

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre direitos de personalidade e liberdade de imprensa: *bluff* e realidade

Luis António Noronha Nascimento

(Antigo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça)

Tem-se assistido no nosso país a um frequente *forcing* mediático, todo ele destinado a convencer o mundo inteiro de que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) é o suprassumo jurídico do direito da Europa e de que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) é a pedra angular e fundadora do moderno direito europeu de vocação universal.

O que isto significa é simples de perceber: quer-se convencer, por um lado, que o TEDH vai fixar tendencialmente o direito que, num futuro próximo, regerá meio mundo e, doutra parte, que a jurisprudência do TEDH é a nova bíblia que convém decorar porque será sobre ela que as relações sociais futuras assentarão juridicamente.

Então, quando estão em confronto os direitos ao bom nome e à dignidade pessoal, por um lado, e – por outro – a comummente designada liberdade de Imprensa (nas suas diversas formas, como a liberdade de expressão, de opinião, de informação dada ou recebida, etc.), essa percepção induzida tende a hiperbolizar-se na Comunicação Social até ao infinito.

Para o perceber, basta ler pequenos textos – entre o jurídico e o jornalístico – publicados na nossa Imprensa e ainda – com maior significado – textos da especialidade⁽¹⁾.

Na verdade, o TEDH dá – na prática, quase sempre – prevalência à liberdade de Informação (nome que usaremos para designar a antiga liberdade de Imprensa) quando confrontada com os direitos individuais que estruturam a personalidade moral do Homem, como se esta não existisse ou fosse um marcador menor ou descartável.

É frequente lermos, em decisões do TEDH ou em comentários à sua jurisprudência, que a liberdade de Informação (jornalística ou televisiva) legitima o recurso ao exagero, ao excesso nominativo, à provocação, aos juízos de valor excessivos e que menoriza ou desculpabiliza o próprio erro jornalístico porque, na descrição dos factos, a boa-fé deve ser de quem os fornece.

Como assim, e com um leque tão desproporcional atribuído aos dois direitos pelo TEDH (o do jornalismo e o do visado), quase se pode adiantar que está legitimada a receita que Eça de Queiroz adianta para situações similares em “Os Maias”: umas bengaladas no agressor.

O que está por detrás desta discrepância é algo patentemente perceptível no conjunto da nossa Ordem Jurídica, quer das suas leis internas, quer dos seus tratados internacionais.

Repare-se que o TEDH aplica tão-só a Convenção Europeia que reconhece a liberdade de expressão e de opinião, mas não reconhece o direito à honra, ao bom nome, à dignidade moral como **direitos autónomos** do cidadão, aceitando apenas que o direito à honra seja um mero limite interno e eventual à liberdade de expressão (artigo 10.º da Convenção); inversamente, a nossa Constituição da República (CRP), o nosso Código Civil (CC) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) consagram – todos eles – o direito à honra, ao bom nome e à dignidade pessoal como direitos de personalidade de primeira geração.

¹ Veja-se, a propósito, entre outros, o n.º 32 da Revista Julgar, muito especialmente, o texto de Francisco Teixeira da Mota, a págs. 181 e segs..

Ou seja, enquanto o Direito português reconhece como direitos fundamentais de primeira geração a personalidade física (direitos à inviolabilidade da vida e à integridade pessoal) e a personalidade moral (direitos à identidade pessoal, ao bom nome e reputação), a CEDH corta nesses direitos, reconhecendo a personalidade física (e, mesmo assim, tardiamente como adiante se dirá), mas limitando em muito a amplitude da personalidade moral do Homem, da Mulher e do Cidadão.

Não somos nós, somente, a dize-lo; di-lo, também, o Professor da Universidade de Coimbra, Joaquim de Sousa Ribeiro (antigo Presidente do Tribunal Constitucional), em artigo doutrinário publicado recentemente na Revista de Legislação e de Jurisprudência⁽²⁾.

Mais: Sousa Ribeiro acrescenta ainda que – na medida em que a Convenção vê o direito ao bom nome como uma mera exceção à liberdade de Imprensa – o TEDH faz sempre uma leitura restritiva dessa exceção quando tem que julgar; tão restritiva – acrescentamos nós – que as mais das vezes o direito ao bom nome acaba por se finar sem hipótese, sequer, de um velório condigno.

