos, dos ofendidos ou das vítimas.

4.3.3 *Titulares de cargos políticos*

Diferente é o fundamento para que no caso dos titulares de cargos políticos a reserva de intimidade da vida privada e familiar se veja reduzida ou comprimida em face da liberdade de imprensa. É certo que os políticos desempenham funções que os colocam na directa incidência do olhar do público, tal como os actores de cinema ou os grandes desportistas. Só que a natureza das funções exercidas —, funções públicas — é bem diferente das restantes figuras públicas.

É diferente porque, directa ou indirectamente, os políticos, numa democracia, representam cidadãos e buscam nestes a sua legitimidade.

É diferente, em segundo lugar, porque se ocupam de gerir e decidir acerca dos aspectos essenciais da vida em sociedade, em nome e no interesse dos restantes cidadãos.

Parece pois que, sobretudo no que concerne aos titulares de cargos políticos que decorrem directa ou indirectamente do voto (Deputados, membros do Governo, Presidente da República) a liberdade de informação incluirá tudo o que «na sua vida, antes da eleição, durante a campanha eleitoral e durante o exercício das suas funções, pode legitimamente exercer uma influência sobre o voto dos eleitores» (228).

Como escreve ROBERTO GOLDSCHMIDT:

«Um interesse legítimo da colectividade em conhecer factos da vida privada, existe, em particular, quando de tais factos podem resultar conclusões relevantes acerca da actuação da pessoa na sua esfera pública: v.g. certos acontecimentos da vida privada de um político podem originar dúvidas acerca da sua idoneidade ou moralidade para trabalhar na vida pública» (229).

Não se trata obviamente de um princípio imutável, mas sim de uma simples orientação que, deve ser casuisticamente avaliada

(228) Cfr. PIERRE KAYSER, *La Protection de la vie Privée*, cit., p. 170.

(229) Cfr. *La Protección jurídica de la vida privada*, in *Studi in Onore di Emilio Betti*, vol. V, Milão, 1965, p. 248.

pelo intérprete ou pelo aplicador do Direito, em obediência ao critério bastas vezes referido da ponderação de interesses.

Num ponto, porém, a doutrina parece estar de acordo: a divulgação de notícias sobre a intimidade dos políticos, apenas se justifica se as mesmas contribuírem para a formação da opinião pública. ⁽²³⁰⁾

No sentido de que a esfera de protecção da intimidade da vida privada é menos extensa nos titulares de cargos políticos, parece também encaminhar-se a nossa jurisprudência ⁽²³¹⁾.

Discute-se, por fim, se os candidatos a cargo electivos, embora de natureza não política, devem ou não beneficiar de um regime idêntico aos titulares de cargos políticos. Um dos exemplos que a doutrina dá, é o da ligação amorosa com o patrão, de uma candidata à comissão de trabalhadores da empresa. Em defesa da tese afirmativa, escreve-se que se bem que tal ligação pertença inegavelmente à esfera privada dos cidadãos, a sua divulgação pode contribuir legitimamente para pôr em causa a futura independência da sindicalista perante o patrão da empresa ⁽²³²⁾.

Em suma, as chamadas figuras públicas, e entre elas os titulares de cargos políticos, podem, em certas circunstâncias, por aplicação dos elementos conformadores do direito à reserva da intimidade da vida privada previstos no art. 80.º, n.º 2 do Código Civil,

⁽²³⁰⁾ Neste sentido veja-se ANTONINO CATAUDELLA, «Segreto, Privato e Cronaca» in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Maio-Agosto, 1983 n.ºs 5-6/7-8, p. 447.

⁽²³¹⁾ Cfr. sentença do 9.º Juízo Correccional de Lisboa (sem data) in *Tribuna de Justiça*, 1986, 23, p. 12, onde se pode ler que «o político, como qualquer cidadão, tem direito à reserva da vida privada como tem direito ao bom nome e reputação. Porém é menos extensa essa protecção». No mesmo sentido, veja-se CUNHA RODRIGUES, *Perspectiva jurídica da intimidade da pessoa* in *Jornal de Letras, Artes e Ideias*, 13/4/94, pp. 27 e segs.

⁽²³²⁾ Situação também discutida na doutrina, mas que só indirectamente se prende com o objecto deste trabalho é a de saber até que ponto a vida privada do funcionário público ou do servidor do Estado, pode ser investigada pelos *media* e posteriormente valorada pela Administração Pública para efeitos de disciplina e carreira desse mesmo funcionário. Cfr. ENZO BALOCCHI, «La rilevanza della vita privata del pubblico dipendente nel comportamento fuori servizio» in *Studi in Memoria di Carlo Esposito*, vol. I, Pádua, 1972, pp. 45-57.

e ponderando, de seguida, os interesses em jogo, ver a esfera de protecção da sua privacidade reduzida.

