

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

LIBERDADE DE IMPRENSA E TUTELA PENAL DA PRIVACIDADE — A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

MANUEL DA COSTA ANDRADE

“O regime político que nós seguimos não inveja as leis dos nossos vizinhos, pois temos mais de paradigma para os outros do que seus imitadores. O seu nome é democracia (...) Participamos livremente na administração dos assuntos públicos, mas não escrutinamos com curiosidade e suspeição a vida particular dos nossos concidadãos, não os censuramos se fazem alguma coisa a seu bel – prazer nem lhes lançamos aqueles olhares de censura que, mesmo quando não ferem, estigmatizam.” – TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponese*. Livro 11, 37.

“Neste mundo desapiedado e devassado não há mais lugar para o sofrimento íntimo, recolhido, que os bichos ainda podem sentir na toca. Agora já ninguém é dono de si e do seu pudor. Somos públicos e baldios. À hora menos pensada, por artes do primeiro bisbilhoteiro profissional que nos saia no caminho, perdemos toda a densidade humana e ficamos espectrais e sem duração na leviana fugacidade de uma notícia.” – MIGUEL TORGA, *Diário*, XVI.

SUMÁRIO: I. Conflito e princípios de superação – II. A privacidade/intimidade como bem jurídico-penal – III. Tipicidade e ilicitude.

I. Conflito e princípios de superação

1. a) A privacidade/intimidade integra aquele universo de bens jurídicos – entre outros: honra, palavra, imagem, autodeterminação informacional – que, se caracterizam pela essencial e irreduzível “vinculação social” (*Sozialbezogenheit*) e são, por isso, portadores de uma “imaneente colisão de valores” (*immanenten Wertkolision*)¹. Trata-se, de bens

jurídicos que se realizam na comunicação intersubjectiva e no “contacto social”, em que a pessoa aspira a participar em liberdade e autonomia, sc., à margem de manifestações intoleráveis de heteronomia e coerção. Trata-se, por vias disso, de bens jurídicos cujo sacrifício ou lesão acontecem normalmente no ambiente do “contacto social” e sob a forma de actos de comunicação.

Estes atentados são frequentemente concretizados através da palavra, a “instituição das instituições” (BAPTISTA PEREIRA). Em termos tais que a sua punição acabará, não raro, por redundar em punição da palavra e da comunicação. De forma mais ou menos larvada, a criminalização neste campo pode acabar por ferir a raiz que, em última instância,

⁽¹⁾ Sobre a *vinculação social* e a *imaneente colisão de valores* destes bens jurídicos, A. ESER, *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Zürich, 1969, p. 47 e *passim*. Cf. ainda Th. LENCKNER, *Noll-GS*, 1984, p. 244 seg.

empresta significado, densidade axiológica e dignidade penal aos bens jurídicos em nome dos quais se pune. Uma consideração que ganhará em evidência à medida que, em vez da *conflitualidade vertical* entre a pessoa e o sistema social, subjectivizado por um poder político, mais ou menos legitimado, se privilegiar a *conflitualidade horizontal* entre pessoa e pessoa. Ou entre a pessoa e os singulares subsistemas, funções ou instituições do sistema social. Uma conflitualidade a que a descoberta da *eficácia exterior* (o *Drittwirkung* de que falam os autores e os tribunais alemães) dos direitos fundamentais veio emprestar densidade jurídica. Desde logo jurídico-constitucional. Já que os direitos fundamentais emergem como *imperativos de protecção* (*Schutzgebote*), o reverso necessário das *proibições de agressão* (*Eingriffsverbote*).

b) Entre a fenomenologia da conflitualidade precipitada pela projecção destes bens jurídicos pessoais no plano horizontal, avulta sobremaneira a colisão com o *exercício da liberdade de imprensa*. Desde logo, pela sua frequência e relevo prático-jurídico. Como DEGENHART recorda, “este conflito entre a tutela da personalidade e a liberdade de comunicação social configura a constelação problemática de maior relevo prático no desenvolvimento dos direitos da personalidade em geral”². Acresce a elevada complexidade dogmática com que esta conflitualidade desafia o intérprete e aplicador do direito.

A criminalização do chamado *abuso da liberdade de imprensa* tem subjacente uma conflitualidade raramente reconduzível à fórmula canónica correspondente à metáfora de LISZT, da espada de dois gumes: a protecção de um bem jurídico-penal à custa do sacrifício da liberdade — a liberdade do agente real a punir ou a

liberdade dos agentes potenciais a ameaçar.

A protecção jurídico-criminal de um qualquer bem jurídico pessoal (v.g., a privacidade) arrasta aqui o sacrifício, para além da *liberdade geral* que motivava já o cuidado de LISZT, da *liberdade de imprensa*, um direito fundamental de tão eminente como consensual dignidade. Acrescem, a desequilibrar a balança, os valores ou interesses directamente servidos pelo normal e livre exercício da liberdade de imprensa ou a ela incindivelmente associados. Também eles, não raro, valores de cúpula na ordenação axiológica de uma comunidade democrática. Tudo motivos de complexidade acrescida, mas cuja redução não reclamará, em qualquer caso, critérios ou princípios novos. Tudo estará em densificar o sentido e o espectro de exigências das categorias do discurso da criminalização, *maxime* a *dignidade penal* e a *carência de tutela penal*. Um jogo de pesos e contrapesos que há-de naturalmente induzir um estreitamento significativo do punível.

A complexidade e as dificuldades sobem exponencialmente de tom quando, para além disto, se constata que nem sempre é possível referenciar com segurança o alinhamento dos interesses e as fronteiras do antagonismo. É que, em vez de obedecerem sempre a um desenho linear, os interesses ou valores em colisão dispõem-se muitas vezes numa teia em que as linhas de afrontamento se cruzam e entrecruzam.

Daf a frequência com que a experiência quotidiana segrega constelações típicas de algum modo rebeldes ao enquadramento normativo segundo o modelo da tradicional ponderação de bens jurídicos. A criminalização pode, em concreto, consumir o sacrifício de bens iguais ou idênticos àqueles a cuja protecção ela está supostamente preordenada. Nem estará, inversamente, excluída a hipótese

⁽²⁾ Ch. DEGENHART, *JuS*. 1983, p. 362

de a redução ou exclusão do punível e, nesta medida, o aparente alargamento e reforço da liberdade de imprensa, resultar por seu turno em sacrifício ou ameaça dos valores ou interesses que, no fundo, dão suporte axiológico e legitimação ético-jurídica à liberdade de imprensa.

2. a) Nada mais ocioso do que enfatizar o significado da liberdade de imprensa no contexto de um Estado de Direito "baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular" (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa). De forma axiomática, a liberdade de imprensa emerge, ela própria, como um *direito fundamental* e (*hoc sensu*) como uma *instituição* – "uma instituição moral e política" na caracterização de COING³ – basilar e irrenunciável da sociedade democrática e do Estado de Direito. Ou, na caracterização intencionalmente carregada do Tribunal Constitucional Federal alemão, um "elemento essencial", "pura e simplesmente constitutivo"⁴ de um Estado assente na liberdade.

Esta dupla e cumulativa referência – pessoal-individual e comunitário-institucional – parece emprestar à liberdade de imprensa o estigma das duas caras de Jano. De todo o modo, é decididamente este duplo fim-de-protecção que o Tribunal Constitucional Federal atribui ao artigo 5 da Lei Fundamental, uma compreensão das coisas em que o aerópagos de Karlsruhe é acompanhado pela generalidade da doutrina. E não cremos que possa ser significativamente outro o sen-

tido a adscrever à liberdade de imprensa reconhecida e protegida pelos artigos 37.º e 38.º da Constituição da República portuguesa.

Trata-se, apesar de tudo, de um complexo problemático com implicações normativas e prático-jurídicas de tomo (em sede, v.g., de conflito, ponderação e limites), a reclamar, por isso, uma clarificação *per summa capita*.

Não cremos, com efeito, que hoje possa pertinentemente reeditar-se qualquer das concepções monistas da liberdade imprensa. Como aquelas que já fizeram história e que na sua versão ideal-típica tendiam a definir o indivíduo ou, no extremo oposto a comunidade (*rectius*, a sociedade organizada em estado democrático) como seu portador exclusivo.

A primeira teve uma trajectória sobreponível à da *Weltanschauung* liberal, tendo recebido do ideário iluminista e jusracionalista o pertinente suporte filosófico⁵. A liberdade de imprensa emerge, assim, como uma *liberdade da pessoa*, como dimensão autónoma do livre desenvolvimento da personalidade e, por vias disso, sistematicamente reportada ao *homem* ou ao *cidadão*⁶.

Diferentemente, já a segunda e alternativa concepção – que começou a ganhar vulto no imediato pós-guerra e graças

(3) *Apud* FIGUEIREDO DIAS, *RLJ* ano 115º (1982-83) p. 105.

(4) A expressão "*Wesenselement des freiheitlichen Staates*" consta, v. g., da decisão vertida pelo Tribunal Constitucional sobre o *Caso Spiegel* (05.08.1966). Cf. *NJW*, 1966, p. 1604. A fórmula "*schlechthin konstituierend*", pode, por seu turno, ler-se no aresto do mesmo Tribunal Federal sobre o *caso Lüth* (15.01.1958). Cf. *NJW*, 1959, p. 258.

(5) Para uma síntese histórica, cf. RIDDER, *Staatslexikon*, p. 648 et seq.

(6) Foi com este conteúdo e alcance que ela fez a sua aparição na plétora de documentos (*bills of rights*, Declarações de Direitos ou textos constitucionais) a que o iluminismo, o movimento de emancipação das colónias britânicas da América e a Revolução deram origem. Recordamos, por exemplo, que já o *Virginia Bill of Rights* (de 1776) estabelece (sec. 12) "that the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but by despotic governments".

sobretudo aos estudos de RIDDER⁷ — enfatiza o carácter *institucional* da liberdade imprensa, erigindo a sociedade democrática em portador. Segundo RIDDER, a liberdade de imprensa só releva no horizonte, para efeitos e em função do que designa por “*norma fundamental da liberdade público-institucional de expressão (Grundnorm der öffentlichen Meinungsfreiheit)*”.⁸ Isto a partir do postulado de que o Estado de Direito implica a participação colectiva na legitimação do exercício do poder político. Uma participação que terá de ser autónoma, livre e esclarecida reclamando, por isso, *uma liberdade de expressão pública* não controlada nem condicionada pelo próprio Estado. Resumidamente, a liberdade de expressão tem como fim de protecção esta liberdade de expressão pública. De modo substancialmente idêntico ao que sucede com os partidos políticos, como instâncias de polarização e irradiação de correntes de opinião pública.

Como HERZOG precisa, só uma compreensão atenta às “duas raízes”⁹ e ao contributo irredutível de qualquer delas pode ajustar-se ao sentido da liberdade de imprensa na experiência da moderna sociedade democrática. O facto de ela ter ganho uma dimensão e uma função novas no desenho da sociedade democrática não põe em causa a sua identidade genética. De forma apodíctica: a liberdade de imprensa começou por emergir — e continua a preservar esse estatuto na plenitude das suas implicações — como uma das estrelas maiores na constelação

dos direitos fundamentais. Direitos que “não podem ser encarados primacialmente como direitos-dever do indivíduo em relação à sociedade e ao Estado, mas antes (...) em conexão com o princípio da dignidade humana. Que é precisamente mais atingida quando a pessoa e os seus direitos são exclusiva ou prevalentemente sacrificados aos interesses da sociedade e do Estado, isto é são convertidos numa função (*umfunktioniert*) na direcção destes interesses”¹⁰.

É esta no essencial a lição que pode colher-se na jurisprudência relativamente constante e estabilizada do Tribunal Constitucional Federal alemão. Isto pese embora a frequência com que nos seus arestos abundam expressões como “instituto da imprensa livre”, “o instituto, imprensa livre”, “a independência institucional da imprensa (*institutionelle Eigenständigkeit der Presse*)”¹¹, a denotar um aparente privilégio da dimensão institucional. Nesta linha, o Tribunal chega mesmo a falar (decisão de 06.10.1959) da “garantia institucional da imprensa como um dos portadores e difusores da opinião pública no interesse de uma democracia livre”¹², associando-lhe o regime próprio de um direito fundamental. Apesar disto e ao mesmo tempo, não deixa aquele Tribunal de pôr em evidência o significado privilegiado da referência pessoal como uma das duas colunas sobre que assenta a liberdade de imprensa.

Como pode ler-se logo no *Lüth-Urteil* (15.01.1958), que viria a converter-se num dos mais marcantes *leading cases* da experiência jurídica germânica: “O direito fundamental de liberdade de expressão, como a mais directa expressão (*unmittelbarster Ausdruck*) da personali-

⁽⁷⁾ Cf., do autor *Staatslexikon*, p. 650 et seq.; “*Meinungsfreiheit*” in: NEUMANN/NIPPERDY/SCHNEIDER, *Die Grundrechte*. Bd. II, Berlin, 1954, p. 249 et seq.; JZ, 1960, p. 451 et seq.; JZ, 1961, p. 537 et seq.

⁽⁸⁾ RIDDER, “*Meinungsfreiheit*”, p. 257.

⁽⁹⁾ Cf. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, artigo 5.º, Rn. 6.

⁽¹⁰⁾ HERZOG, *ob. loc. cit.*

⁽¹¹⁾ Sobre estas expressões, cf. HERZOG, *ob. cit.* Rn. 14.

⁽¹²⁾ Apud, RIDDER, *Staatslexikon*, p. 650.

dade humana na sociedade, é um dos mais proeminentes direitos do Homem (*un des droits le plus précieux de l'homme* segundo o artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital. Ela é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade, *'the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom'* (Cardozo)¹³.

b) O estatuto de direito fundamental que assiste à liberdade de imprensa reflecte-se em aspectos decisivos do seu regime. De forma sincrética, *impõe limites aos limites a impôr à liberdade de imprensa*.

Naturalmente, nada menos adequado do que a representação da liberdade de imprensa como um direito ou valor absoluto e, como tal, invariavelmente legitimada a impor-se e sobrepor-se a todos os direitos ou valores. Este é, em definitivo, um atributo que a ordenação jurídica democrática não reconhece a qualquer direito. Em circunstâncias e sob pressupostos que caberá definir com o rigor possível, também a liberdade de imprensa terá, não raro, de ceder perante a salvaguarda de valores ou interesses pessoais.

