

MEDIATIZAÇÃO DA JUSTIÇA E PROTECÇÃO DE DIREITOS PESSOAIS *

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR

Analisa-se a liberdade de opinião, informação e de imprensa enquanto liberdade fundadora das democracias livres e plurais e os perigos do abuso dela nas sociedades modernas hiper-mediáticas. Neste particular, discute-se, com apoio nas normas constitucionais e no confronto com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o fenómeno da mediatização da Justiça e o seu potencial lesivo de princípios e direitos fundamentais como a presunção de inocência, protecção da vida privada, imagem e a honra. Conclui-se pela equivalência axiológica daquela liberdade e destes direitos e pela necessidade de dirimir os conflitos entre ambos tendo por horizonte o princípio da proporcionalidade nas suas várias dimensões normativas.

1. Na nossa contemporaneidade as sociedades são efervescentes e de hiper-comunicação.

São sociedades inquietas, com descontinuidade de valores, voláteis, decompostas em múltiplas racionalidades que se justapõem ou sobrepõem.

É o tempo de efémero, em que parece não haver memória do passado nem sentido do futuro.

São, por isso, sociedades descontentes e conflituais, com variados modos e meios de expressão dos conflitos, onde emergem supostos valores que são novos mitos, rebeldes a desconstrução, porque assumem ao mesmo tempo o lado exterior da força simbólica da invenção de valores e a fragilidade racional dos mitos.

A mediatização da justiça constitui uma das marcas mais recentes e impressivas das sociedades de comunicação — na dimensão externa que hoje apresenta tem não mais de 15 anos (e poderemos recordar, certamente, os eventos e os actos iniciais deste processo mediático).

A administração da justiça, especialmente as matérias tratadas pela justiça penal e os seus campos normativos, substantivos e processuais, convivem hoje com uma nova e intensa visibilidade nas actuais sociedades de comunicação e de democracia de verificação.

Mas a dimensão actual — com as expressões que por vezes atinge — aconselha, ou melhor, impõe, uma profunda reflexão, certamente democrática

* Texto que serviu de base à intervenção na Sessão de Apresentação da Associação Jurídica do Algarve, Faro, 2 de Novembro de 2010.

na substância, mas que não pode ser condicionada pela intangibilidade icónica de alguns supostos valores erigidos em mitos da pós-modernidade.

2. A mediatização da justiça condiciona em círculo de auto-retorno as representações sociais.

As representações sociais da justiça que tomaram o espaço público nos anos mais recentes são essencialmente comunicacionais e de opinião. Pela força da expressão e intensidade dos meios a comunicação condiciona a agenda e expande influência; o registo que fica é o registo que se comunica e que conforma outras representações da justiça.

Notícias, em recomposição factual de fragmentos que lhes retira rigor e sentido e que não permitem ler o conjunto, artigos de “fazedores de opinião”, discussões em espécie de democracia em directo em formato popular dos vários fóruns que preenchem horas de emissão na rádio e na televisão, constituem elementos de recomposição, e muito provavelmente de reordenamento das representações.

Para tanto há certamente explicações. Razões dos tempos e das circunstâncias, mas também uma razão política (de *policy*, e não de *politics*) que se encontra nas novas exigências e em outras formas ou modos de acção e de funcionamento da democracia.

As complexas sociedades da contemporaneidade transformaram-se em sociedades de desconfiança. A confiança como «instituição invisível» erodiu-se, e a legitimidade e a confiança só excepcionalmente e por breves tempos se encontram acidentalmente confundidas; mesmo quando se revela nos sentimentos e no discurso, o «estado de graça» é efémero.

As sociedades de desconfiança, com entropias representativas, geram mecanismos de verificação: a democracia, sendo, hoje, em muito, democracia de opinião, é também democracia de fiscalização.

As formas de desconfiança em relação às instituições e aos poderes assumem uma confrontação permanente, emergindo contra-poderes ou poderes complementares, que se estruturam, informalmente, em modelos pluriformes já teorizados como “contra-democracia”¹. Não como mecanismos a-democráticos ou anti-democráticos, mas enquanto formas inseridas numa dimensão maior e mais complexa de intervenção democrática, pondo à prova os poderes, e radicalizando e desenvolvendo a ideia de fiscalização ou vigilância.

Os cidadãos procuram intervir como juízes. Juízes não em sentido judiciário, mas político, participando sob diversas formas no julgamento dos poderes, sobretudo pela mediação comunicacional (a televisão e a intensidade que permite tem sido exponencial), mas também sob formas mais ou menos organizadas de actividade militante — embora os media se assumam a um tempo como catalisadores e provocativos da exacerbação da ideia de fiscalização do povo-juiz.

¹ PIERRE ROSANVALLON, “La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance”, ed. Seuil, 2006.