Em qualquer caso, a ponderação dos interesses, valores ou bens, não poderá conduzir à restrição do núcleo essencial do direito em causa, devendo sempre respeitar o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO IV CONCLUSÕES

Resta formular as conclusões de tudo quanto ficou dito. E estas podem sintetizar-se na forma que se segue:

- a) o propósito do presente trabalho foi o de conceptualizar as soluções e os métodos para solucionar um hipotético conflito, perspectivado perante um caso concreto, entre dois direitos fundamentais: a liberdade de imprensa e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (arts. 38.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da CRP 1976);
- b) para alcançar o resultado pretendido utilizou-se o seguinte procedimento metódico:
 - i) delimitação do âmbito normativo de ambos os direitos fundamentais;
 - ii) verificar se algum ou ambos os direitos são susceptíveis de limitações e qual a sua natureza;
 - iii) saber se apesar das eventuais restrições existentes, persiste uma margem maior ou menor de conflito entre ambos os direitos;
 - iv) determinar o critério ou o método para a solução do conflito, e aplicá-lo ao caso concreto;
- c) para auxiliar à determinação do âmbito normativo de ambos os direitos, pesquisou-se o direito comparado dos países mais próximos do direito constitucional português actual (EUA, França, Itália, Alemanha e Espanha) e, bem assim, o direito internacional (DUDH, CEDH e PIDCP);

- d) definiu-se a liberdade de imprensa, como um modo de ser qualificado da liberdade de expressão e do direito de informação, cujas dimensões mais relevantes são:
- i) a liberdade de expressão e o direito de informação através dos meios de comunicação de massa;
 - ii) a liberdade de expressão e criação dos jornalistas;
 - iii) o direito dos jornalistas intervirem na orientação editorial dos respectivos órgãos de informação;
 - iv) o direito dos jornalistas acederem nos termos da lei às fontes de informação;
 - v) o direito à protecção da independência e do sigilo profissional;
 - vi) o direito dos jornalistas elegerem conselhos de redacção;
 - vii) o direito de fundar jornais e quaisquer outras publicações;
- e) a imbricação entre liberdade de imprensa e direito de informação (direito de informar, de se informar e ser informado), permitiu-nos encarar este direito, simultaneamente como liberdade individual e como pressuposto da livre formação da opinião pública num Estado democrático;
- f) maiores dificuldades oferece a determinação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, quer pela impossibilidade em separar e definir, de acordo com critérios apriorísticos, o público e o privado ou o privado e o íntimo, quer pela indeterminação dos bens jurídicos incluídos na sua esfera de protecção;
- g) concluiu-se pela relatividade do bem jurídico intimidade da vida privada e familiar, cuja exacta conformação depende da natureza do caso e das condições das pessoas;
- h) não sem hesitações, atribui-se-lhe um conteúdo mínimo constitucionalmente relevante, associado à dignidade da pessoa humana e à liberdade e que caracterizamos pelo direito à solidão, ao recolhimento, à quietude, e pelo direito a excluir do conhecimento dos outros, certos factos ou actos;

- i) de qualquer modo, é possível configurar o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar na Lei Fundamental de 1976, como uma constelação de direitos: para uma eficaz protecção do bem jurídico intimidade da vida privada é necessário acumular, para além do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, o direito à imagem, o direito à palavra, o direito à identidade, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, os direitos de defesa contra o tratamento informático de dados;
- j) definidos os âmbitos normativos de ambos os direitos, constatámos que, em sede de restrições, a reserva da intimidade não admite qualquer limite expresso ou estabelecido por lei, mediante autorização constitucional, ao contrário da liberdade de imprensa, que compreende por via legal constitucionalmente autorizada, vários limites (arts. 37.º n.º 2, 26.º n.º 2 e 35.º, n.ºs 2 e 3);
- k) mas daí não decorre uma qualquer hierarquização de direitos que coloque a reserva da intimidade em primeiro lugar;
- l) ou seja, só perante o exercício concreto dos direitos por parte dos titulares, é possível, em caso de impossibilidade de concordância prática entre ambos, determinar qual deles deve prevalecer, e, em que medida;
- m) nessa tarefa, que tem necessariamente de fazer-se de modo a verificar qual dos direitos deve prevalecer, recorreu-se ao critério da ponderação de interesses e valores;
- n) a aplicação desse critério, deve obedecer ao princípio da proporcionalidade e não pode conduzir a um resultado que diminua a extensão e o conteúdo essencial do direito restringido;
- o) vimos por fim, um conjunto de situações onde os elementos conformadores «da natureza caso» e «condição das pessoas» do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, podem determinar, por aplicação do critério da ponderação de interesses e valores, uma redução da esfera de protecção desse direito: as chamadas «figuras públicas».