Por outro lado, porém, o legislador (ordinário) não é inteiramente livre na definição, mesmo sob a forma de lei, dos limites ou balizas da liberdade de imprensa.

Deve considerar-se ultrapassado o entendimento que dominou a doutrina e a jurisprudência constitucionais durante a vigência da Constituição de Weimar. E

segundo o qual deveria interpretar-se o inciso do § 118, I daquela lei fundamental – “*nos limites da lei geral (innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetz)*” – no sentido de que a colisão e a possibilidade de ferir um qualquer bem jurídico seria bastante para ditar, sem mais, o recuo da liberdade de imprensa. “O que significaria (...), formulado de uma maneira mais cortante, que o direito fundamental da liberdade de expressão teria de ceder em caso de conflito com qualquer outro bem jurídico, por mais insignificante que ele fosse”¹⁴.

Um estado de coisas que se manteria até ao pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal sobre o *caso Lüth* (15.01.1958), que teve o efeito de uma ruptura e de afirmação de um novo paradigma na compreensão das relações entre a liberdade de imprensa e os bens jurídicos com que ela pode entrar em colisão.

Ainda em vias de decantação, o que podemos designar como o “paradigma do *Lüth-Urteil*” continua o seu curso à procura de uma versão estabilizada. Apesar de tudo, é já possível referenciar as linhas-mestras, que passam por duas ideias nucleares: o princípio do *efeito-recíproco* (*Wechselwirkung*) e o *princípio do efeito-de-irradiação* (*Ausstrahlungswirkung*). A liberdade de imprensa e os valores conflituantes não se perfilam numa relação estática, de fronteiras pré-determinadas e fixas. É o próprio relevo constitucional da liberdade de imprensa que condiciona o alcance em que os valores conflituantes a podem balizar. Por outro lado, as normas de direito (penal) ordinário que estabelecem limites à liberdade de imprensa estarão sempre “iluminadas com a luz da Constituição”¹⁵, devendo ser sempre interpretadas

⁽¹⁴⁾ HERZOG, *ibidem*, Rn. 251.

⁽¹³⁾ Cf. *NJW*, 1958, p. 258. Citações em francês e inglês segundo o próprio texto do *Lüth-Urteil*.

⁽¹⁵⁾ K. TIEDEMANN, *Revista española de derecho constitucional*, p. 149. Sobre os princípios do *efeito-recíproco* e do *efeito-*

a partir da tutela da liberdade de imprensa consignada na Constituição.

A doutrina do *Lüth-Urteil* veio influenciar decisivamente a experiência jurídica alemã que, no essencial, continua a prestar-lhe homenagem¹⁶. Não cremos, de resto, que possa fundadamente questionar-se a pertinência da impositação de fundo desta doutrina. *Maxime* na medida em que referencia no horizonte constitucional os princípios de um programa de política criminal para a área dos crimes cometidos através da imprensa. Na verdade, não poderá deixar de acompanhar-se e aplaudir-se o Tribunal Constitucional Federal quando se volta para a axiologia constitucional como fonte de “orientações e impulsos (*Richtlinien und Impulse*)”¹⁷ a que o discurso da criminalização terá necessariamente de ajustar-se¹⁸.

de-irradiação dos direitos fundamentais em geral, cf. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg*, 1993, p. 27; C.-W. CANARIS, *JuS*, 1989, p. 163 et seq. Para o domínio específico do direito penal, *maxime* na perspectiva da liberdade de imprensa, cf. TIEDEMANN, *ob. cit. passim* e E. BACIGALUPO, *Revista española de derecho constitucional*, 1987 p. 90 et seq; U. KLUG, *Oehler-FS* 1985, p. 397 et seq, *passim*.

(16) Isto sem prejuízo das críticas que desde cedo lhe foram movidas e em que avulta sobremaneira a denúncia dos vícios lógicos que inquinarão a teoria do *efeito-recíproco*, segundo o entendimento generalizado ferida de petição de princípio ou de *Zirkelschluss*. Sobre o tema, cf., por todos, BETTERMANN, *JZ*, 1964, p. 601 et seq. Para além disso, pode ainda questionar-se o acerto da concepção pressuposta pelo *Lüth-Urteil* quanto às relações entre a jurisprudência constitucional e ordinária.

(17) *NJW*, 1958, p. 258.

(18) Cf., neste sentido, desenvolvidamente, TIEDEMANN, *Verfassungsrecht*, p. 3 et seq.

Longe de se circunscrever à Alemanha, o eco da doutrina do *Lüth-Urteil* viria também a fazer-se ouvir na doutrina e na jurisprudência dos sistemas jurídicos que mantêm mais ostensivos pontos de contacto e de comunicação com o direito alemão.

Exemplares a este propósito os desenvolvimentos mais recentes ocorridos na Espanha, sob o estímulo e a liderança do Tribunal Constitucional, a que ficaram a dever-se uma série de pronunciamentos que não custará a ler como réplicas do pensamento que animou a citada decisão do seu homólogo de Karlsruhe. Assim, em decisão de 12 de Dezembro de 1986 proclama o Tribunal Constitucional espanhol: “o artigo 20.º da norma fundamental – homólogo do artigo 5.º da lei constitucional de Bona – para além de consagrar o direito à liberdade de expressão e a comunicar ou receber livremente informação verídica, garante um interesse constitucional: a formação e existência de uma opinião pública livre, garantia que se reveste de uma especial transcendência já que, por ser uma condição prévia e necessária para o exercício de outros direitos inerentes ao funcionamento de um sistema democrático, se converte por sua vez, num dos pilares de uma sociedade livre e democrática”.

3. Já em si e de per si, a liberdade de imprensa configura um dos mais proeminentes direitos fundamentais reconhecidos e protegidos pela Constituição. Acresce que o seu exercício está normalmente comprometido com a salvaguarda, promoção e prossecução de valores ou interesses de não menos inquévoca dignidade. O que à partida e em caso de conflito empresta à liberdade de imprensa aquela “*posición preferente*” que colhe, *v.g.*, o apoio do Tribunal Constitucional espanhol¹⁹.

(19) Sobre esta *posición preferente* no contexto da experiência jurídica espanhola, cf.

a) Alguns destes valores – que integram a chamada *terceira dimensão* (GRIMM) da liberdade de imprensa – fazem parte do halo axiológico da liberdade de imprensa. Como acontece, no plano individual, com a liberdade de expressão de que constitui mediador (e amplificador) privilegiado. E no plano comunitário com a formação (e permanente renovação e vivificação) de uma opinião pública como seu único mediador eficaz.

Como de todos os lados se reconhece, o confronto livre e aberto de ideias é um “meio indispensável à clarificação racional das representações colectivas e a uma composição racional e consensual de interesses”²⁰. Emprestando ao sistema social a indispensável legitimação – a *legitimação pelo processo* (LUHMANN) – a discussão pública desempenha, “uma importante função de coesão social”²¹.

Acolhendo-nos mais uma vez à lição do Tribunal Constitucional Federal alemão, agora e concretamente à doutrina do *caso Spiegel* (05.08.1966): “Constantemente chamado a tomar decisões políticas, o cidadão tem de estar completamente informado, conhecer as opiniões dos outros e estar em condições de as confrontar criticamente. Ora, é precisamente a imprensa que mantém esta permanente discussão em acção. Produz as informações, toma ela própria posição sobre as questões e actua, por isso, como força orientadora dos debates públicos. É nela que se articula a opinião pública e os argumentos se clarificam na

dialéctica dos discursos e contra-discursos, ganhando contornos claros e facilitando o juízo e a decisão do cidadão”²².

Por outro lado, a imprensa funciona como instância de ligação e controlo entre o povo e os representantes eleitos, assegurando a transparência dos estados e movimentos da opinião pública, mediatizando, por isso, decisões políticas atentas às representações e aspirações colectivas²³.

b) As transformações registadas no seio da sociedade moderna e na experiência do Estado social vieram tornar as considerações expostas particularmente impressivas. Como, dando-se conta destas transformações assinala BENDA, a acção política reivindica-se cada vez mais dos créditos técnico-científicos. Coisa de iniciados, a decisão política é cada vez mais privilégio de estruturas burocráticas, ganhando progressivamente distanciação e opacidade em relação ao cidadão comum. Isto ao arrepio do “ideal democrático que reclama necessariamente a escolha entre várias alternativas concorrentes e com iguais oportunidades. Só que hoje é cada vez maior a tentação para a imposição de apenas uma das soluções, porque cientificamente sustentada. Ora, quando à partida há só uma verdade, não tem sentido discutir as alternativas”²⁴. Enquanto isto, aumentam exponencialmente os “armazéns” de informação (e por vias disso de controlo e de poder) sobre os cidadãos ao dispor do Estado social.

“Enquanto cresce a controlabilidade dos cidadãos, a burocracia torna-se cada vez mais incontornável” (BENDA)²⁵. Neste quadro, só a imprensa livre emerge como instância de actualização da

v.g., BERDUGO DE LA TORRE, *BFDC*, 1989, p. 267.

(20) R. ZIPPELIUS. *Hubmann-FS*. 1985. p. 516.

(21) R. ZIPPELIUS, *ibidem*. Sobre a teoria da *legitimação pelo processo*, especialmente ao nível do sistema político democrático, cf. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, 1993, p. 137 et seq.

(22) Cf. *NJW*, 1966, p. 1604.

(23) *Id. ibidem*.

(24) E. BENDA; W. Geiger-*FS*. 1974, p. 23/4.

(25) E. BENDA; *Idem*, p. 24.

opinião pública e, para além disso, como salvaguarda da dignidade humana. Que reclama a possibilidade de participação livre e esclarecida nas decisões sobre a coisa pública.

c) Noutra perspectiva, a liberdade de imprensa pode contribuir para assegurar a transparência da administração pública, a promoção e divulgação dos valores estéticos, científicos e culturais ou a preservação do património natural ou artístico. Como pode ter um papel insubstituível na denúncia da discriminação, atentados e maus tratos contra grupos menos protegidos ou na descoberta e prevenção de fenómenos sociais negativos como a corrupção. Uma consideração das coisas que, a seu tempo, levava já PAULUS a sustentar: "*eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum et aequum, ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire*"²⁶.

4. a) Mas há o outro lado das coisas. A começar, não pode desatender-se o facto óbvio de o desempenho da liberdade de imprensa só ser frequentemente possível à custa do sacrifício de bens jurídicos pessoais, correspondentes a outros tantos direitos fundamentais e, como tais, também eles instituições basilares e irrenunciáveis da organização democrática. Mais uma vez: a honra, a privacidade, a intimidade, o segredo, a palavra, a autodeterminação informacional ou até o direito à ressocialização. Na certeza de que os atentados levados a cabo através da imprensa podem desencadear efeitos particularmente devastadores e irreversíveis sobre os bens jurídicos atingidos. Como nesta linha, e a propósito das constelações mais extremadas refere OSSENBÜHL: "Numa inextrincável mistura de afirmações de facto e de juízos de valor ele vê a sua

vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassinio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas consequências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora directa da tortura medieval. Em qualquer dos casos é irrecusável o seu *efeito-de-pelourinho*"²⁷.

b) A comunicação (social) em que se actualiza a liberdade de imprensa pode ainda projectar-se em efeitos negativos e indesejáveis sobre outra dimensão da comunicação: a comunicação humana originária, directa, face-a-face, entre cada um e os "outros significantes" no ambiente das suas emoções e encantamento. Precisamente aquela comunicação cuja raiz se confunde com o étimo antropológico e irreduzível da pessoa.

Compreende-se, assim, a necessidade de preservar e proteger a inocência e a

(27) F. OSSENBÜHL, *JZ*, 1995, P. 634. No mesmo sentido, M. KRIELE, *NJW*, 1994, P. 1897 et seq. Do lado da jurisprudência, e reportando-se concretamente à televisão, cf. v.g. o aresto do Tribunal Constitucional Federal sobre o *caso Lebach*. *NJW*, 1973, P. 1231. Trata-se, aliás, de agressões tanto mais gravosas "quanto maior for a audiência dos Media" (ZIPPELIUS). É a esta particular danosidade social do ilícito criminal cometido através da imprensa que a generalidade das legislações procuram fazer face com a agravação das penas cominadas. Isto na esteira de uma tradição com precedentes já no direito romano. Que adscrevia a qualificação da *atrocitas* às *injuriae* levadas a cabo nos lugares públicos, em relação aos quais os meios de comunicação de massas aparecerão como o sucedâneo mais óbvio no contexto da experiência contemporânea. De acordo com as fontes, "*atrox injuria aestimatur (...) vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro injuria facta sit*". Cf. REIN, *op. cit.* p. 366

(26) Cf. W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, Aalen 1962, p. 367.

autenticidade da comunicação, à margem da alienação e da coerção. Um valor cujo significado vem sendo particularmente posto a descoberto pela teoria da acção comunicacional de HABERMAS²⁸. E que a comunicação social pode pôr em causa, pela utilização abusiva e sem restrições de processos de reificação e manipulação heterónoma da imagem, da palavra. da representação da vida pessoal, etc.

c) Impressivo o facto de o exercício da liberdade de imprensa resultar, não raro, em sacrifício da mesma liberdade de imprensa.

Num mundo cada vez mais dependente da informação e da sua circulação, também a vida da imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho etc.) constitui matéria interessante e recorrente de notícia, análise e crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas pertinentes à área da comunicação social. E confrontar o direito – e o direito penal, em particular – com manifestações de conflitualidade entre liberdade de imprensa e liberdade de imprensa.

É o que comprova a frequência com que na teia dos tribunais criminais os papéis de acusado e ofendido são simultaneamente ocupados por pessoas da imprensa. E que assumem o estatuto jurídico-processual precisamente por causa da sua pertinência, a diferentes títulos, ao sistema da imprensa.