Nas manifestações dos «poderes complementares» emerge uma ideia de julgamento — julgamento dos poderes da sociedade, imediata e directamente, sem as mediações institucionais, por vezes em deriva de populismo como «patologia específica da contra-democracia» ².

A justiça e as suas instituições, porventura em tempo mais tardio que outras instituições, encontram-se também no centro do julgamento numa contradição entre uma «atribuição *ex ante* de confiança» e um «exercício *ex post* de desconfiança» ³.

A propensão da opinião para alargar a sua jurisdição imediata e informal ao conjunto da vida pública, assume, no entanto, por regra, uma forma negativa de apropriação social dos poderes. A verificação e a fiscalização transformam-se, não raras vezes, em pretensão de sobreposição de critérios e mesmo de decisão.

Nas esferas de actividade das instituições de justiça, as manifestações de vigilância ou reacção dos meios não institucionais parecem produzir ou actuar em revolução conceptual: a justiça não é mais julgada pela aplicação da lei, mas apenas pelos resultados.

Parece estabelecer-se a centralidade de uma espécie de “tribunal do povo”, em que se revelam todas as contradições da democracia de opinião e de fiscalização, inimiga das mediações institucionais.

Em relação aos casos judiciais — fragmentários, de apelo moral ou sublinhados por coligações negativas — a exterioridade da vigilância, acrescentada pela pressão dos medias, caracteriza-se sobretudo por uma grande reactividade ao escândalo, uma sensibilidade exacerbada pelo sofrimento individual mais do que à transgressão moral, polarização na segurança, impaciência e urgência em saber e em denunciar ⁴.

3. A mediatização da justiça integra um dos aspectos dos mais relevantes da liberdade de informação e comunicação — e especificamente da liberdade de imprensa.

A informação e a discussão pública sobre a administração da justiça são condições para a criação de confiança numa instituição basilar do Estado democrático.

A existência de uma justiça aberta constitui uma condição fundamental do compromisso com o primado da lei. Jeremy Bentham afirmava que «*Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself, while trying, under trial*».

A liberdade de informação, no sentido de liberdade de recolha, transmissão e comunicação de factos, informações, opiniões e ideias, em continuidade

² Cfr., *idem*, p. 269.

³ Cfr. *idem*, p. 205.

⁴ Cfr., ANTOINE GARAPON e DENIS SALAS, “Les nouvelles sorcières de Salem; leçons d’Outreau”, ed. Seuil, p. 57.

e contiguidade materiais com a liberdade de expressão como «conceito multidimensional», constitui uma liberdade fundadora e condição essencial da construção da democracia em sociedades livres e plurais.

A liberdade de imprensa, como liberdade instrumental da liberdade de expressão e informação, tem inscrição constitucional — artigos 37.º e 38.º da CRP. A expressão e divulgação livre do pensamento pela palavra, imagem ou qualquer outro meio, bem como o direito de informar e de ser informado sem impedimentos ou discriminações constitui um dos direitos, liberdades e garantias pessoais constitucionalmente consagrados.

A liberdade de imprensa, por seu lado, inscrita também como um dos direitos, liberdades e garantias constitucionais implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores da imprensa — artigo 38.º, n.º 1, alínea a), da CRP.

A liberdade de expressão e informação e a liberdade de imprensa constituem direitos fundamentais acolhidos nas constituições democráticas, e têm assento em instrumentos internacionais vinculativos de protecção dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (que nos termos do artigo 16.º, n.º 2, da CRP constitui fonte para interpretação e integração dos direitos fundamentais) consagra, também, o direito dos indivíduos à liberdade de opinião e expressão, que implica o direito de procurar, receber e difundir informações por qualquer meio de expressão e sem consideração de fronteiras — artigo 19.º

A Convenção de Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (conhecida por Convenção Europeia dos Direitos do Homem — CEDH) garante no artigo 10.º, par. 1 o direito de qualquer pessoa à liberdade de expressão, compreendendo a liberdade de opinião e de receber ou transmitir informações ou ideias, sem ingerência de qualquer autoridade pública (salvas as condições estritas do par. 2), e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos protege também o direito no artigo 19.º, n.º 2 (com os deveres especiais e responsabilidades nos termos do par. 3).

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o direito no artigo 11.º

No que respeita á imprensa, a concretização dos direitos na realização da definição constitucional está assegurada através da Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro — LI) e do Estatuto do Jornalista (Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, modificado pela Lei n.º 64/2007, de 6 de Novembro — EJ).

A Lei de Imprensa afirma no artigo 1.º a liberdade de imprensa, que «abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado sem impedimentos, discriminações ou limitação por qualquer tipo de censura», e «implica o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais dos jornalistas, nomeadamente a liberdade de expressão» — artigo 2.º, n.º 1.

Por seu lado, a liberdade de expressão e de criação dos jornalistas não está sujeita a impedimentos ou discriminações — artigo 7.º, n.º 1, do EJ.