BIBLIOGRAFIA ⁽²³³⁾

- ALVAREZ, Carlos Lasarte, *Derecho a la Intimidación versus Libertad Informativa: La primacía constitucional de la intimidación* in *Tapia*, Maio-Junho, 1992, pp. 3-5.
- ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983.
- BALOCCHI, Enzo, «*La rilevanza della vita privata del pubblico dipendente nel comportamento fuori servizio*» in *Studi in Memoria di Carlo Esposito*, vol. 1, Padua, 1972, pp. 45-57.
- BARREIROS, José António, *Informática, Liberdades e Privacidade*, in *Estudos Sobre a Constituição*, 1.º Volume, Lisboa, 1977, pp. 119-141.
- BESSONE, Mario, «*Segreto della vita privata e garanzie della persona (Materiali per lo studio dell'esperienze francese)*» in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XXVII (1973), pp. 1130-1152.
- BONANNO, Giuseppe, *Diffamazione a mezzo stampa e limite del diritto di cronaca*, in *Rivista Italiana di Procedura Penale*, Ano 28.º, n.º 1, Jan.-Mar.
- BORTOLANI, Carlo, *Guida alla Costituzione (articolo per articolo)*, Bolonha, 1987.
- CABRAL, Rita Amaral, «*O direito à intimidade da vida privada*» in *Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha*, Lisboa, 1988, pp. 373-406.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, (2.ª edição) Coimbra, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Tópicos de um curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, Coimbra, 1990 (Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

⁽²³³⁾ Refere-se apenas a principal bibliografia utilizada neste trabalho.

- , *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.
- , *Direito Constitucional*, (5.ª edição), Coimbra, 1991.
- e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991.
- e ———, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, (3.ª edição), Coimbra, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco, *Diritto alla Vita privata (Contributo alla teoria della Libertá di Stampa)* in *Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei*, Vol. I, Pádua, 1958, pp. 139-152.
- CARRILLO, Marc, *Los Límites a la Libertad de Prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, 1987.
- CATAUDELLA, Antonino, «Segreto, Privato e Cronaca» in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto delle Obligazioni*, Maio-Agosto, 1983, n.ºs 5-6/7-8, pp. 429-447.
- CENDON, Paolo, «Profili della Tutela della vita privata in Francia» in *Rivista di Diritto Civile*, Ano XXVIII, n.º 3, Maio-Junho 1982, pp. 76-105.
- COLOMBO, Fausto, *Media e Privacy* in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Ano II, n.º 2, Maio-Agosto, 1990, pp. 207-214.
- CORASANITI, Giuseppe, *Diritto dell'Informazione*, Pádua, 1992.
- COSTA, Artur Rodrigues, «A Libertad de Imprensa e as Limitações decorrentes da sua função» in *Revista do Ministério Público*, Ano 10.º, n.º 37, pp. 7-31.
- CUPIS, Adriano de, *Direitos de Personalidade*, Lisboa, 1961.
- DIAS, Figueiredo, «Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguêsa» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 115.º, n.º 3698, pp. 134 e segs.
- EIRAS, Agostinho, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, Coimbra, 1992.
- EPSTEIN, Richard A., *Libertá di manifestazione del Pensiero e Tutela della reputazione. Una Critica di analisi economica del Diritto alla via americana* in *Rivista di Diritto di Informatica*, Ano III, Set. Dez., 1987, pp. 825-861.
- FERRI, Giovanni B., «Persona e Privacy» in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Janeiro-Abril, 1982, n.ºs 1-2/3-4, pp. 75-121.
- GANDOLFI, Maria Letizia Ruffini, *Mass media e Tutela dell'Identità Personale (Il problema nel Diritto Statunitense)*, Milão, 1987.
- GIAMPICCOLO, Giorgio, «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, pp. 431-447.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, «La protección de la vida Privada» in *Studi in Onore di Emilio Betti*, vol. V, Milão, 1962, pp. 235-255.
- KAYSER, Pierre, «Le secret de la vie Privée et la Jurisprudence Civile» in *Mélanges Offerts à René Savatier*, Paris, 1965, pp. 405-422.
- , *La Protection de la vie Privé (Tome I), Protection du secret de la vie Privée*, Paris, 1984.
- LEVASSEUR, Georges, «Crimes et délits contre les Personnes» in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1972, n.º 2 Abril-Junho, pp. 388-396.