Exemplar a este propósito a lição deixada pelo *caso Wallraff*, tratado pelos tribunais alemães e que levou o Tribunal Constitucional a proclamar que “o direito fundamental de liberdade de imprensa garante também a *confidencialidade do trabalho da redacção dos jornais e revistas*” (25.01.1984).

d) Convirá ainda ter presentes as sequelas das transformações a nível da organização empresarial que hoje suporta a liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa é “cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou de grupos de interesse”²⁹. As empresas de comunicação social tendem a integrar grupos económicos de grande escala, numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal dos mercados. Tudo com reflexos decisivos: na direcção do poder político, da actividade jornalística e das pessoas concretamente atingidas.

Desde logo, alteraram-se as linhas da polaridade entre a imprensa e o Estado. A liberdade de imprensa fez a sua entrada na história prevalentemente, se não mesmo exclusivamente, como *Abwehrrecht* face ao arbítrio do poder político. Hoje, também o poder político terá de cuidar da salvaguarda da integridade da sua legitimação face ao “poder” da imprensa. Como, dando-se conta das “novas fronteiras entre a liberdade de imprensa e o Estado” observa OSSENBUHL: “Hoje não são tanto os *media* que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos *media*”³⁰.

As mudanças são igualmente sensíveis na direcção da actividade jornalística, onde induzem novas linhas de conflitualidade entre a liberdade de imprensa (que se actualiza naquela actividade) e a liberdade de imprensa (que se concretiza na organização empresarial).

(28) Cf., sobretudo, HABERMAS, *Theorie, passim*.

(29) VITAL MOREIRA, *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra, 1994, p. 9.

(30) F. OSSENBUHL, *JZ*, 1995, p. 636.

Também não pode desatender-se a desproporcionada *desigualdade de armas* entre a comunicação social e a pessoa, sempre colocada numa situação de desvantagem. Também este um dos sintomas da complexidade que as transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social, em geral, como no sistema da comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar.

Os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autónomos, obedecendo a “políticas” próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as “irritações” do ambiente, designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo.

A este propósito, GADAMER fala mesmo de “violência”. A violência de uma opinião pública administrada pela “política” da comunicação de massas e actualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se nem, minimamente, condicionar³¹. A informação — explícita o autor — já não é directa mas mediatizada e não veiculada através da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão selectivo: através da imprensa, da rádio, da televisão. Certamente, todos estes meios são controlados nos Estados democráticos através da opinião pública. “Mas sabemos também como a pressão objectiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a possibilidade dos controlos. Com outras palavras: exerce-se violência”³².

5. As considerações expostas assinalaram alguns tópicos que permitirão actualizar a consciência da complexidade extremada com que os conflitos entre liberdade de imprensa e bens jurídicos-pessoais confrontam tanto o legislador penal, como o intérprete e o aplicador do direito.

E face à qual mesmo axiomas basilares e tão estabilizados como o imperativo *in dubio pro libertate* perdem muita da sua fecundidade heurística. Isto porquanto a escolha será aqui sempre e inevitavelmente contra a liberdade. É que, de um lado, está aquela liberdade geral, que em princípio faz resistência à criminalização de condutas. A que acresce a liberdade de imprensa (e as liberdades que ela mediatiza e actualiza) a merecer protecção mesmo contra as formas mais subtis de auto-censura. Do outro lado, estão as liberdades correspondentes a bens jurídicos como a privacidade/intimidade.

6. a) Tudo, se conjuga assim, no sentido de a *fragmentaridade*, conatural ao direito penal, ganhar aqui uma expressão reforçada. Uma fragmentaridade acrescida que tanto pode actualizar-se em sede de tipicidade, sob a forma de redução da área de tutela típica consignada à *privacidade/intimidade*, como em sede de ilicitude, alargando-se, em número e alcance justificativo, o espectro das derimentes.

São, a começar, conhecidas as categorias e princípios que polarizam e sustentam o discurso da criminalização. Categorias que, por sobre corresponderem a consensos comunitários basilares e generalizados, contam com expresse sancionamento constitucional. E que, do mesmo passo que legitimam materialmente o recurso às sanções criminais, como superação contrafáctica dos conflitos sociais, lhe adscrevem e prescrevem limites tão consistentes como incontornáveis.³³ E em que avultam a *dignidade penal* e a *carência de tutela penal*, dois princípios que configuram outras tantas marcas da ilicitude penal,

(31) H. G. GADAMER, *Elogio de la teoria*, Barcelona, 1993 p. 115 et seq.

(32) VITAL MOREIRA, *op. cit.* p. 33.

(33) Sobre o tema, MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt, 1973; Dreher-FS, 1977, p. 97 e segs; C. CUNHA, *Constituição e Crime*, Porto, 1995, *passim*.

que a distinguem e contrapõem em relação às demais manifestações de antijuridicidade.³⁴

É o respeito destas exigências que acaba por prevenir o perigo “hipertrofia da punibilidade” (SCHÜNEMANN) para que propenderia um direito penal que erigisse a protecção do bem jurídico em critério exclusivo e esgotante da conformação e da interpretação da norma incriminatória.

Hoje, resulta particularmente óbvia a advertência de WELZEL, segundo o qual o direito penal não pode encarar os bens jurídicos como “peças de museu, zelosamente guardadas em vitrinas, fora do alcance de influências lesivas e só acessíveis ao olhar dos espectadores”. A realidade social do direito, é outra: “só há bens jurídicos se e na medida em que estão-em-função, isto é, em que se inserem na vida social provocando e sofrendo efeitos. A vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc., não estão pura e simplesmente aí, antes o seu estar-aí (*Dasein*) é um estar-em-função, desencadeando e suportando efeitos na vinculação social.”³⁵

Louvando-se expressamente da lição de WELZEL recorda JAKOBS que não há bens jurídicos que gozem de uma tutela penal absoluta. A sociedade e o direito não são instâncias pura e simplesmente votadas à preservação e maximização dos bens jurídicos. “O que está em causa é antes o sacrifício de bens jurídicos para tornar possível o contacto social, também ele reconduzível à categoria de bem jurídico. Saber que riscos pode suportar um bem jurídico no contacto social sem desencadear a protecção penal é o que não pode fazer-se decorrer, sem mais, dos bens ju-

rídicos coenvolvidos no contacto social (...) As normas não podem proteger um bem jurídico contra todos os riscos, mas apenas contra os que não são consequência necessária do contacto social permitido. O que a doutrina do bem jurídico só por si não pode definir é o que é um contacto social permitido.”³⁶

b) As considerações enunciadas ganham em pertinência face ao problema da protecção jurídico-penal de bens jurídicos como a honra, a privacidade/intimidade, a palavra e a imagem. Sobre tudo quando aquela protecção é feita à custa da criminalização do exercício da liberdade de imprensa.

Desde logo, por força da singularidade do conflito que opõe a liberdade de imprensa àquele universo de bens jurídicos. Um conflito entre valores de igual dignidade pessoal, comunitária e institucional, porque aberto entre direitos fundamentais. E que coloca o legislador (penal) numa situação de antinomia: só pode honrar o dever de protecção (*Schutzpflicht*) de direitos fundamentais, sacrificando o dever de defesa contra agressões (*Eingriffsabwehr*) reivindicada por outros direitos fundamentais.³⁷

c) Para além disso, a contenção do legislador é reclamada por razões de política criminal especificamente atinentes aos bens jurídico-penais a proteger. Temos fundamentalmente em vista, para além das já citadas *teoria do efeito-recíproco* dos direitos fundamentais e *estrutura axiológico-material* dos bens jurídicos, a *redução vitimológica* da pertinente área de tutela.

(36) G JAKOBS, *Strafrecht*, At, Berlin. 1992, p. 45.

(37) Sobre a antinomia entre o *Schutzpflicht* e o *Eingriffsabwehr* de direitos fundamentais em conflito, desenvolvimente, R. OETER, *AöR*, 1994, p. 529 e segs; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1994, p. 410 et seq.

(34) Para uma maior aproximação. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *RPCC*, 1994, p. 337 et seq; COSTA ANDRADE, *RPCC*, 1992, p. 173 et seq.

(35) H. WELZEL, *ZStW*, 1939, p. 314/5.

Recorda-se que a chamada *vitimodogmática* fez o seu aparecimento a partir da segunda metade dos anos setenta,³⁸ agitando como bandeira a necessidade de dar expressão dogmática à (co-)responsabilidade da vítima pela integridade dos bens jurídicos de que é portadora. Trazendo consigo uma nova repartição dos custos e dos riscos (entre o autor e a vítima), ela aponta invariavelmente para uma redução da responsabilidade criminal do agente.

Na interpretação de SCHÜNEMANN, o princípio vitimológico valerá hoje como uma das “máximas mais importantes da legislação penal.”³⁹ O seu desenvolvimento doutrinário e o rastreio do espectro das suas implicações prático-jurídicas persiste, por isso, como “uma das tarefas dogmáticas mais importantes das próximas décadas.”⁴⁰

O princípio vitimológico valerá fundamentalmente como expressão – ou ao menos como a “concretização mais importante” (SCHÜNEMANN) – do princípio de subsidiariedade ou de *ultima ratio*. Acolhendo-nos ainda à síntese de SCHÜNEMANN: “Se o direito penal é subsidiário em relação a todas as demais formas jurídicas de protecção de bens jurídicos, então isso tem de começar por valer logo em relação às formas possíveis e exigíveis de auto-tutela por parte da vítima potencial.”⁴¹ Onde ressalta, como corolário, “o princípio de que só podem subsumir-se na factualidade típica as acções que ultrapassem os meios de auto-tutela possíveis e exigíveis da vítima potencial.”⁴²

Embora com a pretensão de valer como princípio geral de interpretação, redução teleológica do tipo e exclusão da ilicitude, a verdade é que a perspectiva vitimodogmática se tem privilegiadamente circunscrito a duas grandes áreas: a *Burla* (e mais precisamente o elemento típico *erro*)⁴³ e incriminações como: devassa da vida privada, violação de segredo e gravações e fotografias ilícitas. Entre os estudos pioneiros de vitimodogmática avultam precisamente as investigações de SCHÜNEMANN sobre a devassa da vida privada.⁴⁴

Não se antolha fácil antecipar com segurança o lugar que a doutrina geral do ilícito penal virá a reservar ao pensamento vitimodogmático. De qualquer forma, se há domínio em que a sua fecundidade heurística e adequação político-criminal se mostram evidentes e consensuais, é seguramente o dos crimes contra a privacidade/intimidade. Para além de o pensamento vitimológico estar geneticamente associado a estes crimes, é invariavelmente a eles que os seus defensores recorrem para efeitos de ilustração e de argumentação.

Significativamente, mesmo os autores mais adversos da vitimodogmática como perspectiva geral, não deixam de reconhecer a sua pertinência e acerto, na área circunscrita destas infracções. É o que

(38) Para uma informação mais aturada, cf. TH. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, *passim*.

(39) SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, p. 32.

(40) SCHÜNEMANN, *Bockelmann-FS.*, 1979, p. 130.

(41) SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, p. 32.

(42) SCHÜNEMANN, in: SCHNEIDER, (Herausg.), *Das Verbrechensopfer in Strafrechtspflege*, Berlin, 1982, p. 412.

(43) Isto a partir do estudo de K. AMELUNG, GA, 1977, p. 1 et seq. e, sobretudo, da investigação monográfica de R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1980. A que se seguiu uma série já incontrolável de trabalhos, com destaque para o de F. J. KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt, 1984.

(44) SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, *passim*. Como AMELUNG recorda os crimes contra o segredo e a privacidade configuram um dos campos privilegiados e conaturais da vitimodogmática. Cf. GA, 1981, p. 579 et seq.

bem documenta a posição assumida, v.g., por LENCKNER. O autor começa por recensar, em termos abertamente críticos a perspectiva vitimodogmática, estigmatizando-a como proporcionando “um clima social em que cada um – *homo lupus homini* – vê no outro um inimigo”.⁽⁴⁵⁾ Para imediatamente, e reportando-se a incriminações que contendem com a privacidade e o segredo, acrescentar: “Evidentemente, isto não significa que não haja elementos da factualidade típica vitimologicamente cunhados e que o princípio da auto-responsabilidade do portador do bem jurídico não possa também ter um papel decisivo na determinação da extensão dos tipos legais de crime em sede de interpretação da lei. Só que, mesmo aí, não se trata de um autónomo princípio (vitimodogmático) de redução do tipo, mas do problema geral da interpretação teleológica, onde, em concreto, os aspectos vitimológicos podem também assumir relevo.”⁽⁴⁶⁾

Para além disto, cremos serem óbvias as razões que explicam a abertura destas incriminações ao pensamento vitimodogmático. Que pode fazer curso sob designações concorrentes, designadamente a título de *Handeln auf eigene Gefahr*. De uma forma ou de outra, trata-se sempre de dar expressão ao axioma segundo o qual “a concretização dos deveres constitucionais de protecção depende tanto da natureza e dignidade dos bens jurídicos arneçados, da intensidade das ameaças como das possibilidades de auto-tutela do (portador) ameaçado” (CANARIS)⁽⁴⁷⁾. Ora, dificilmente se encontra-

rão bens jurídico-penais que possam contar com tão extensas e consistentes alternativas de auto-tutela.

A exposição ao escrutínio e devassa, nomeadamente por parte da imprensa, depende fundamentalmente do estatuto, da postura e do comportamento de cada um. Que pode conduzir-se sob o manto do anonimato que é apanágio do cidadão comum. Ou mover-se no círculo dos que fazem a história do seu tempo ou a ela, em qualquer caso, privilegiadamente pertencem: é o que, com a plasticidade da lei alemã se designam como *personas da história do seu tempo* (*Zeitgeschichte*).⁽⁴⁸⁾ Tanto em sentido *absoluto* (protagonistas da vida política, cultural, desportiva, artística, económica, etc.) e como tais permanentemente expostas à curiosidade e interesse públicos; como em sentido *relativo*, sc. *ex vi* da participação activa ou passiva (agentes ou vítimas de crimes, de acidentes ou catástrofes, ganhadores de lotarias, etc.) em eventos de interesse público e só *nesta medida* expostas à curiosidade e interesses (legítimos) do público.