4. A liberdade de informação e de imprensa foram-se constituindo em fundamento e condição da existência de sociedades livres, que se construíram, afirmaram e fortaleceram na pluralidade e na abertura que a liberdade de informação proporcionou.

A liberdade de imprensa conquistou mesmo um estatuto material de super-liberdade, numa agregação complexa da densidade política de *primary right* como *life blood of democracy* ⁵, com a retracção ou o auto-confinamento de outros direitos, condicionados, e por vezes minorizados, pela força crescente e expansiva do chamado «poder mediático».

Mas a imprensa, querendo ser contra-poder ou anti-poder, transformou-se verdadeiramente em meta-poder.

No rigor das correlações de força nas sociedades complexas da contemporaneidade constitui um verdadeiro e efectivo poder de facto, que em confusão de papéis ultrapassa e se sobrepõe aos poderes institucionais, envolto, ou envolvendo-se, no manto diáfano do exercício do escrutínio.

5. Mas é necessário e urgente voltar à limpidez do essencial na determinação do papel da liberdade de informação como condição da democracia.

A liberdade de informação está ao serviço dos indivíduos e do seu direito fundamental à liberdade — livres de viver e de desenvolver a personalidade de cada um, e consequentemente de se exprimir em movimento para o exterior e obter informação necessária.

Mas, tendo sido sinónimo de libertação pela difusão do saber e do conhecimento, a comunicação revela hoje uma outra face — tornou-se presença obsidiante e ideologia opressiva de uma espécie de totalitarismo comunicacional — *tout communication* —, podendo ter atingido verdadeiramente o limite do suportável.

Impondo-se como obrigação absoluta e inundando todos os aspectos da vida, acaba por exercer uma verdadeira tirania — a tirania da comunicação ⁶.

Tudo se modificou sob a influência do meio de informação dominante — a televisão.

A realidade deixou de ser o que é, para passar a ser o complexo emaranhado natural-social produzido como resultado das vivências e do existir. O real construído sobrepõe-se ao real.

Na sociedade mediática de massa, tal resultado é, sobretudo, obra dos meios de comunicação.

Hoje, se tivermos atenção e cuidado na análise, vemos informação inexacta, pouco plural, construindo uma imagem virtual e distorcida da realidade, criação de notícias e deformação dos acontecimentos em fluxos constantes,

⁵ Cf. Lord Neuberger of Abbotsbury, *Privacy & Freedom of Expression*, Eton, 28 de Abril de 2010 (sitio internet «Judiciary of England and Wales»).

⁶ Ignacio Ramonet desenvolveu o conceito já em 1999, no ensaio *La Tyrannie de la Communication*, ed. Galilée.

comunicação orientada pelas emoções com dados modificados, exagerados e descontextualizados, notícias a partir de acontecimentos fictícios ou inventados, recurso a frases feitas e a estereótipos ⁷.

Tudo a reforçar erros cognitivos dos destinatários da informação.

Em particular, a distorção mediática da imagem da justiça é brutal.

Imprensa, rádio e televisão, empurrados pelos estudos de opinião, constroem uma realidade que não é a reprodução do real, do sucedido, nem a antecipação do que poderá acontecer, mas a construção e a invenção do próprio facto, organizado segundo as pautas dominantes de cada contexto. ⁸

No fascínio pelo espectáculo fácil de cada acontecimento sem valor e sem contexto, os meios de comunicação desconceptualizaram a informação, mergulhando pouco a pouco numa vulgaridade próxima, por vezes, do patético.

A informação — qualquer informação — mesmo que seja referida a factos ou a situações material e juridicamente complexas, é simplificável e simplificada, redutora, convertida em espectáculo de massa, condensada e esquematizada com desprezo pelo real e pela análise.

O mimetismo mediático, com a replicação levada ao excesso e *ad nauseam*, produz um efeito «bola de neve», e a hiper-emoção, como figura característica da sobre-informação, em que o sensacional, o espectáculo e o *pathos* substituem o rigor conceptual e a consideração estrita dos factos, confrontam a leitura dos factos judiciais e a aplicação das soluções da lei, sobretudo no processo penal e nos campos de complexas emoções no domínio dos conflitos familiares, com espaços de desrazão, que impedem quer uma perspectiva externa da racionalidade crítica, quer uma atitude interna e institucional de informação.

A exigência de visibilidade e a transparência, misto de razão e mito, com a conseqüente menoridade racional, acrescenta aporias intransponíveis na compreensão dos papéis e na coordenação dos tempos.

É a sociedade de comunicação que nos inunda e invade, «com a sua linguagem, o seu ambiente e os seus mitos, o avolumar dos estereótipos e do ruído, os novos magos e ilusionistas da democracia directa e a transparência levada á quinta essência do ideal democrático» ⁹.