- MAGALHÃES, José, *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, 1989.
- MARTIN, Lucien, «*Le secret de la vie Privée*» in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Ano 58.º, Abril-Junho, 1959, n.º 2 pp. 227-256.
- MATONI, Luis M.ª Fariñas, *El Derecho a la Intimidad*, Madrid, 1983.
- MATTIONI, Angelo, *Informazione e Riservatezza tra Convenzione Europea e Costituzione Italiana* in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Ano III, n.º 2, Maio-Agosto, 1990, pp. 227-242.
- MENDES, Castro, *Direitos, Liberdades e Garantias-alguns aspectos gerais*, in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º Volume, Lisboa, 1977, pp. 93-117.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I (4.ª edição), Coimbra, 1990 e Tomo IV, Coimbra, 1988.
- _____, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, (2 vols.), Lisboa, 1978.
- MOLINA, Antonio García-Pablos, *Libertad de expresión e Derecho Penal* in *AAVV, Libertad de Expresión e Derecho Penal*, Madrid, 1987, pp. 205-231.
- MORAIS, Isaltino, ALMEIDA, José Mário Ferreira de PINTO, Ricardo Leite, *Constituição da República Portuguesa, Anotada e Comentada*, Lisboa, 1983.
- MOREIRA, Vital, *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra, 1994.
- NABAIS, José Casalta, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1990 (Separata do vol. LXV (1989) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).
- NERSON, Roger, *La protection de la vie Privée en Droit Positif Français* in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 23.º, n.º 4, Oct.-Dez., 1971, pp. 737-764.
- PASQUERA, Filippo, «*Nouveaux horizons de la doctrine et la Jurisprudence em matière de respect de la vie privée*» in *Le Droit d'Auteur*, Ano 77.º, n.º 3, Março 1964, pp. 74-77.
- PAVÓN, Pilar Gómez, *La intimidad como Objecto de Protecção Penal*, Madrid, 1989.
- PINTO, Ricardo Leite, *Direito de Informação e Segredo de Justiça no Direito Português* in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51.º, Julho, 1991, pp. 509-523.
- PUGLIESE, Giovanni, «*Il Diritto «alla riservatezza» nel quadro dei diritti dela personalità*» in *Studi in Onore di Alberto Asquini*, IV, Pádua, 1965, pp. 1551-1578.
- RAPOSO, Mário, *Sobre a Protecção da Intimidade da Vida privada in Revista da Ordem dos Advogados*, 1972, 2.º semestre, Ano 32.º, pp. 572-592.
- RIGAUX, François, «*L'Elaboration d'un «Right of Privacy» par la jurisprudence américaine*» in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 32, n.º 4, Oct.-Dez., 1980 pp. 701-703.
- RIGOBELLO, Armando, *Informazione e Riservatezza come Valori*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Ano III, n.º 2, Maio-Agosto, 1990, pp. 215-226.
- ROCHA, Manuel Lopes, *Sobre o Direito de resposta na legislação portuguesa de imprensa*, Lisboa, 1985 (separata do B.M.J. n.º 346).
- RIVAS, Juan José González, VELASCO, Joaquín Huelin y Martínez e RODRIGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda (orgs.), *Constitución Española*, Madrid, 1988.
- ROGEIRO, Nuno, *Constituição dos EUA (Anotada e seguida de estudo sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos)*, Lisboa, 1993.
- SAULE, Maria Rita, «*Informazione e Privacy nel Diritto Internazionale*» in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Ano III, n.º 2, 1990, pp. 244-253.

- SEIFERT, Karl-Heinz e HOMIG, Dieter (org.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (2.ª edição). Baden Baden, 1985.
- SOSA, Nuno e. *A Liberdade de Imprensa*. Coimbra, 1984.
- SOSA, Rabindranath Capelo de. *A Constituição e os direitos de Personalidade*. in *Estudos Sobre a Constituição*. 2.º Vol., Lisboa, 1978, pp. 93-196.
- STROMHOLM, Stig. «*La vie Privé et des procédés Modernes de Communication en Droit Nordique*» in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 23.º, n.º 4, Out.-Dez. 1971, pp. 765-792.
- TORRE, Ignacio Verdugo Gómez de La. *La solución del Conflicto entre Libertad de Expresión y Honor en el Derecho Penal Español* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, 1989, pp. 263-275.
- VADILLO, Enrique Ruiz. *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 da Universidad Complutense de Madrid*, n.º 11, Junho, 1986, pp. 585-604.
- VARELA, Antunes. *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*. Coimbra, 1972.
- VÉLU, JACQUES. *Le Droit au respect de la vie Privée*. Namur, 1974.
- VERDOOT, Albert. *Declaración Universal de Los Derechos del Hombre (Nacimiento y Significación)*. Bilbao, 1970.