II. A privacidade/intimidade como bem jurídico-penal

7. a) A *privacidade* corresponde à necessidade de entrincheiramento do homem contemporâneo nos espaços de acção e interacção pessoais, densificados de “encantamento” e emoção e sem directa valência sistémico-social.

(45) Cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Rn. 70b antes do § 13.

(46) *Id. Ibidem*. No mesmo sentido e advogando limites à tutela penal da honra “por razões que radicam no próprio portador do bem jurídico”, LENCKNER, *Noll-GS.*, p. 246.

(47) C. W. CANARIS, *JUS*, 1989, P. 163.

(48) A expressão consta designadamente do § 23 da KUG (*Kunsturhebergesetz*) alemã. Para uma referência mais desenvolvida, G. ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen, 1970, p. 22 et seq.; 107 et seq. e 134 et seq. Sobre a distinção entre pessoas da *Zeitgeschichte* em sentido *absoluto* e *relativo*, cf. NEUMANN-DUESBERG, *JZ*, 1960, p. 114 et seq.

A sociedade “moderna”, “desencantada” (WEBER), assente na diferenciação, objectivação de papéis, abstracção e generalização de expectativas e, por isso, dominada pela tensão para a conformidade e o controlo, coloca o indivíduo na situação de *homeless*⁴⁹. Para vencer o desconforto desta situação o homem contemporâneo procura cada vez mais “a luz da lâmpada do privado” (MARX), levando consigo o encantamento das emoções, da liberdade, da religião, da intimidade, da sexualidade, da própria identidade, em síntese, das coisas que “verdadeiramente contam” (LUCKMANN)⁵⁰

Imprescindível ao indivíduo, a reserva da privacidade acaba outrossim por actualizar funções significativas para a própria sociedade.

Ao primeiro assegura a margem necessária ao cultivo da liberdade e da emotividade, da contra-cultura e da “desmodernização” cada vez mais reclamada face às exigências crescentes da “hipermodernização”⁵¹. E, por vias disso, protege o indivíduo do perigo de sucumbir física e psicologicamente ante a

avalanche de ruídos e estímulos da sociedade moderna⁵².

Em relação à sociedade a privacidade tem, desde logo, uma importante eficácia preventiva ao garantir que muitas violações das normas sociais não cheguem a pôr em causa a sua estabilização. Na esfera da privacidade podem cultivar-se construções alternativas da realidade social sem pôr em causa a sempre precária definição oficial. A privacidade pode operar, assim, como o que PARSONS designa por “*mecanismos de isolamento*” que “têm a função de impedir que elementos potencialmente conflitantes da estrutura social e cultural entrem em contacto, mantendo relativamente latentes conflitos que de outra forma poderiam desencadear ou exacerbar uma luta aberta”⁵³.

(49) Cf., neste sentido, desenvolvidamente, a obra de P. BERGER/B. BERGER/H. KELLNER, sob o título sugestivo *The Homeless Mind*, Midlesex, 1981, *passim*. Para uma compreensão e enquadramento teórico mais aturado dos tópicos citados no texto, P. BERGER, *The Heretical Imperative*, N. York, 1980; P. BERGER/B. BERGER, *The War Over the Family* Midlesex, 1983; TH. LUCKMANN, *La religión invisible*; Salamanca, 1973; K. AMELUNG ZStW, 1986, p. 392 et seq. Para uma síntese, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, Coimbra, 1991, p. 371 et seq.

(50) LUCKMANN ob. cit., p. 122.

(51) Sobre estes conceitos, BERGER/BERGER, *The War Over the Family*, p. 121 et seq.

(52) AMELUNG, ZStW, 1986, p. 392 et seq. Em sentido convergente, referindo-se à reserva da privacidade como exigência da dignidade humana e como “pressuposto existencial” no contexto da sociedade moderna, BENDA, W. Geiger, F.S., p. 32 et seq. Sobre o tema, cf. ainda MOTA PINTO, BFDC, 1993, p. 501 et seq.

(53) T. PARSONS, *El Sistema Social*, Madrid, 1976, p. 291 et seq. No mesmo sentido, AMELUNG, ZStW, 1986, p. 388. Sobre a funcionalidade sistémico-social do não-conhecimento (sc., da privacidade) da *deviance*, cf. ainda H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968, *passim* e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra, 1984, p. 367 et seq. Sobre a precariedade e problematidade das construções sociais da realidade perante a ameaça das construções alternativas, desenvolvidamente, P. BERGER/TH. LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 1976, *passim*, sobretudo, p. 121 et seq. Segundo os autores: “Toda a realidade social é precária. Todas as sociedades são construções que enfrentam o caos. A permanente possibilidade do terror anómico actualiza-se cada vez que são ameaçadas, ou se

b) Como SCHÜNEMANN observa, “a protecção de uma área privada de reserva significa o reconhecimento do domínio do indivíduo sobre a sua esfera privada ou, noutros termos, a autodeterminação da pessoa sobre a sua esfera privada ou ainda a defesa contra a intromissão da sociedade ou do Estado na esfera privada”. O que aqui avulta como objecto de tutela penal é, “o interesse que o indivíduo tem em que determinados eventos que apenas dizem respeito à sua própria vida ou à dos seus familiares mais próximos e assumem, por isso, um carácter ‘íntimo’ não sejam do conhecimento de terceiros ou, de qualquer forma, não sejam trazidos à luz da publicidade” (GALLAS)⁵⁴.

Dito com Otto: “o bem jurídico é a área da vida eminentemente pessoal do indivíduo (*höchstpersönliche Lebensbereich der Person*) em que este pode realizar-se de acordo com as suas próprias representações sem ser perturbado ou inibido pelo medo de uma discussão pública da sua vida privada”⁵⁵.

c) Esta é uma compreensão *material* da privacidade/intimidade: é a natureza ou conteúdo específico dos eventos ou vivências que determina a sua pertinência à esfera e ao regime do correspondente bem jurídico-penal.

esbatem as legitimações que ocultam a precaridade”. *Op. cit.*, p. 134. No mesmo sentido, P. BERGER, *Zur Dialektik von Religion und Gesellschaft*, Frankfurt, 1988. p. 24 et seq. O autor recorda, a propósito, o “pânico homossexual”, a ameaçar permanentemente a legitimação do “programa sexual”. Para uma consideração mais aturada da funcionalidade sistémico-social da privacidade, TH. LUCKMANN, *La religion invisible*, p. 174 et seq. e LUHMANN, *The Differentiation of Society*, p. 78 et seq.

(54) Cf. SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, p. 15; GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 21.

(55) H. OTTO, *Schwinge-FS*, 1973, p. 71.

É seguramente a esta privacidade em sentido material que a Constituição da República empresta o reconhecimento, o sancionamento e a protecção do artigo 26.º, n.º 1 (“*reserva da intimidade da vida privada*”). E não cremos que outro possa ser o entendimento a propósito da incriminação constante do artigo 192 (*Devassa da vida privada*) do Código Penal.

Para além disso, pode falar-se de privacidade em *sentido formal*. A privacidade é aqui definida a partir de um “tabu formal” (GALLAS) de segredo e reserva, a coberto do qual as pessoas podem colocar determinados processos de acção e comunicação e cuja violação é punida em si, independentemente do conteúdo das informações ou da natureza dos dados devassados. “Digno de pena, sob este ponto de vista, não é quem lesa um interesse material do outro na preservação do segredo, mas antes quem atinge a pretensão do outro em que sejam respeitadas as barreiras preordenadas á tutela da sua própria esfera, bem como o seu direito exclusivo de disposição sobre essa esfera”⁵⁶. Como acontece seguramente com as incriminações da *Violação de correspondência ou de telecomunicações* (artigo 194) ou da *Violação de segredo* (artigo 195).

8. a) Convirá, por outro lado, assinalar a consciência da relatividade, elasticidade e insegurança que, apesar de tudo, continuam a marcar o conteúdo e alcance da privacidade/intimidade. Tanto no plano da conceptualização dogmático-doutrinal como no terreno do enquadramento jurisprudencial das singulares e centrífugas expressões segregadas pela vida.

(56) GALLAS *ZStW*, 1963, p. 22. Sobre a contraposição entre os conceitos material e formal de privacidade, GALLAS, *ob. loc. cit.*; D. KIENAPFEL, *Privatsphäre und Strafrecht*, Frankfurt, 1969, p. 22 et seq.; D. KRAUSS, *Gallas-FS.*, p. 367 et seq.

Longe de emergir como categoria em definitivo encontrada numa qualquer “caverna” das ideias e como tal predeterminada e apta a subsumir todas a conflitualidade do quotidiano social, a *privacidade/intimidade* está dialecticamente dependente da realidade sobre que há-de, concretamente, projectar-se. Assim, não é possível referenciar um universo de eventos ou vivências invariável e definitivamente pertinentes à privacidade/intimidade. Isto é, não é possível definir a privacidade e a intimidade como espaços de conteúdo material estabilizado e fixo e, como tal, estanque face ao domínio da publicidade. A isso se opõe, desde logo, a consabida *relatividade histórico-cultural* da privacidade e as oscilações da fronteira entre o privado e o público ao ritmo das transformações civilizacionais. É a conhecida *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, particularmente enfatizada por HABERMAS. Acresce a permanente comunicabilidade entre o público e o privado. A privacidade/intimidade é sempre função da conduta, do papel e do estatuto social do respectivo portador. Como é função da referência sistémico-social ou da *Sozialbezug*⁵⁷ de que fala o Tribunal Constitucional Federal alemão e de que podem sempre revestir-se mesmo os eventos em princípio pertinentes à vida privada ou, até, à vida íntima. A mesma experiência ou vivência pode gravitar ao mesmo tempo na órbita do privado e do público.

É o que hoje – à vista das mais recentes clarificações devidas à teoria dos sistemas, nomeadamente a representação da pessoa e da sociedade como sistemas autorreferentes e interpenetrados – dificilmente poderá estranhar-se. Na

síntese de LUHMANN: “Os sistemas interpenetrados convergem sobre elementos singulares, designadamente utilizam os mesmos elementos. Dão-lhes, porém, uma selectividade e conexões distintas, diferentes passados e diferentes futuros (...). Embora, enquanto acontecimentos, eles sejam idênticos, a verdade é que os elementos significam coisa diferente nos diversos sistemas. Seleccionam a partir de outras possibilidades e determinam outras consequências”⁵⁸. Nesta linha, precisa ainda o autor: “A diferença dos sistemas persiste intocada. Ela revela-se no facto de uma e mesma acção conhecer uma selectividade diferenciada em relação ao sistema pessoal e ao sistema social a que simultaneamente pertence”⁵⁹.

Daí a complexidade que a este propósito continua a desafiar o intérprete e aplicador do direito e que não tem sido possível reduzir de forma acabada, pe- sem embora os esforços dos autores e dos tribunais. Com destaque reconhecido – tanto pela fecundidade heurística como pela adequação axiológico-material – para a chamada *teoria dos três graus* (*Dreistufentheorie*) elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão⁶⁰.

(58) N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, Frankfurt, p. 293.

(59) N. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Frankfurt, 1981, p. 278.

(60) Sobre a teoria dos três graus ou das três esferas, cf. BENDA, *ob. cit.* p. 28 et seq.; G. SCHMIDT, ZStW, 1967, p. 770 e segs; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, p. 38 et seq.; SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, p. 17 e seg; KRAUSS, *Gallas-FS.*, p. 376 et seq.; COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações Produzidas Por Particulares*, Coimbra, 1987. p. 46 et seq. Devem, contudo, acautelar-se e prevenir-se os inconvenientes de uma transposição apressada da *teoria dos três graus* para além da privacidade/intimidade, seu

(57) Cf. BENDA, *op. cit.* p. 29 et seq. Sobre a relatividade da vida privada, cf. ainda MOTA PINTO, *BFDC*, 1993. p. 504 et seq.; sobre a relatividade e variabilidade histórico-cultural da privacidade, SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, p. 15 et seq.

Na *teoria dos três graus* avulta, em primeiro lugar, o reconhecimento – a toda a pessoa – de uma *esfera da intimidade*, em sentido estrito. Isto é, de uma “área nuclear inviolável” (*unantastbarer Kernbereich*) cuja salvaguarda constitui condição do livre desenvolvimento ético da pessoa e, como tal, subtraída a toda a intervenção privada ou pública e a contar com a protecção tendencialmente absoluta da ordem jurídica⁶¹.

Emanação e expressão directa do ser-pessoa, a *Intimsphäre* assiste a todo o indivíduo, qualquer que seja o seu papel e estatuto sociais e por mais restrita – mesmo inexistente – que seja a respectiva *esfera da vida privada*⁶². Também

campo originário. Os créditos heurístico-hermenêuticos da teoria são já modestos em domínios como o direito à *palavra* ou à *imagem*.

(61) Na pertinente e clarificadora argumentação do Tribunal Constitucional Federal alemão: “o imperativo constitucional de respeitar esta área nuclear, a esfera íntima do indivíduo, tem o seu fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo artigo 2.º, 1 da Lei Fundamental (...) Acresce que, nos termos do artigo 19.º, 2 da Lei Fundamental, também o direito fundamental do artigo 2.º, 1 não pode ser atingido no seu conteúdo essencial (*Wesensgehalt*). Nem sequer os interesses superiores da comunidade podem justificar uma agressão à área nuclear da conformação privada da vida, que goza de protecção absoluta. Uma ponderação segundo o critério do princípio de proporcionalidade está aqui fora de causa”. Cf. *JZ*, 1973, p. 505.

(62) Tomamos aqui a *esfera privada* com o sentido e alcance restritos que lhe são adscritos na topografia da *teoria dos três graus* e, como tal, contraposta tanto à esfera da intimidade como à esfera *social* (ou da publicidade). O que no texto pretendemos enfatizar é assim que a diferença entre a *star* e o cidadão comum tem sobretudo a ver com a esfera da *privacidade* – para a primeira tendencialmente

as pessoas da *Zeitgeschichte*, que protagonizam a vida política e social ou brilham no mundo da cultura, do espectáculo ou do desporto têm direito à inviolabilidade da área nuclear da *Intimsphäre*. Na síntese de MAX SCHELER, *toda a pessoa tem direito a um espaço último e irredutível em que tem a certeza de poder estar só (in dem (...) er sich (...) einsam weiss)*⁶³

Neste domínio só serão admissíveis excepções nos casos extremados e contados em que os eventos “íntimos” contendam directamente com a posição ou função sociais do interessado.