E que nos serve julgamentos definitivos sobre factos incompletos ou mesmo desconhecidos, a aceitação, com a maior naturalidade, da vulgarização dos meios mais invasivos, a intromissão sem proporcionalidade nos direitos fundamentais, e a exposição de pessoas como protocolpadas num processo de inversão de valores constitucionais e de absoluto desprezo por direitos inerentes à fundamental dignidade da pessoas humana, com submissão a um processo mediático informal e totalitário e sem defesa.

⁷ Cf. JUAN L. FUENTES OSORIO, "Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia*, 16 (2005), p. 3 ss.

⁸ Cf., análise de JOSE VIDAL-BENAYO, "La Corrupción de la Democracia", 2010, p. 71 ss.

⁹ Intervenção de CUNHA RODRIGUES, na Abertura de Seminário "Justiça e Comunicação Social", Lisboa, 10 de Outubro de 1996.

Acresce o messianismo mediático, que se quer assumir como a justiça do tempo breve, numa atitude salutista contra as exigências — insuportáveis para os novos messias — do tempo necessário da justiça.

É «*le culte de l'instant, la religion de la vitesse et l'apologie de la superficialité*»¹⁰, e a «ditadura multiforme da urgência» imposta pelo frenesim do momento.

A tirania da urgência do «tempo breve» deixa a justiça sem tempo e expulsa a razão do tempo da justiça.

Parece que tudo vale nesta época de regresso à dimensão medieval do pelourinho, que julga e condena em directo e sem apelo.¹¹

Mas a liberdade, que existe em função das pessoas como direito fundamental do ser humano e condição da democracia, não pode, por isso mesmo, desconsiderar no seu exercício os direitos pessoais ou constituir-se em perigo para a própria democracia.

A liberdade de expressão e de informação que surgiu como direito superior, e essência do paradigma democrático, não pode deixar de ser, em si mesma, um direito com limites e condições de exercício, ou também limitado por outros direitos individuais quando tais limites concretizem uma «necessidade democrática».

Não poderá haver acomodação à «insustentável leveza da protecção concedida aos bens jurídicos pessoais que se referem à personalidade moral», que actualmente se manifesta.

A teoria dos limites dos direitos fundamentais, e dos limites aos limites na complexa interacção entre direitos, que aparenta ser um enigma de resolução impossível, revela o que por vezes se designa como paradoxo entre a consideração da liberdade de informação como «primeira liberdade», «super direito» ou «super liberdade» e os limites que também se lhe impõem em função das circunstâncias¹².

O paradoxo — muito construído também por uma dimensão unilateral, de auto-centramento e auto-referencial — introduz um acentuado grau de ambiguidade num regime que deveria ser, e só pode ser, límpido, certo e seguro.

A segurança, certeza e limpidez do regime tem de partir da aceitação da similitude hierárquica e axiológica, constitutiva ou constitucional de direitos quando ocupem o mesmo espaço de intervenção em sobreposição de campos de valoração.

A isonomia de valores, sem projecções axiológicas hierárquicas dentro do mesmo plano constitucional, impõe a consideração da liberdade de infor-

¹⁰ Editorial de Jean Daniel, *Nouvel Observateur*, 7-13 de Outubro 2010.

¹¹ FARIA COSTA, "Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n.º 3958 (Setembro-Outubro), p. 48 ss.

¹² Cf. LAURIANE JOSENDE, *Liberté d'expression et démocratie, Réflexion sur un paradoxe*, Ed, Bruylant, 2010, p.,

mação no mesmo nível dos direitos individuais da esfera privada constitucionalmente protegidos; a esfera privada constitui, por isso, uma fonte plural de limitações recíprocas.

Há, assim, que reinterpretar o axioma político ao invés do mito que faz da liberdade de expressão e de informação uma liberdade superior a outros direitos de idêntico nível constitucional.

A comunicação e os medias, sobretudo a televisão, transformaram a substância da informação, derivando da essência da democracia e do exercício necessário à saúde da democracia, para uma disformia pós-democrática, para não dizer democraticida, e pelo exagero e falta de rigor, ou como consequência da construção ou reconstrução abusiva da realidade, estão a criar o ambiente para a afectação dos modelos de vivência e de regras fundamentais das sociedades democráticas.

Por isso, pela deriva que escolheram, muitos dos medias não podem ser vistos, hoje, pelo prisma dos princípios superiores em que a comunicação construiu a sua história e o seu papel essencial na consolidação da democracia, impondo-se, sem tabus ou receio de afrontar mitos, uma alteração de paradigma.

Os medias, hoje, estão a contribuir intensamente para a destruição do paradigma democrático. Jacques Julliard sublinhava já, há meia dúzia de anos, a necessidade e a exigência de uma intervenção de cidadania para trazer à comunicação social a seriedade e a dignidade. Sobretudo — salientava — a dignidade.

A reinterpretação que é imposta tanto por considerações axiológicas, como pela rejeição das hierarquias de facto, empíricas ou abusivamente construídas pela força dos titulares de alguns direitos, terá de ser o resultado de um compromisso entre o estatuto simbólico e político constitutivo da liberdade de informação e as exigências quotidianas de um sistema ontologicamente pluralista.

O estatuto político — e simbólico — da liberdade de informação, e a sua dimensão inicial de condição da democracia, não podem significar a supremacia ou a natureza de super direito com valor superior de ordenação e sobreposição.

A coordenação com outros direitos fundamentais constitui, por isso, uma exigência de compromisso ou de concordância prática nas circunstâncias quotidianas de um sistema pluralista.

Todos os direitos fundamentais, sejam cívicos e políticos, sejam pessoais, constituem «decisões valorativas de natureza jurídico-objectiva», que se impõem sem hierarquias *ex ante* a todos os órgãos legislativos, judiciais ou executivos.

Fora o valor da eminente dignidade da pessoa humana, não existem direitos fundamentais de exercício total; sem limites, o exercício tornar-se-ia antidemocrático e tirania.

6. A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, não obstante o respectivo lugar constitucional, estão, pois, como outros direitos fundamentais, sujeitos a condições ou limites que são impostos pela consideração dos valores ou direitos com semelhante dignidade constitucional.

Algumas formas de mediatização da justiça podem suscitar dificuldades de coordenação com direitos pessoais, sobretudo se ocorrer desconsideração do princípio da presunção de inocência ou a afectação de direitos inerentes à personalidade, à protecção da vida privada ou à imagem.

No que respeita a valores inerentes à personalidade, a Constituição assegura no artigo 26.º, n.º 1, a protecção dos direitos ao bom nome e reputação, à imagem, e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A lei tutela em geral no artigo 70.º do CCv. a personalidade individual, determinado a protecção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à personalidade física e moral, e especificamente protege no artigo 484.º do CCv aspectos particulares da personalidade moral, impondo a reparação dos danos causados por «quem afirmar ou difundir facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa singular ou colectiva».

O crédito ou o bom nome são, pois, elementos que compõem e integram os direitos inerentes à personalidade, tanto no plano da seriedade e honestidade negocial, como na reputação, que é «a consideração dos outros na qual se reflecte a dignidade pessoal» e que pode ser afectada «independentemente de se atribuírem qualidades eticamente aviltantes». A reputação «representa a visão exterior sobre a dignidade de cada um, o apreço social, o bom-nome de que cada um goza no círculo das suas relações» ou da comunidade onde se insere.

A ofensa ao bom-nome abala o prestígio e a consideração social de que uma pessoa goze, perturbando o conceito e a apreciação positiva com que alguém é considerado no meio social onde se insere e se desenvolve a sua vida: o prestígio coincide, assim, com a consideração social das pessoas, que se projecta em perspectiva relacional entre a pessoa e o meio social.

A própria LI assume os limites, dispondo no artigo 3.º que «a liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática».

7. A metodologia da concordância prática parte necessariamente da inexistência de superioridade política da liberdade de informação em relação a outros direitos fundamentais de natureza pessoal.

A coordenação, compatibilidade ou concordância prática em casos de confluência ou conflito devem considerar o «efeito recíproco de mútuo condicionamento entre normas protectoras de diferentes bens jurídicos», que impõe que «a violação do núcleo essencial do direito ao bom nome de reputação dificilmente poderá ser legitimada com base no exercício de um outro direito fundamental» ¹³.

¹³ Cf. JÓNATAS MACHADO, "Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social", 2002, p. 767.

Na consideração do «efeito recíproco de mútuo condicionamento», a demonstração da existência de um interesse socialmente relevante, não estritamente político ou público, que justifique a conduta expressiva, constitui um elemento essencial de avaliação, uma vez que «dadas as dimensões públicas do crédito e do bom nome há que ponderar o impacto negativo efectivo da expressão nos bens jurídicos em presença, comparando-a com o impacto positivo das expressões na transparência e na verdade das relações sociais» ¹⁴.

A complexidade da ponderação de valores no confronto entre expressões comunicacionais que formal e substancialmente se assumem como exercício da liberdade de expressão na comunicação social, e as consequências no plano dos direitos individuais das pessoas afectadas, tem sido objecto de variadas intervenções do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) na interpretação e aplicação do artigo 10.º da CEDH. O TEDH construiu e densificou uma doutrina que, dada a força vinculativa da Convenção (artigos 1.º e 46.º, par. 1), tem relevante valor de referente no círculo hermenêutico do complexo normativo (interno e internacional, com aplicação directa) que deve ser considerado, e constitui um modelo jurisprudencial fundamental para a realização da concordância prática entre direitos.

O artigo 10.º da CEDH garante a “liberdade de expressão”, dispondo no par. 1 que «Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações e ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. [...]».

Mas no par. 2, reconhecendo o carácter não absoluto do direito enunciado, prescreve que «o exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas na lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial, ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial».