Isto é, nos casos em que eventos *prima facie* pertinentes à área da intimidade assumem uma inequívoca valência e significatividade sistémico-social. Na fórmula recorrente entre os autores e os projectos alemães: nos casos em que tais eventos “contendem com o interesse público (*das öffentliche Interesse berühren*)”⁶⁴. Na medida em que tal se dá, os eventos deixam de pertencer à esfera da privacidade/intimidade, estando expostos à luz da publicidade e à devassa legítima. Pense-se num caso de espionagem como o protagonizado pelo ministro britânico da defesa (Profumo), que manteve contactos íntimos com uma mulher que era simultaneamente amante do adido militar soviético. Mesmo em casos como este há-de proceder-se com as mais exigentes cautelas: a devassa só será admissível na medida da relevância sistémico-social do

absorvida pela esfera da publicidade – e não com a da *intimidade*.

(63) GALLAS, ZStW, 1963, p. 35. No mesmo sentido, G. SCHMIDT, ZStW, 1967, p. 790 et seq. Sobre MAX SCHELER, cf. KRAUSS, *Gallas-FS.*, p. 371.

(64) Sobre esta ou fórmulas análogas, recorrentemente presentes nos textos alemães desde a proposta pioneira de BELING, cf. G. SCHMIDT, *ob. cit.*, *passim* e H. ROEDER, *Maurach-FS.*, 1972, p. 366 et seq.

evento e na medida estritamente necessária para a actualizar.

Para além disso, são inadmissíveis e ilícitas a intromissão e a divulgação de factos relativos à “*ureigenste Intimsphäre*” que assiste a toda a pessoa. E que está subtraída ao princípio geral da *ponderação de interesses* e em particular à chamada *prosecução de interesses legítimos* (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*). Por vias disso, ela configura também uma barreira *intransponível* à *exceptio veritatis*, em geral admissível quando estão em causa atentados à honra sob a forma de imputação de factos (artigo 180, ns. 2 e 3).

O quadro é outro do lado da *privacidade stricto sensu*. A sua densidade e extensão são decisivamente influenciadas pelo estatuto do portador concreto, pela maior ou menos exposição aos holofotes da publicidade. Ela tenderá, por isso, a estreitar-se drasticamente quando estão em causa *public figures* ou *Personen der Zeitgeschichte*. Por outro lado e sobretudo, a privacidade configura sempre um valor susceptível de ponderação para efeitos de justificação, nomeadamente a título de *prosecução de interesses legítimos* (artigo 192, n. 2). Nunca, por isso, ela figurará como limite à *exceptio veritatis* (artigo 180, n. 3).

c) Numa aproximação analítica, a determinação do conteúdo e extensão da privacidade/intimidade jurídico-penalmente relevante (*sc.* merecedora de pena e dela carecida) assenta em dois momentos complementares e reciprocamente limitadores: um momento *individualsubjectivo*, correspondente à “vontade de segredo ou de reserva (*Geheimhaltungswille*)”; e um momento *objectivo-comunitário*, correspondente ao “interesse objectivo de segredo (*objektiven*

Geheimhaltungsinteresse)” de que falava já EB. SCHMIDT⁶⁵.

Por força do momento subjectivo, cabe em primeira linha, ao indivíduo a decisão sobre os eventos que, na plasticidade insindicável da condução da sua vida, ele quer manter sob reserva. Tanto na *dimensão negativa* (exclusão da participação ou conhecimento) como na *dimensão positiva* (associação de pessoas à vivência, comunicação e conhecimento). *Brevitatis causa* e no que à *dimensão positiva* especificamente concerne, não teria sentido a antecipação de um qualquer conceito arquetípico de privacidade/intimidade, compreendido em termos substancialísticos e, como tal, contraposto à autonomia do portador concreto. Porque não teria sentido levar-se à conta de privacidade/intimidade o que o indivíduo decide colocar sob as luzes da publicidade.

Difícilmente, porém, um conceito definido exclusivamente segundo os critérios (e o arbítrio) do indivíduo poderia dar resposta bastante às exigências — *maxime* na perspectiva da *legalidade/determinabilidade* — da definição da privacidade/intimidade como bem jurídico-penal. Na sua conformação normativa hão-de intervir também valorações objectivas, de algum modo correspondentes às representações colectivas historicamente dominantes, sancionadas pelo legislador e trazidas ao caso concreto pela mediação do intérprete e aplicador do direito. É este o sentido e a função do “interesse objectivo de segredo” como momento integrante da privacidade/intimidade. Na síntese de G. SCHMIDT, a privacidade/intimidade não depende apenas “da vontade do indivíduo” mas também “de valorações por parte do juiz”⁶⁶.

(65) Cf. EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, p. 23. Sobre o tema, cf. ainda SCHÜNEMANN *ZStW*, 1978, p. 13 et seq.

(66) G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 784

d) Como ficou sugerido, a reserva da vida privada integra, a par de uma *dimensão negativa* uma *dimensão positiva*, mediatizada pela abertura ao outro, pela aceitação da acção comunicativa intersubjectiva, em linguagem jurídico-dogmática, pelo *acordo*.

Posta entre parênteses a questão da hierarquia, por via de regra, a tutela jurídico-penal da privacidade/intimidade tende a circunscrever-se à dimensão negativa, manifestamente a mais “exposta às intempéries” e, por isso, a mais carecida de protecção penal.

A tutela jurídico-penal da privacidade/intimidade acaba, assim, por privilegiar a dimensão de reserva ou o *direito de exclusão*, de algum modo correspondente ao *right to be let alone* para que apelava COOLEY. A violação jurídico-penalmente relevante há-de, por isso, revestir a forma da imposição arbitrária de pessoas não legitimadas a tomar conhecimento dos eventos, dados ou experiências colocados sob reserva da vida privada e familiar. Já porque alguém se *intromete abusivamente* (v.g. observando às ocultas ou recorrendo a meios técnicos e mais ou menos sofisticados de devassa); já porque, e independentemente da forma (lícita ou ilícita) como teve acesso a aspectos ou dados da vida privada de outrem, comunica ou divulga a terceiros o seu conteúdo.

Resumidamente: as condutas puníveis como atentados à privacidade/intimidade assumem invariavelmente o carácter de *delitos de indiscrição*⁶⁷. No seu desvalor de acção avulta a ultrapassagem de barreiras físicas ou psicológicas (assentes nomeadamente na *confiança* que a cada um merecem as pessoas a que abre o espaço da privacidade).

9. a) À luz do exposto, compreende-se que a *privacidade/intimidade* se profile hoje como um bem jurídico-penal autónomo face à *honra*. São dois bens jurídicos que projectam sobre o direito penal exigências centrífugas, não raro contraditórias. O que acima de tudo lesa a honra é a imputação de factos não-verdadeiros; diferentemente, o que propriamente atinge a privacidade/intimidade é a verdade dos factos devassados ou revelados (“*the greater the truth, the greater de libel*”).

Nem sempre foi possível apartar as águas com esta clareza. As primeiras tentativas de consagração de um delito de indiscrição colimado à tutela da reserva da vida privada foram empreendidas no contexto e para reforço da protecção da honra.

Atendo-nos, por razões de economia à experiência europeia continental⁶⁸, foi

(68) Com a consciência de que o quadro ficara incompleto sem uma referência à experiência americana e anglo-saxónica, em geral, cuja importância e influência são tão marcantes como pacificamente reconhecidas. Uma experiência que remonta pelo menos a 1890 data da publicação do que costuma referenciar-se como a primeira manifestação expressa do direito à reserva da vida privada: a publicação por SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDeis do artigo *The Right to Privacy*, na *Harvard Law Review*, vol. IV, 1890, p. 193 et seq. Mesmo sem curarmos de refazer a trajectória da experiência jurídica americana do *right to privacy* – ou do *right to be let alone* na expressão cunhada pelo juiz COOLEY (1873) – convirá reter que ele começou por emergir intimamente associado ao direito de *propriedade*. Quer no que toca ao fundamento e compreensão jurídico-material, quer no que respeita às implicações prático-jurídicas e aos limites, e tanto na experiência inglesa como americana, foi o direito de propriedade, *maxime* a doutrina e a *praxis* do *common law copyright* que começou por

(67) Sobre esta categoria, cf. G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, *passim*; ROEDER, *Maurach-FS.*, p. 368 et seq.

expressamente em nome do “*reforço da protecção da honra*” (“*Verstärkung des Ehrenschatzes*”) que o projecto de Código Penal alemão de 1909 incluiu pela

assegurar a protecção do que hoje definimos como privacidade. Foi, por exemplo, em nome das implicações do direito de propriedade que o tribunal inglês deu provimento à pretensão da rainha Vitória e do príncipe consorte Alberto, impedindo a publicação e divulgação, contra a vontade dos soberanos, de desenhos e gravuras por eles feitos para seu próprio entretenimento e divertimento. Como pode ler-se na decisão do que ficou conhecido como o caso *Prince Albert v. Strange* (1849), um dos precedentes mais frequentemente recenseados na história do direito à reserva da vida privada: “o que determina a intervenção deste tribunal não são razões de decoro ou bom gosto mas antes *the general principle that this court will protect every person in the free and innocent use of his own property and will prevent anyone from interfering with that use to the injury of the owner*”. Apud, D.R. PEMBER, *Privacy and the Press*, Washington, 1972, p. 47. Neste contexto, o que sobreleva no estudo de WARREN/BRANDEIS é a mudança significativa de paradigma da compreensão do *right to privacy*. Em vez de encarado como emanção ou expressão do direito de propriedade, o novo direito há-de ser levado à conta do que os autores designam por “*the right to one's personality*”. Isto porquanto, argumentam WARREN/BRANDEIS: “*The principle which protects personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property but that of an inviolate personality*”. WARREN/BRANDEIS, “*The Right to Privacy*”, p. 206. Para uma referência mais desenvolvida à evolução do direito à privacidade na experiência americana, cf., por todos, PEMBER, *ob. cit. passim*. Para uma síntese, entre nós, CUNHA RODRIGUES, “*Perspectiva Jurídica*”, in *JL* 13.04.1994, p. 27 et seq. e *Cadernos de Bio-Ética* 7, 1994, p. 37 et seq.

primeira vez a incriminação directa e autónoma da devassa da vida privada. Uma proposta que, no essencial, viria a ser renovada pela longa série de projectos iniciada na primeira metade do século (1911, 1913, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930) e que culminaria com a apresentação do Projecto de 1962. Com diferenças que aqui não cabe recensear e sindicar⁶⁹, dois pontos acabam por sus-

⁽⁶⁹⁾ Para um exame e confronto mais detido dos sucessivos projectos, cf. GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 24 et seq.; ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 144 et seq.; G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 742 et seq. Nesta série de projectos destacam-se, em qualquer caso, os textos de 1913 e 1919 por serem os únicos que apontavam para um autêntico *delito de indiscrição*. Ambos, com efeito, se propunham incriminar a revelação de factos atinentes à vida privada, assumissem ou não carácter desonroso. Isto na esteira de passos nesse sentido empreendidos já pela doutrina, nomeadamente por autores como BELING ou DELAQUIS. Deve-se concretamente a BELING — mais precisamente ao seu estudo publicado em 1909 sob o título, *Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede* — a primeira tentativa consequente de separar a tutela da privacidade da área de protecção dos crimes contra a honra. Assim e por um lado, BELING não reconhecia quaisquer limites à prova da verdade dos factos para efeitos de responsabilização criminal por atentado contra a honra; por outro lado e complementariamente, propunha a consagração de uma incriminação nova expressamente preordenada à punição da revelação de factos pertinentes à vida privada de outrem. Independentemente da verdade das imputações e da carga mais ou menos desonrosa dos factos. Na versão proposta pelo autor: “*Quem revelar a terceiros, ou divulgar através de escritos, imagens ou representações, factos pertinentes as relações da vida privada de outrem. que não contendam com o interesse público e sejam verdadeiros ou falsos, será punido...*” Cf. BELING, *ob. cit.* p. 48. Apesar

citar a convergência destes sucessivos projectos: por uma lado, circunscreve-se a incriminação à divulgação de factos *desonrosos* (*ehrenrührige*) da vida privada; por outro lado, exclui-se a prova da verdade dos factos.

Só com o Projecto Alternativo (1971) viria a experiência jurídico-penal alemã a conhecer a formulação de uma incriminação expressamente desenhada como tutela da privacidade, erigida à categoria de autónomo bem jurídico-penal. Isto nos termos do § 145, *Exposition pública*. Como pode ler-se na fundamentação da proposta, “o § 145 corta o vínculo – subsistente tanto no § 182 do projecto de 1962 como nos seus precursores – entre a indiscrição e o atentado à honra. O Projecto Alternativo compreende a devassa da área eminentemente pessoal da vida, sem se preocupar se ela é ao mesmo tempo lesiva da honra. Deste modo fica claro que se trata aqui de um bem jurídico autónomo.”⁷⁰

Uma incriminação a que o legislador penal alemão não logrou ainda dar expressão positivada. Apesar das numerosas e sucessivas reformas a que tem sido submetido, o StGB germânico continua sem conhecer uma incriminação directamente preordenada à tutela da *privacidade/intimidade*.

O que sobressai no direito penal português vigente é precisamente o reconhecimento e tutela da *privacidade/intimidade*, como bem jurídico-penal autónomo, distinto da honra. É assim, pelo menos, desde a Lei 3/73 de 5 de Abril, cujo regime viria, no essencial, a ser acolhido.

A configuração dos crimes contra a privacidade/intimidade como *delitos de*

indiscrição explica que, diferentemente do que tende a suceder com os crimes contra a honra, *a verdade dos factos não constitua, a qualquer título, razão derimente da responsabilidade penal*. É precisamente a verdade dos factos que, em rigor, configura a danosidade social destes crimes e fundamenta a ilicitude material.