Na interpretação e aplicação desta disposição relativamente à liberdade de imprensa, a jurisprudência do TEDH tem revelado coerência num registo de protecção forte, em regra com acentuado balanceamento em desfavor de direitos pessoais.

Os princípios e a definição dos critérios inscrevem-se em fórmulas verdadeiramente tabelares e recorrentemente utilizadas.

Tomem-se, em síntese, como exemplo, algumas recentes formulações ¹⁵.

¹⁴ Cf. JÓNATAS MACHADO, *ibidem*, p. 770.

¹⁵ Cf., v. g., os acórdãos LOPES GOMES DA SILVA c. Portugal, de 28 de Setembro de 2000; ROSEIRO BENTO c. Portugal, de 18 de Abril de 2008 e AZEVEDO c. Portugal, de 27 de Março de 2008, para só referir casos portugueses.

«A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada pessoa. Sob reserva do parágrafo 2.º, a liberdade de expressão vale não só para as “informações” ou “ideias” acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que melindram, chocam ou inquietam. Assim é exigido pelo pluralismo, pela tolerância e espírito de abertura sem os quais não existe “sociedade democrática”. Como determina o artigo 10.º, esta liberdade está sujeita a excepções que devem, contudo, ser interpretadas restritivamente, e a necessidade de qualquer restrição deve ser demonstrada de maneira convincente».

«Estes princípios revestem uma particular importância para a imprensa. Se esta não deve ultrapassar os limites fixados em vista, nomeadamente, “da protecção de reputação de outrem”, incumbe-lhe contudo transmitir informações e ideias sobre questões políticas bem como sobre outros temas de interesse geral.

Quanto aos limites da crítica admissível eles são mais amplos em relação a um homem político, agindo na sua qualidade de personagem pública, que um simples particular. O homem político expõe-se inevitável e conscientemente a um controlo atento dos seus factos e gestos, tanto pelos jornalistas como pela generalidade dos cidadãos, e deve revelar uma maior tolerância sobretudo quando ele próprio profere declarações públicas susceptíveis de crítica. Certamente tem direito à protecção da sua reputação mesmo fora do âmbito da sua vida privada, mas os imperativos de tal protecção devem ser comparados com os interesses da livre discussão das questões políticas, impondo as excepções à liberdade de expressão uma interpretação restritiva».

«O adjectivo “necessária”, com o sentido do artigo 10.º, § 2.º, pressupõe a existência de uma “necessidade social imperiosa”. Os Estados contratantes gozam de uma certa margem de apreciação para julgar sobre a existência de uma tal necessidade, mas esta margem deve ser acompanhada por um controlo europeu que tem por objecto simultaneamente a lei e as decisões que a aplicam, mesmo quando tais decisões emanem de uma jurisdição independente. O Tribunal tem, pois, competência para estatuir em última instância sobre a questão de saber se uma “restrição” se concilia com a liberdade de expressão protegida pelo artigo 10.º».

«No exercício do seu poder de controlo, o Tribunal deve apreciar a ingerência à luz das circunstâncias do caso tomado no seu conjunto, incluindo o conteúdo das críticas que são censuradas ao requerente e o contexto em que as produziu. Compete ao Tribunal determinar nomeadamente se a ingerência criticada era “proporcionada às finalidades legítimas prosseguidas” e se os motivos invocados pelas autoridades nacionais para justificar a ingerência se mostram “pertinentes e suficientes”. Neste julgamento, o Tribunal deve estar convencido de que as autoridades nacionais aplicaram regras conformes aos princípios consagrados no artigo 10.º e, além disso, fundamentando-se numa apreciação aceitável dos factos pertinentes».

«Uma opinião, por definição, não se presta a uma demonstração de veracidade. Pode, no entanto, revelar-se excessiva, nomeadamente na ausência de qualquer base factual».

Nesta perspectiva, expressões por vezes marcadas, capazes de se constituir isoladamente como ofensivas, podem ser consideradas como estando no mesmo patamar («à medida») da indignação causada por anteriores conteúdos expressivos da pessoa a quem a expressão contestada foi dirigida (v. g., o termo “imbecil” [“Trotel”] objecto de apreciação no caso *OBERS-CHLICK c. Áustria*, de 1 de Julho de 1997).

Uma determinada expressão, com efeito, não obstante uma primeira interpretação ou sentido desvaliosos, pode não constituir um ataque pessoal gratuito ou injustificado, quando seja fornecida uma explicação objectivamente compreensível, resultante de propósitos e intervenções directamente provocatórios da pessoa visada, inseridos no contexto de uma discussão de interesse público ou de debate de natureza política ¹⁶.

O TEDH também se pronunciou especificamente sobre a mediatização da justiça, referindo que numa sociedade democrática os tribunais devem inspirar uma grande confiança e não revelar qualquer pré-juízo ou atitude preconcebida; por isso, os Estados devem poder tomar as medidas adequadas para proteger esta função fundamental.