Porque só a verdade pode trazer à praça pública o que cada um quer preservar nas quatro paredes da vida privada. Se, como argumenta ARZT, a afronta não reside aqui no sacrifício da consideração, o problema da verdade dos factos pouco significado terá no âmbito dos delitos de indiscrição. Se alguém afirmar “que nos últimos anos da sua vida Picasso teve ou não regularmente relações sexuais com sua mulher, para efeitos de lesão da esfera íntima pouco interessará a verdade da afirmação. Para efeito de atentado à esfera íntima, a prova da verdade dos factos seria pura e simplesmente carecida de significado”⁷¹. Nesta linha, precisa o autor, o que constitui o “arquetipo do sacrifício da esfera íntima é a afirmação indiscreta, independentemente da sua verdade ou inverdade. Só as afirmações verdadeiras atingem de forma típica a esfera da intimidade”⁷². É por isso que, do ponto de vista do bem jurídico da esfera íntima, é precisamente na verdade da comunicação que reside a lesão⁷³.

A tese da indiferença da verdade ou inverdade, configura um dos raros elementos constantes da compreensão dos crimes contra a reserva da vida privada e familiar.

Posta em evidência pelas primeiras tentativas de recorte doutrinal (v.g.

de tudo, e significativamente, também os projectos de 1913 e 1919 acabavam por remeter a incriminação proposta para o capítulo dos crimes contra a honra.

⁽⁷⁰⁾ *Alternativ-Entwurf, B. T. Straftaten gegen die Person*, 2. Hb, 1971, p. 29.

⁽⁷¹⁾ ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 156.

⁽⁷²⁾ *Id. ibidem*. Sublinhado no original.

⁽⁷³⁾ *Id.*, p. 158.

BELING ou DELAQUIS)⁷⁴ ou de conformação legislativa da infracção, ela continua a suscitar a convergência de autores e legisladores. Como se por ela tivesse necessariamente de passar a redução eidética do crime de indiscrição. De acordo com o enunciado pioneiro de BELING: "Tu não podes transmitir a terceiros factos que caem na esfera juridicamente determinada de segredo. Face a esta norma perde todo o significado a questão da verdade ou inverdade".

E foi por obediência a este entendimento que a generalidade dos projectos de reforma do Código Penal alemão se propuseram consagrar a proibição da prova da verdade dos factos pertinentes à privacidade/intimidade. Uma proibição, por via de regra, proclamada como verdadeiro *jus cogens*, solução a que, já o vimos, se manteria fiel o Projecto de 1962 (§ 182) bem como o Código Penal austríaco vigente (§ 112).

A mesma viria a ser a solução adoptada pelo legislador português de 1973 e 1975. Nos termos do n. 1 da base VI da Lei 3/73 de 5 de abril: "*Aos agentes das infracções previstas nesta lei não é permitido fazer prova sobre a verdade dos factos da vida privada em relação aos quais se verificou a intromissão*". Dispõe por seu turno o artigo 28 n. 2 do Decreto-Lei n. 85-C/75 de 26 de fevereiro (*Lei de Imprensa*): "*No caso de difamação, é admitida a prova da verdade dos factos, salvo quando, tratando-se de particulares, a imputação haja sido feita sem que o interesse público ou o do*

ofensor legitimasse a divulgação dos factos imputados, ou ainda quando estes respeitem à vida privada ou familiar do difamado".

10. a) Pelo menos a nível conceitual é, assim, possível uma clara separação das águas entre crimes contra a honra e crimes contra a vida privada. Na formulação de BELING, nada mais contra-indicado do que "reduzir a indiscrição comprimindo-a no leito de Procusta da difamação"⁷⁵.

A vida quotidiana é, contudo, rica em casos em que o agente atenta contra outrem imputando-lhe ou divulgando *factos desonrosos e pertencentes à esfera da privacidade/intimidade*. Como: A afirma e divulga que B. terá praticado incesto com sua filha. *Prima facie* reconduzíveis à categoria e ao regime do *concurso ideal* (crime contra a honra e crime contra a reserva da vida privada), estas constelações suscitam problemas de complexidade acrescida, tanto a nível político-criminal como em sede doutrinal e práticojurídica.

Se o primeiro propende a reivindicar a generalização da admissibilidade e da relevância da *exceptio veritatis*, já o segundo reclama a definição de balizas à prova da verdade. De outra forma, o processo pode saldar-se num "martírio para a pessoa difamada", compelida a ver discutir em tribunal "as coisas mais íntimas e dolorosas da sua vida privada". Mesmo que venha a demonstrar-se que a imputação desonrosa é falsa e o agente seja condenado por *difamação*, muitas vezes será o ofendido a abandonar a sala de audiência como verdadeiro perdedor. Apesar da vitória, a produção da prova pode ser bastante para o estigmatizar e ridicularizar aos olhos do público"⁷⁶.

(74) Também na América cedo se ganhou consciência da irrelevância da verdade como derimento da responsabilidade criminal dos atentados contra a *privacy*. Foi o que logo começaram por afirmar WARREN e BRANDEIS, argumentando que "*it is not for injury to the individuals character that redress or prevention is sought, but for injury to the right of the privacy*". Cf. *op. cit.* p. 218.

(75) BELING, *Wesen, Strafbarkeit*, p. 48.

(76) GALLAS. *ZStW*, 1963. p. 24. Em sentido convergente, falava LIEPMANN numa "vivissecação" da alma. Cf. ARZT, p. 145.

É o que parece suscitar o consenso pacífico tanto entre os autores como a nível das soluções positivamente consignadas pelas ordens jurídicas. De todos os lados tende a sublinhar-se que o direito à verdade não pode converter-se (em) nem legitimar um qualquer *Wahrheitsfaktismus*, “como se pudesse falar-se de um direito à divulgação verdadeira à *tout prix*”. Na síntese de ROEDER: “Hoje parece perfeitamente ocioso gastar uma só palavra para pôr em evidência que a divulgação da verdade é em si mesma altamente valiosa e culturalmente estimulante; mas só em nome de uma compreensão arbitrária, para não dizer de uma monstruosidade jurídica (*Rechtsmonstrum*) se poderia tomar tal direito como *ilimitado*”⁽⁷⁷⁾.

b) Já são menos unívocas as soluções técnico-jurídicas em geral preferidas para dar expressão positivada a este programa político-criminal. A experiência histórico-comparatística revela serem fundamentalmente dois os modelos que vêm colhendo as preferências da doutrina e das legislações:

– consagrar a proibição da produção da prova da verdade como *jus cogens*, inteiramente subtraída à disponibilidade dos sujeitos processuais, ou

– fazer depender a produção da prova da verdade do “consentimento” do ofendido, cometendo ao seu critério a opção pela perseguição do agente a título de crime contra a honra ou de crime contra a reserva da vida privada.

O primeiro modelo coloca os factos a coberto de um *tema proibido de prova* e tem como reverso a preclusão legal e generalizada da perseguição do agente por crime contra a honra. Configura noutros termos, *uma comprovação alternativa de factos* (*Wahlfeststellung*) ope-

rada *ope legis*⁽⁷⁸⁾. Foi a solução adoptada pelo Projecto alemão de 1962 (§ 182) e consagrada pelos códigos penais austríaco (§ 112) e suíço (artigo 173, n. 3)⁽⁷⁹⁾. Como era adoptada pelo artigo 211 do *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal* espanhol de 1992.

Já no segundo modelo, só em concreto e mediante decisão do ofendido se determinará se o agente há-de ser perseguido por crime contra a privacidade/intimidade ou por crime contra a honra. Nesta hipótese reconhece-se à *exceptio veritatis* o âmbito e a eficácia que lhe são assegurados no domínio dos crimes contra a honra.

Com adeptos na doutrina, esta solução constava dos projectos alemães de 1913/19. Como dispunha o dispositivo pertinente (§§ 35 no projecto de 1913 e § 353 na versão de 1919), a perseguição do agente por delito de indiscrição, dependia de queixa do ofendido. Em conformidade acrescentava-se que: “*Se uma tal queixa for formulada não poderá ser requerida a punição por difamação. Não será admitida a produção da prova sobre a verdade da afirmação ou divulgação*”.

c) Já no princípio do século, advertia Von LILIENTHAL que “as razões a favor e contra a sua admissibilidade (da prova da verdade) foram já discutidas de forma tão esgotante que dificilmente se poderá acrescentar algo de novo (...) tornou-se quase uma questão de temperamento saber por qual dos pontos de vista caberá decidir”⁽⁸⁰⁾. Mesmo hoje, tanto tempo (e tanta tinta) decorrido, nada mais inseguro do que a opção por uma das alternativas.

(78) A expressão é de ARZT, p. 167.

(79) Neste sentido e no que ao direito penal suíço respeita, cf. S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafbuch*, Zürich, 1989, p. 525.

(80) VON LILIENTHAL, VDB, IV, p. 454.

(77) ROEDER, *ob. cit.* p. 351. No mesmo sentido e desenvolvidamente, ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 144 et seq.

A tese da proibição, generalizada e imperativa, da prova da verdade vê-se confrontada com a crítica de que fechará ao ofendido as portas da *reparatio famae*. Convirá, a propósito, ter presente o carácter de *iudicium duplex* em geral adstrito ao julgamento dos crimes contra a honra. Como ROEDER assinala, no plano dos factos reais e posta entre parênteses a questão do rigor técnico-jurídico, também o agente da difamação aparece como acusador e o ofendido como acusado⁽⁸¹⁾. Em termos tais que, não raro, só a efectiva produção da prova e a consequente condenação do agente da infracção, tornará possível a verdadeira reabilitação do ofendido.

Não se estranhará, por isso, que o regime assente na escolha do ofendido – perseguição por delito de indiscrição, com exclusão da prova da verdade, ou perseguição por crime contra a honra com abertura à *exceptio veritatis* – tenha aparecido a alguns como o “ovo de Colombo”. Só que não faltam mesmo vozes a sustentar que também este regime jurídico-penal dará ao ofendido mais pedras do que pão.

O que se põe em causa é sobretudo a seriedade e autenticidade da escolha supostamente reconhecida ao ofendido e que já BELING denunciava como um “presente dos gregos” e a que GALLAS se refere como um “ilusório direito de escolha”⁽⁸²⁾. Isto porquanto o ofendido se verá sempre compelido a *escolher* a via que permite a prova da verdade, *sc.*, o processamento por crime contra a honra. “Se ele optasse pela perseguição criminal por indiscrição, alternativa que ex-

clui a prova sobre a verdade ou inverdade das afirmações, estaria de antemão exposto ao *odium* de que, se tem medo da verdade, é porque os factos sempre serão mais ou menos verdadeiros. O ofendido estará praticamente obrigado a escolher, como mal menor, a via do processo por difamação”⁽⁸³⁾.

d) *Quid inde?*

Se não parece haver caminho livre para Ítaca, convirá navegar com a necessária distância em relação aos escolhos mais expostos. Assim, com as hesitações próprias de um percurso tão minado de perigos, a nossa preferência vai, apesar de tudo, para a solução que garanta mais espaço à autonomia do ofendido. Não serão raras as expressões da vida em que o ofendido, confrontado com atentados particularmente degradantes à sua honra, se disponha a aceitar os sacrifícios – designadamente o da privacidade/intimidade – indispensáveis ao restabelecimento do bom nome e da consideração social.

Esta se nos afigura ser, por um lado, a via mais consentânea com a estrutura axiológico-material da privacidade/intimidade: uma expressão tipificada da liberdade pessoal, que se realiza na comunicação intersubjectiva e se actualiza tanto na *dimensão negativa* como na *dimensão positiva*. Em princípio, não assistirá, por isso, legitimidade ao legislador para adiantar e propor ao portador concreto uma compreensão arquetípica da privacidade/intimidade. Menos ainda para a impor e sobrepor ao desempenho autorreferente – e improgramável na sua plasticidade – daquele portador.

Por outro lado e complementarmente, só em nome de uma imposição paternalista – também ela carecida de legitimidade no direito penal contemporâneo – poderá o legislador prescrever que a superação da antinomia entre a

(81) ROEDER, *op. cit.*, p. 353. No mesmo sentido, desenvolvidamente, G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 762 et seq.; KRIELE, *NJW*, 1994, p. 1899 et seq.

(82) Cf. BELING, *Wesen, Strafbarkeit*, p. 64; GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 28. NO mesmo sentido, G. ZU DOHNA, *ZStW*, 1938, p. 161.

(83) GALLAS, *ob. loc. cit.*

honra e a privacidade haja imperativamente de fazer-se pela prevalência desta última.

Não cremos, aliás, que as soluções da lei em vigor contrariem de forma invencível a compreensão das coisas para que vai a nossa preferência.

Tanto pelo seu teor literal, como pela sua valência sistemática e teleológica, o que *prima facie* avulta no n. 3 do artigo 180 do Código Penal é a garantia da privacidade/intimidade face à devassa heteronomamente imposta ao ofendido. Mas já nada parece sugerir o propósito de subtrair a prova da verdade – com o cortejo de consequências sumariamente recensadas – ao exercício da autonomia do portador concreto.

Recorde-se, a terminar que a lei portuguesa só exclui a *prova da verdade* quando esteja em causa “*facto relativo à intimidade da vida privada e familiar*” (artigo 180, n. 3). A área de reserva a prevalecer sobre a prova da verdade terá de se definir em termos sobreponíveis aos da esfera íntima, em sentido estrito. Isto é, à *área nuclear e inviolável*, na categorização e na topologia da *teoria dos três graus*.

À luz do exposto, pode concluir-se ser em princípio admissível a prova da verdade que apenas contendá com a *esfera privada*, desde que “*feita para realizar interesses legítimos*”. E tanto da vida privada do cidadão comum, como das chamadas *peças da história do tempo*. Isto na medida em que às pessoas deste universo assista ainda uma autêntica vida privada. Que, terá sempre uma expressão tendencialmente residual e excepcional.

III. Tipicidade e ilicitude

11. a) Como deixamos antecipado, é logo em sede de *tipicidade* que começa a revelar-se a fragmentaridade da punição dos atentados à privacidade/intimi-

dade devidos ao exercício da liberdade de imprensa. Isto é, são logo razões atinentes à densidade do bem jurídico protegido e à área de tutela típica que afastam a ilicitude.

Como início de aproximação, parece seguro que o regime da tutela penal da privacidade/intimidade da lei portuguesa presta homenagem à *teoria dos três graus*. Presente nos trabalhos preparatórios da reforma do Código Penal, a distinção entre as três esferas da vida (*pública, privada e íntima*), maxime a contraposição entre a *vida privada, stricto sensu*, e a *intimidade*, aflora explicitamente em preceitos como os artigos 192, n. 2 e 180, n. 3.

É em sede de ilicitude/justificação que a distinção cobra mais ostensivo relevo prático-jurídico, mercê do tratamento assimétrico reservado à privacidade e à intimidade no contexto e para fins de *ponderação de interesses*. Por agora, cabe assinalar que não podem ser levadas à conta da privacidade/intimidade as *acções, factos ou eventos que se revestem de inequívoco interesse colectivo ou comunitário*.

b) Tendo em conta o seu significado prático-jurídico, convirá ensaiar uma melhor fundamentação do axioma enunciado bem como uma maior explicitação das suas implicações prático-jurídicas.

Recorda-se que a privacidade se identifica com o direito que assiste a cada um “de estar e viver separado ou livre da sociedade ou dos olhares dos outros” (KAMLAH)⁽⁸⁴⁾. O que tem como reverso a limitação da privacidade/intimidade às coisas da vida que relevam do *estar-só*, e nele esgotam o seu sentido. O inverso há-de já valer para as acções ou as coisas que apresentem uma clara relação com a sociedade: então o interesse da sociedade em esclarecer as coisas – e esclarecer-se sobre elas – prevalecerá sobre o in-

⁽⁸⁴⁾ Apud BENDA, W.-Geiger-FS, p. 32.

teresse pessoal pelo anonimato. Seja qual for a sua valência para o sistema individual-pessoal, é manifesto que estes factos ou coisas se revestem (também) de uma decisiva valência sistémico-social⁸⁵. A sua discussão comunitária mesmo nos círculos ampliados da comunicação social terá, por isso, de levar-se à conta do normal desempenho (autorreferente e autopoiético) do sistema social *sobre coisas que efectivamente "the perten- cem"*. Noutros termos, estes factos configuram objecto legítimo do interesse e do exercício da actividade jornalística. Que, ao investigá-los, sindicá-los e trazê-los à discussão pública, não ultrapassa a fronteira da esfera pública e não realiza afronta à privacidade/intimidade penalmente protegida. Nem concretiza a danosidade social típica do crime de *Devassa da vida privada*.

12. Na impossibilidade de ensaiar uma recensão acabada desta diversificada fenomenologia, bastar-nos-emos com a citação de algumas constelações típicas.

a) O quadro e o regime esboçados valem, desde logo e exemplarmente, para os *factos criminosos*: o crime não pertence à privacidade/intimidade, estando a sua investigação e divulgação abertas ao exercício da liberdade de imprensa. Outro entendimento dificilmente seria compaginável com o sentido, a função e a legitimação do direito penal na sociedade democrática e no Estado de Direito. Estando o direito penal (exclusivamente) vocacionado para a tutela dos bens jurídicos fundamentais da comunidade e da pessoa, a sua afronta — *sc.*, o crime — releva naturalmente da conflitua-

lidade radical entre o indivíduo e a sociedade. E reveste-se de um interesse público tão evidente como incontornável.

Contando com o aplauso da doutrina tradicional e maioritária,⁸⁶ esta compreensão das coisas conta igualmente com o apoio da jurisprudência, nomeadamente constitucional. Marcante nesta linha a doutrina vertida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na decisão do *caso Lebach*.

Segundo o aresto:

"Também os crimes pertencem em primeira linha àquele acontecer histórico cuja investigação constitui precisamente tarefa dos *media*. A violação da ordenação jurídica geral, o sacrifício dos bens jurídicos do cidadão atingido ou da comunidade, a simpatia para com as vítimas e seus familiares, o medo da repetição de tais crimes e a preocupação de a evitar, provocam o interesse numa maior informação sobre o crime e o seu agente. Um interesse que é forçoso reconhecer e que será tanto mais forte quanto mais o crime sobressair face ao panorama da criminalidade comum pelas particularidades do objecto da agressão, a modalidade da acção ou a gravidade das consequências. Os crimes violentos mais graves originam, para além da curiosidade geral e do sensacionalismo, razões muito sérias para o interesse em saber quem foram os seus agentes, que motivações tinham, que se fez para os perse-

(85) Cf. neste sentido, BENDA, *ob. cit.* p. 32 e seqs; G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 795 et seq. Sobre a possibilidade de uma mesma acção assumir uma pluralidade de referências sistémicas, nomeadamente na direcção dos sistemas pessoal e social, LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur*, p. 277 et seq. e *supra*.

(86) Cf. v.g. desde Ph. ALLFELD, *GS*, 93 (1926) p. 251 e BELING, *Wesen, Strafbarkeit*, p. 53 a GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 37. Para uma referência mais restritiva e crítica, cf. desenvolvidamente, ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 114 et seq. e 177 et seq. De todo o modo, soam claramente minoritárias as vozes que se pronunciam em sentido negativo. Cf., neste sentido, KIENAPFEL, *Privatsphäre*, p. 31; HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Aufl. Bonn, 1967, p. 331.

guir e punir e para prevenir a ocorrência de crimes iguais".⁸⁷

O que fica dito para o crime, em geral, vale natural e privilegiadamente para a criminalidade que mais abala a comunidade ou que nela desperta um mais agudo interesse. Como sucederá com o crime violento e organizado, o terrorismo, a criminalidade de *white-collar* ou as plúrimas manifestações de corrupção e de utilização indevida de fundos públicos.

b) Importa, contudo, precisar que a legitimidade o jornalista para investigar e dar notícia dos factos criminosos não significa que possa fazê-lo sem limites. Ainda aqui a lição do *Lebach-Urteil* se revela oportuna.

Segundo ela, para além de ter de preservar a área inviolável da intimidade, o jornalista deve em qualquer caso actuar "no estrito respeito pelo princípio de *proporcionalidade*: por um lado, a intromissão na esfera pessoal não deve ir para além do que é exigido para uma satisfação adequada do interesse da informação; por outro lado, as desvantagens decorrentes (do tratamento jornalístico) para o agente do crime têm de ser ajustadamente proporcionadas à gravidade do crime e ao seu significado geral para o público".⁸⁸ Também o respeito pela *presunção de inocência* do arguido até à condenação definitiva "exige uma certa contenção e, pelo menos, o tratamento adequado dos factos e argumentos invocados em nome da defesa."⁸⁹

(87) NJW, 1973, p. 1230.

(88) NJW, 1973, p. 1230. A este propósito recorda o Tribunal Constitucional que nem sempre será admissível a *publicação do nome e da fotografia do agente*. *Maxime* em se tratando de jovens delinquentes, de delinquentes primários e da pequena criminalidade em geral. Sobre o tema, cf. ARZT, *ob. cit.* p. 115; U. KOEBEL, JZ, 1966, p. 320.

(89) NJW, 1973, p. 1230

O que mais avulta no *Lebach-Urteil* é seguramente – a par da proclamação do crime como evento da *Zeitgeschichte* – o enunciado de *limites ao tratamento jornalístico de um crime em função do decurso do tempo*. Que altera o significado do crime no contínuo polarizado entre o público e o privado. Num primeiro momento – o momento da prática do crime, da sua notícia, perseguição e julgamento – prevalece a qualidade de facto sistémico-social, sendo *qua tale* exterior à privacidade/intimidade. Num segundo momento – que começará com o termo do cumprimento da pena e consequentemente com a expiação da culpa – prevalece o coeficiente de privacidade e reserva.

São fundamentalmente duas as razões invocadas para justificar esta mudança de significado.

Por um lado, invoca-se a erosão da dimensão de publicidade provocada pelo decurso do tempo. Também aqui se confirmará de algum modo a conhecida intuição de Ovídio – *tempus edax rerum!* – a que alguns penalistas expressamente se acolhem.⁹⁰

Em segundo lugar e sobretudo, faz-se valer a prevalência do *direito à ressocialização* do condenado que cumpriu a pena. Um direito que o *Lebach-Urteil* ancora directamente na Constituição e a que imputa um espectro de exigências, que redundam noutras tantas obrigações de solicitude, acompanhamento e aceitação e que impendem sobre a sociedade. Tudo em ordem a estimular o sentimento de pertença à comunidade,

(90) Cf., V. g., HERDEGEN, LK, § 192, Rn. 8. No mesmo sentido, OTTO, *Schwinge-FS.*, p. 86; FÁRIA COSTA, "O Círculo e a Circunferência", in: *Estudos Com. 150.º Aniv. Trib. Boa-Hora*, Lisboa, 1995, p. 196 et seq., PAULO JOSE DA COSTA, JR., *O Direito de Estar Só*, S. Paulo, 1995, p. 46

induzir a (re)interiorização dos valores comunitários e convertê-los em efectivos modelos de acção. Um aturado programa de interacção indivíduo-sociedade, que pode projectar-se em limites à liberdade de imprensa. Para se poupar ao recluso — e à sociedade — um pelourinho público permanentemente reactualizado. Com todo o seu cortejo de consequências indesejáveis — que passam pelo avivar constante do estigma e por mecanismos como a *interpretação retrospectiva*, a *distância social* a diminuição de *oportunidades legítimas* ... em definitivo: pela assunção irreversível de uma *carreira delinquente* — que a moderna criminologia tem posto em evidência.⁹¹

c) O legado do *Lebach-Urteil* — a compreensão do *direito à ressocialização* como limite à liberdade de imprensa, com o sentido que fica enunciado — tornou-se entretanto património comum e consensual na doutrina⁹² e na jurisprudência germânicas. Também entre nós, e fazendo-nos eco da lição de FIGUEIREDO DIAS e ANABELA RODRIGUES pode fundadamente falar-se de um “imperativo constitucional de ressocialização” como corolário da dimensão *social* do Estado de Direito.⁹³

(91) Para uma primeira síntese, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 342 e segs

(92) Cf., entre outros, H. JARRAS, *NJW* 1989, p. 859; DEGENHART, *JuS*, 1992, p. 367.

(93) Na síntese de FIGUEIREDO DIAS: “Se o princípio da culpa exprime as exigências que a *vertente liberal* (*rectius democrática*) do Estado de Direito faz à política criminal, a sua *vertente social* conduz à aceitação de um quarto princípio que pode ser designado como princípio da sociabilidade ou da solidariedade. Segundo este princípio (que assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore a cláusula do Estado de Direito Social) ao Estado que faz uso do seu *jus puniendi* incumbe, em compensação, um dever de ajuda e de solidariedade

Nesta linha, a lei penal austríaca vai ao ponto de tratar a ressocialização como um autónomo bem jurídico-penal, directamente protegido pela incriminação do § 113 do ÖStGB, *Imputação de um facto criminoso que já foi objecto de decisão judicial definitiva*. Segundo a doutrina e a jurisprudência austríacas, uma incriminação preordenada a assegurar consistência a um processo de ressocialização já lograda ou em vias de concretização. Na interpretação de FOREGGER: “O delinquente que já foi julgado não pode perder a sua disponibilidade para levar uma vida conforme ao direito pelo facto de, sem necessidade e sem motivo bastante, lhe estar sempre a ser censurado o seu passado.”⁹⁴ Resumidamente, no di-

para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes”. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, p. 74. Na mesma linha, também ANABELA RODRIGUES conclui que “da vertente do modelo de Estado que a nossa Constituição consagra decorre com suficiente nitidez a ideia de que ao Estado é devido oferecer ao condenado possibilidades de alcançar a sua socialização”. Cf., *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 326/7.

(94) Cf. WK, § 113, Rn. 1. Em sentido convergente considera KIENAPFEL que o preceito incrimina “uma determinada categoria de afirmações verdadeiras, independentemente de saber se elas são ou não lesivas da honra. A *ratio* do § 113 reside antes na salvaguarda das oportunidades de ressocialização, que, como a experiência ensina, são comprometidas se se estiver permanentemente a reprimir ao delinquente o crime ‘já saldado’ e, por vias disso, a avivar o seu ‘falhanço’ anterior”. D. KIENAPFEL, *Grundriss des österreichischen Strafrechts*, BT, Wien, 1984, I, p. 263. Recordar-se que, nos termos da citada incriminação da lei penal austríaca será punido: “*Quem imputar a*

reito penal austríaco vigente a *exceptio veritatis* da imputação de um crime só será cabida se tiver lugar antes de o facto ter sido objecto de decisão judicial transitada em julgado.

Mesmo as leis penais que não dispõem de norma equivalente ao § 113 do ÖStGB não deixam de alcançar uma tutela (reflexa e) mais ou menos consistente deste interesse. E o que no direito penal alemão resulta da chamada (*Formalbeleidigung*), do § 192 do StGB (*Injúria apesar da prova da verdade*) e que, em determinadas situações, incrimina e pune a imputação de factos desonrosos, apesar da prova da verdade. Entre as constelações em que, segundo o entendimento dos autores e dos tribunais, a prova da verdade não afasta a ilicitude, sobressai precisamente a chamada *reactualização* (*Reaktualisierung*): a imputação de um facto desonroso (v.g. um crime) muito tempo depois da sua prática.⁹⁵

Uma última observação para assinalar que há crimes que escapam à “lei da morte”, isto é, cuja actualidade, relevo sistémico-social e interesse público não estão sujeitos à erosão do tempo. Tal vale sobremaneira para os crimes (v.g., *contra a paz e a humanidade*) que, por sobre pertencerem à história do seu tempo (*Zeitgeschichte*) pertencem, pura e

simplesmente à história (*Geschichte*) e são, *hoc sensu*, imprescritíveis⁹⁶.