A boa administração da justiça deve ser considerada como um valor e um meio de prosseguir o princípio fundamental da preeminência do direito, não sendo conciliável com a ideia de “processos através da imprensa” (*trial by newspaper*).

O TEDH condena, assim, a sobremediatização de certos processos, especialmente relativos a figuras públicas, a fim de garantir a presunção de inocência dos acusados e o exercício sereno da justiça ¹⁷.

Refira-se também que o TEDH tem salientado que revelação pela imprensa, exercendo o direito de denúncia em assuntos de interesse público e social relevante, de situações que podem causar inquietação, pode justificar «alguma dose de exagero ou mesmo de provocação» como meio de sublinhar a força da mensagem ou da revelação.

Mas, não obstante a semântica e a imagem sugestivas da fórmula que o TEDH usa, tem de haver, neste particular aspecto, algum cuidado e sentido *grano salis* na interpretação deste *sound byte* jurisprudencial, sem leituras de valor facial que a adequação e a proporcionalidade não suportariam. Alguma «dose exagero e mesmo de provocação», na interpretação da jurisprudência, tem de ser sempre compreendida no contexto, pela gravidade dos factos relatados e «na medida» da indignação que suscitem.

¹⁶ V., de certo modo, o acórdão do TEDH no caso *GOMES DA SILVA c. Portugal*, cit., publicado na “*Revista Portuguesa de Ciência Criminal*”, Ano 11 (2001), Fasc. 1, Janeiro-Março 2001, p. 131.

¹⁷ Cfr. acórdão *WORM c. Áustria*, de 29 de Agosto de 1997, ‘*Recueil*’ 1997-V.

Esta fórmula recorrente do Tribunal não tem, por si mesma, qualquer significado de substância, é vazia e intelectualmente perigosa e mesmo contraditória quando os critérios de proporcionalidade são essenciais à decisão: o «exagero» (para não falar na «dose de provocação») é radicalmente contrário ao juízo de proporção.

Nunca poderia, por isso, chegar ao limite de afectar o direito ao bom nome, ou a intromissão na vida privada sem qualquer necessidade ou proporcionalidade.

8. No rigor, as várias formulações possíveis revertem, na essência, à ponderação sobre a intensidade ou a prevalência do interesse público que a informação prossegue e os direitos pessoais que sejam afectados.

A razão — «a necessidade social imperiosa» «numa sociedade democrática» para protecção de outros direitos públicos e privados — reverte substancialmente para critérios e para uma relação de proporcionalidade.

A proporcionalidade constitui um juízo de razão para superação social e jurídica de extremos; é também uma atitude de espírito formado no sentido comum das coisas, sem comprometimentos de prejuízos ou preconceitos ou de proximidade com algum dos valores parcelares em confronto e em composição; é razoabilidade, adaptação, possibilidade e sentido de equilíbrio nas composições.

O juízo de proporcionalidade é a procura de um espaço para muitas razões e não o absolutismo de uma só razão ou o relativismo de distintas razões; é um juízo dinâmico, plural e complexo.

A proporcionalidade é *mitezza*, serenidade como virtude activa e virtude social, na aproximação relativa entre categorias dogmáticas e exemplos retirados do quotidiano ¹⁸.

A proporcionalidade constitui o critério e a razão para a composição e equilíbrio entre direitos de igual valia constitucional. A concordância prática pressupõe cedências e limitações recíprocas de modo a que possa ser preservado o essencial e o núcleo verdadeiramente constitutivo de cada direito.

A procura das condições jurídicas da concordância prática entre direitos fundamentais de acordo com a injunção constitucional do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição é função dos tribunais. Há, aqui, verdadeiramente uma reserva de juiz.

A protecção dos direitos das pessoas afectadas pela exposição mediática de casos da justiça tem de ser obtida na concordância prática, segundo juízos de proporcionalidade, entre os direitos afectados e o interesse público que cumpre à comunicação social realizar. Os direitos pessoais que podem ser afectados reverterão sobretudo à honra, ao bom nome, à reputação e consideração social,

¹⁸ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 47, Março-Abril de 2004. p. 64-65.

à reserva da vida privada e familiar e o direito à imagem; por vezes, componentes essenciais da personalidade moral como a tranquilidade pessoal podem ser afectados, desde o direito à paz civil ao direito ao esquecimento.

A concordância entre direitos, que pressupõe o respeito no máximo denominador possível pelo núcleo essencial dos direitos, deve ser prosseguida pela mediação de alguns subcritérios na definição dos limites das cedências mútuas.

O primeiro critério é a verdade, no sentido de veracidade, e a avaliação complexa, *ex post*, da relação entre a informação, o conteúdo, os termos de apresentação, a forma, os modos e a projecção relativa na afectação de direitos pessoais.

A proporcionalidade constitui o espaço de convergência axiológica e material do juízo de várias razões, para o equilíbrio entre direitos que respeito ao máximo o essencial de cada um.