13. a) O critério da relevância comunitária ou sistémico-social poderá, já o vimos, excluir do âmbito da reserva pessoal, penalmente tutelada, mesmo eventos em geral pertencentes à *esfera da intimidade, stricto sensu*, isto é, “materialmente” íntimos.⁹⁷

Como GALLAS assinala, será a “cláusula do interesse público” a “excluir do tabu da esfera íntima os casos em que a verdade ou inverdade dos factos, que foram objecto de notícia não é pura e simplesmente indiferente para a comunidade, *antes lhe diz alguma coisa*.”⁹⁸ A relevância típica destes casos estará afastada, sendo ocioso indagar se o autor (da notícia, comunicação ou imputação) “teve em vista a prossecução de interesses públicos e se actuou de forma proporcionada.”⁹⁹

Para ilustração destes tropismos da esfera da intimidade para o domínio público os autores colocam à cabeça constelações como o já citado caso Profumo. Na mesma linha estará a notícia da conduta (v.g. práticas pedofílicas) de um dirigente político incompatível com a respectiva função (v.g. responsável pela educação e formação de menores).¹⁰⁰ De igual modo, as notícias

outra pessoa, de forma que um terceiro possa tomar conhecimento, uma infracção criminal cuja pena tenha sido já executada, extinta ou suspensa, mesmo que apenas condicionalmente, ou pelo qual a pronúncia da pena tenha sido temporalmente diferida...”

(95) Cf., por todos, HERDEGEN, LK, § 192, Rn. 8. Sobre as tentativas empreendidas na Alemanha para a consagração de uma incriminação homóloga à do § 113 da codificação austríaca – sob a rubrica: Hervorholen früherer Verfehlungen – cf. ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 194 et seq. e 144 et seq..

(96) Sobre o tema, A. ARNDT, *NJW*, 1967, p. 1845/6.

(97) Na síntese de SCHÜNEMANN, “em relação às *pessoas da história do tempo* é frequente uma necessidade pública de informação mesmo sobre factos íntimos, o que dificulta sobremaneira a delimitação da matéria proibida.”, SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, p. 37.

(98) GALLAS, *ob. cit.* p. 34.

(99) *Id. ibidem*.

(100) Sobre estas constelações de casos, cf., por todos, ROEDER, *ob. cit.* p. 368/9; GALLAS, *ob. cit.* p. 34 et seq.; ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 107 et seq.

sobre a eventual gravidez de uma mulher (v.g., a visita ao consultório de um ginecologista), em princípio pertinentes à esfera íntima, deixarão de o ser em se tratando de rainha ou consorte real de quem a monarquia espera um herdeiro. Ou em se tratando de uma mulher que se submeteu a tratamento inovador no campo da procriação medicamente assistida.¹⁰¹

b) No que toca ao sentido e alcance do conceito de *peçoas da história do tempo*, recorda-se que a doutrina e a jurisprudência propendem hoje a subscrever, tanto no plano categorial como prático-normativo, a distinção proposta por NEUMANN-DUESBERG entre *peçoas da história do tempo em sentido absoluto* e em *sentido relativo* (*absolute e relative Personen der Zeitgeschichte*).¹⁰² Pertencerão à primeira categoria as pessoas que na sua época lideram a vida política, económica, social, cultural, científica, tecnológica, desportiva, do mundo do espectáculo, etc., e em relação às quais subsiste um interesse público de informação particularmente alargado. Um interesse que cobre toda a esfera da publicidade e se estende a muitos domínios em geral considerados como pertinentes à esfera da privacidade, *stricto sensu*.

O que decide da qualidade de uma pessoa como pessoa da *Zeitgeschichte*

em *sentido relativo* é a sua participação — “activa ou passiva, dinâmica ou estática” (NEUMANN-DUESBERG) — num *acontecimento da Zeitgeschichte*. Serão, assim, pessoas da *Zeitgeschichte* em sentido relativo as pessoas atingidas por uma catástrofe natural (terramoto, avalanche, inundação) ou associada aos riscos da sociedade técnica (afundamento de um transatlântico, queda de um avião, acidente rodoviário), os agentes e as vítimas de uma carga policial, de uma perseguição de minorias, de um crime, etc.

c) A qualificação de uma pessoa como pertencente à *Zeitgeschichte* faz recuar as fronteiras da privacidade e mesmo da intimidade, como objectos autónomos de tutela penal. Naturalmente, tudo terá de acontecer em termos diferenciados, consoante se trate de pessoas da *Zeitgeschichte em sentido relativo* ou *absoluto*.

Face a uma pessoa da *Zeitgeschichte em sentido relativo*, o interesse público legítimo terá “de limitar-se ao *acontecimento* que lhe empresta” a qualificação.¹⁰³

O quadro é outro do lado das pessoas da *Zeitgeschichte em sentido absoluto*. Aqui a liberdade de imprensa só conhece um limite contrafactivamente assegurado pelas reacções criminais: o da *intimidade*, com o sentido e alcance que tentámos demarcar. Fora desse círculo, a regra será a liberdade da imprensa que verá a responsabilidade criminal afastada, logo por atipicidade. Que só não será total porque sempre se conhecerão excepções ditadas pelas diferenças apesar de tudo subsistentes no extenso e heterogéneo universo das *peçoas da história do tempo em sentido absoluto*.

(101) E o que vale para a gravidez, vale, por seu turno, para a notícia sobre a esterilidade. Foi o que o tratamento do *caso Soraya* permitiu pôr em evidência. Sobre o caso e as suas implicações, cf. por todos, ARZT, *op. cit.* p. 107.

(102) Cf. NEUMANN-DUESBERG, JZ, 1960, p. 1151 et seq. No mesmo sentido DEGENHART, JUS, 1992, p. 365 e seg; ARZT, *ob. cit.* p. 26 e segs; M. PRINZ, NJW, 1995, p. 820. Do lado da jurisprudência cf. v.g. as decisões do BGH de 09.06.1965 (NJW, 1965, p. 2148) e de 16.06.1966 (NJW, 1966, p. 2353).

(103) Cf. NEUMANN-DUESBERG, *ob. cit.* p. 115. No mesmo sentido, ARZT, *ob. cit.* p. 25 e seg. Em sentido convergente, falando de uma “notoriedade transitória” PAULO JOSE DA COSTA JR., *O Direito de Estar Só*, p. 41 et seq.

Nada, por exemplo, impõe que haja de ser igual o âmbito da privacidade penalmente relevante de pessoas como: de um lado, um dirigente político que deve exclusivamente à sua função o lugar que detém na galeria da *Zeitgeschichte*; de outro lado, uma vedeta do espectáculo que em boa parte deve a popularidade à contínua espiral de “escândalos”. Que provoca e com que provoca, de que alimenta a imagem (e os réditos materiais), tudo a fazer jus à expressão carregada de SCHÜNEMANN de “prostituição da própria intimidade”.

Neste quadro não deve seguramente considerar-se típica (do ponto de vista do crime de *Devassa da vida privada*) a notícia de que um dirigente político almoçou (e com quem) num determinado restaurante ou fez férias (e com quem) numa determinada instância. Mas talvez já o mesmo não possa dizer-se para a notícia de que ele passou discretamente a noite dançando (e com quem) numa discoteca. Pelo contrário, já não se compreenderia que as notícias sobre os locais (e horas) frequentadas e as companhias privilegiadas por aquela vedeta (ou sobre as suas consultas de ginecologia) fossem subsumidas na factualidade típica do crime, isto é, que atingissem o limiar mínimo da relevância jurídico-criminal.

c) Uma última observação para deixar uma referência apressada ao conceito e ao regime das chamadas *personas da Zeitgeschichte dependentes*.¹⁰⁴ Temos em vista aquelas pessoas que não pertencendo, por si, à *Zeitgeschichte*, mantêm relações particularmente estreitas com pessoas da *Zeitgeschichte*. Para simplificar as coisas, *quid inde* quanto à tutela penal da vida privada do cônjuge (namorado, noivo, amante, etc.) de uma *persona da história do tempo*? A benefício de

ulterior e mais aturada ponderação cremos que no essencial deve acompanhar-se NEUMANN-DUESBERG, que ainda aqui procura tirar partido da fecundidade hermenêutico-normativa da distinção entre *personas da Zeitgeschichte em sentido relativo* e *em sentido absoluto*.¹⁰⁵ Resumidamente, enquanto as primeiras não comunicam às pessoas “dependentes” a qualificação e o regime da *Zeitgeschichte*, já o inverso valerá para as segundas.

Nestes termos e reportando-se directamente a um caso da *praxis* jurisprudencial, considera NEUMANN-DUESBERG que a mulher de um juiz condenado pelo crime de *Burla* não pertence à *Zeitgeschichte*, devendo, por isso, ser-lhe assegurada a normal tutela típica da privacidade.¹⁰⁶ Diferentemente, já quem casa com uma pessoa da *Zeitgeschichte em sentido absoluto* (v.g. o anónimo guardacostas que casa com a princesa) passa e

(105) Cf. NEUMANN-DUESBERG, JZ, 1960, p. 117 et seq. O critério proposto por NEUMANN DUESBERG parece-nos em qualquer caso preferível ao sugerido por ARZT, que privilegia a contraposição entre pertinência à *Zeitgeschichte* por razões *positivas* e pertinência por razões *negativas*. Cf. *ob cit.* p. 108 et seq.

(106) Cf. NEUMANN-DUESBERG, *ob. loc. cit.* Como o autor enfatiza, terá, pelo menos, de ser assim na medida em que o casamento não tenha conexão com o crime. Já seria diferente na hipótese inversa: se, v.g., a mulher tivesse participado (com o juiz) na morte da primeira mulher do juiz, precisamente em vista do casamento com ele. Sobre o direito à privacidade/intimidade das pessoas que retornam à condição de cidadãos comuns, com o termo ou a renúncia à carreira e à semelhança de CHARLES DE GAULLE, colocam à entrada do seu retiro (Colombey-lesdeux-églises): “propriedade privada: entrada proibida”, cf. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *O Direito de Estar Só*, p. 41 et seq.

(104) Sobre o conceito, ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 108.

o ipso a pertencer ao círculo das *pessoas da história do tempo*.

14. a) Como deixamos antecipado, também em sede de *ilicitude/justificação* volta a aflorar o propósito de alargar a fragmentaridade da tutela penal da privacidade/intimidade face aos sacrifícios decorrentes do exercício da liberdade de imprensa. Na impossibilidade de levar as coisas mais longe, deixaremos uma nota apressada e conclusiva sobre a chamada *prossecação de interesses legítimos*. Trata-se de uma específica derimente da ilicitude, inscrita na Parte Especial do Código penal e expressamente associada aos *crimes contra a honra* (artigos 180 e segs.) e ao crime de *Devassa da vida privada* (artigo 192). Tudo permitindo concluir que ela será igualmente aplicável a crimes como a *Violação de segredo* (artigo 195). Tudo permitindo outrossim adiantar que os jornalistas figurarão entre os destinatários normais e privilegiados desta derimente da ilicitude.

A *prossecação de interesses legítimos* do Código Penal português presta homenagem à experiência jurídico-penal germânica centrada sobre o § 193 do StGB, *Wahrnehmung berechtigter Interessen*.

Uma experiência secular, feita de controvérsias, de avanços e recuos. E onde ainda hoje praticamente tudo persiste como motivo de dissonância: desde o âmbito e alcance da figura, ao seu estatuto dogmático e inserção sistemática, à fundamentação axiológico-normativa, até à precisa determinação dos elementos nucleares do regime. O que em boa medida se deve à ambiguidade estrutural e atávica do § 193, que remonta a 1871 e, por vias disso, vem conhecendo interpretações e construções que se sucedem ao ritmo do cortejo histórico de mundivisões culturais, políticas, jurídicas e doutrinárias.

Como seria de esperar, o legislador português — nesta parte influenciado pela doutrina de FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁷ — procurou ultrapassar algumas das limitações mais comprometedoras do preceito alemão, obviando a muitas das antinomias do intérprete e aplicador germânico. O que que não significa — longe disso — que o gesto do legislador tenha solucionado de forma definitiva questões que só à doutrina e jurisprudência cabe afrontar. É o que não pode perder-se de vista quando se lançar um olhar sobre os aspectos mais marcantes da *prossecação de interesses legítimos* no contexto do artigo 192, 2 do Código Penal. Segundo o qual: “*o facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante.*”

b) Numa primeira aproximação, começa por avultar a decisão de limitar a eficácia derimente às condutas típicas de devassa que contendem com a *vida privada*, e a *doença grave*. Descontado o caso específico da *doença grave* fica, assim, fora do alcance da *prossecação de interesses legítimos a vida íntima*, como área nuclear subtraída à lógica da *ponderação de interesses*.

Quanto aos interesses levados à balança, reclama que se trate de interesses *públicos e relevantes*. Uma exigência que acaba por resultar em privilégio de agentes como os jornalistas, tendo em conta a eminente dignidade comunitária e constitucional da liberdade de imprensa nos limites da sua *função pública*. Com a consequente exclusão do cultivo do *escândalo* e do *sensacionalismo*, como referente axiológico da justificação.

b) Diferentemente do que sucede no capítulo dos crimes contra a honra, a *prossecação de interesses legítimos* não

(107) Cf., do autor, sobretudo, *RLJ*, 115 (1982/3) p. 100 et seq.

integra aqui um momento de *risco permitido*. Pertencendo a verdade da imputação à facticidade típica, não faz sentido erigir a *prova da verdade* ou a *confiança na verdade* em elemento da justificação¹⁰⁸. Por vias disso, também não faria sentido reclamar aqui um particular *dever de informação* ou *comprovação*, idêntico ao que é reclamado pela justificação da imputação de factos desonrosos.

A fundamentação axiológico-normativa terá de assentar exclusivamente no princípio geral da ponderação de interesses. Apesar de tudo, com diferenças significativas em relação à concretiza-

ção arquetípica do *direito de necessidade* e que refazem a continuidade com a *prosecução de interesses legítimos*, enquanto derimente da ilicitude indiciada pelos atentados típicos à honra. E que legitimam a unificação dogmático-categorial. Resumidamente, também aqui a justificação não pressupõe uma *situação de perigo* nem a *superioridade sensível* do interesse a salvaguardar. Isto é, também aqui avulta sobremaneira a dimensão *dinâmica e inovadora* – sc., a abertura à emergência e afirmação de novos valores ou interesses – afinal de contas, a marca da *prosecução de interesses legítimos*.

(108) Como o fazia, por exemplo o § 145 do *Projecto Alternativo* alemão, em nome de uma comunicabilidade que neste preciso ponto não se dá.