O interesse público da informação será a razão (aqui não poderão existir outras razões) que pode determinar uma compressão nos direitos pessoais.

A conjugação há-de ser obtida por um juízo de necessidade: necessidade do meio, do conteúdo e da forma. E sobretudo necessidade de identificação e da ligação de factos a uma pessoa e da formulação de juízos prévios de imputação ou da utilização da imagem.

Nem sempre, por exemplo, a informação relevante e possível sobre factos que possam ter dimensão penal e estejam sob investigação exige referências ou afirmações de imputação pessoal, mesmo veladas através de fórmulas semânticas de «supostamente» ou «aleadamente», que não assumem qualquer conteúdo substancial, e que, efectivamente, em termos de efeito informativo, apenas deixam afirmado com alguma suposta habilidade formal — sem falar em reserva mental — o que aparentam não afirmar.

A identificação ou a identificabilidade de referências pessoais relativas a factos em investigação nas fases preliminares de um processo penal só poderá ser justificada por interesse público de forte densidade. O interesse público com esta dimensão apenas se verifica em função da existência de uma relação de especial impacto e responsabilidade das pessoas visadas, e não por simples notoriedade social.

Para este efeito, a noção de figura pública deve ser restritiva, definida por critérios materiais e funcionais, e não por projecções ou critérios editoriais e mediáticos.

O interesse determinado segundo critérios mediáticos não se confunde nem se identifica com o interesse público.¹⁹

Mas, mesmo em tais circunstâncias, a dimensão constitucional da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, do Constituição) impõe-se a todas as

¹⁹ Vemos, por vezes, estampados exemplos de perversão total das noções. Há algum tempo, um semanário escrevia em “nota” para justificar os seus critérios, que o interesse público de algumas das suas publicações estava demonstrado pelo facto de o jornal ter esgotado.

entidades públicas e privadas, exigindo especiais cuidados nas fórmulas de linguagem.

A necessidade das formas e a dimensão dos conteúdos para a realização da finalidade informativa constitui também uma perspectiva de ponderação essencial para o juízo de proporcionalidade.

A exasperação comunicacional, a ligeireza ou a hipérbole da linguagem, que adensam o confronto e a desconsideração de direitos pessoais, não são proporcionais e têm de ceder, realizando-se o interesse público da informação sob outras fórmulas menos invasivas. A «dose de exagero ou de provocação» não pode, como é da natureza das coisas, valer contra direitos pessoais.

Por fim, uma referência especial à televisão.

O meio vive da imagem e pela imagem. Por isso, a tentação do espectáculo do acontecimento faz parte da sua própria natureza, em modelos de *streets* permanente e de competição brutal.

Mas, mesmo assim, na televisão, com a força do meio e a relevância da imagem que vale mais do que mil palavras, o juízo de proporcionalidade não pode ser afectado pela especificidade do meio em desfavor dos direitos pessoais, especialmente o direito à imagem.

Os critérios de proporcionalidade não podem ser condicionados pela natureza da televisão; em rigor, a expansão e o alcance da televisão e a projecção dos danos potenciais para direitos pessoais impõem acrescido cuidado na definição do limite da necessidade na realização do interesse público da informação.

Não será aceitável, no juízo de necessidade ao conteúdo essencial do direito à informação, a revelação da imagem de intervenientes processuais sem a sua vontade, ou a captação e difusão de imagens de pessoas em situações de vulnerabilidade ou subjectiva ou objectivamente humilhantes: arguidos, detidos sob força policial, detidos algemados, ou em outra situação que possa afectar conteúdos muito sensíveis da personalidade.

A proibição de transmitir imagens de audiências de julgamento, ou a recolha de imagens no interior, e mesmo no exterior dos tribunais, limitam, é certo, a escolha dos meios disponíveis para a cobertura e o adensamento da informação, constituindo um condicionamento do uso dos meios técnicos ao dispor do jornalismo em televisão.

Mas semelhante restrição ou acomodação proporcional pode ser justificada pela protecção de direitos essenciais, como a direito à privacidade, à imagem ou a um julgamento justo e equitativo.²⁰

9. A aplicação dos critérios de ponderação e a formulação do juízo de proporcionalidade só podem ser efectuadas caso a caso.

²⁰ Cf., o acórdão do TEDH no caso EGELANDO AND HANSEID v. NORUEGA, de 16 de Abril de 2009.

Nesta matéria podemos afirmar que possuímos um património jurisprudencial (para referir a jurisprudência do STJ) constituído por decisões com rigor argumentativo, ponderação e proporcionalidade, que, não obstante alguma possível divergência, pode ser considerado um espaço adequado para um difícil equilíbrio ²¹.

²¹ Pode ser consultada *on line* no sítio de STJ, a “Colectânea de jurisprudência temática» do STJ (2002-2010) sobre liberdade de expressão.