Porque os Tribunais portugueses aplicam todo o conjunto integrado da nossa Ordem Jurídica e o TEDH aplica tão-só a CEDH sem preocupações adicionais decorrentes de outros diplomas, é óbvio que a decisão a prevalecer a final terá que ser a dos tribunais portugueses, por muito que isso custe a sensibilidades especiais; até porque – como veremos adiante – a CRP e a DUDH são os dois diplomas de valor constitucional sobre os quais se estrutura o nosso Direito e perante os quais todos os demais se subordinam.

O TEDH confronta-se com dois problemas insolúveis para ser o que pretende ser, ou aquilo que outros dizem que é.

Por um lado, o TEDH é um tribunal que nunca aplica as leis mais importantes dos estados signatários da Convenção Europeia (ou seja, as leis constitucionais e, também, as normas ou leis com a mesma dignidade hierárquica

² Ano 148, n.º 4014, pág. 146 e segs., particularmente 167, 168, 169 e 176, 177, 178.

da Convenção) e nem sequer aplica as leis da União Europeia como entidade política autónoma; doutro lado, o TEDH surge com a criação do Conselho da Europa (de que é um elemento, conjuntamente com a Convenção Europeia) quando a Europa, no pós-guerra, pensa que será futuramente um bloco político com influência intercontinental, aprovando e criando para isso um tratado e um tribunal destinados a ser o instrumento de penetração e persuasão em áreas geográficas distantes que lhe permitisse rivalizar, como alternativa, à hegemonia político-cultural norte-americana.

Daí que o Conselho da Europa (com a Convenção e o Tribunal como elementos associados) tenha sido subscrito por países tipicamente europeus e outros na fronteira asiática; simplesmente, a usura do tempo, a queda da Europa, a crise estrutural da União, o ressurgimento incontornável e avassalador da Ásia, o aparecimento dos grandes blocos político-estratégicos orientais (principalmente a OCX – “Organização para a Cooperação de Xangai”, provavelmente o futuro mercado comum asiático englobando já, entre outros, a Rússia, China e Índia) anunciam um tempo novo onde o papel da Europa se contrairá e o do TEDH terá, provavelmente, um destino semelhante.

Primeiro problema: o TEDH não aplica muitas das leis constitucionais dos países europeus, senão, mesmo, muitas das principais leis dos países da União.

Repare-se que o TEDH nasce fora da União Europeia (ou da sua antecessora, a Comunidade Económica Europeia), por força de um Tratado que o cria e que impõe que seja aplicado, em primeira linha, o conteúdo desse Tratado.

Nos termos da nossa Constituição, a Convenção Europeia é uma lei ordinária e nada mais: acima desta, estão as nossas leis constitucionais; a dela, estão as nossas leis ordinárias.

As leis hierarquizam-se em função da importância que têm por força da matéria regulada e do órgão que as aprova; algo que se conexiona entre si, já que quanto mais importante é a matéria a regular mais importante, na hierarquia do estado, é o órgão com competência para legislar.

As leis constitucionais estão no vértice superior da pirâmide hierárquica das leis; abaixo delas, na segunda linha da hierarquia, estão as leis ordinárias.

Na ordem jurídica portuguesa temos dois diplomas de valor constitucional: a CRP e a DUDH da ONU, esta nos precisos termos do artigo 16.º, n.º 2, da CRP; aliás, segundo esta norma, a leitura constitucional a fazer dos direitos, liberdades e garantias consagrados na CRP tem que ser conforme àquilo que a Declaração Universal acolhe como seu conteúdo sob pena de termos uma leitura espúria dos direitos fundamentais.

É aqui que a Convenção Europeia falha; e falha porque ela pode estar (e está por vezes) em contradição com as leis constitucionais portuguesas (como provavelmente estará também com leis constitucionais de outros países europeus) sempre que o conteúdo dos direitos que acolhe estiver em contradição com o conteúdo de direitos fundamentais acolhidos nas nossas leis constitucionais.

Repara-se que os direitos ao nome, ao bom nome, à honra têm valor constitucional entre nós, impressos não só no artigo 26.º, n.os 1, 2 e 3, da CRP como também nos artigos 1.º e 12.º da DUDH da ONU; tal como têm, também, valor constitucional as liberdades de imprensa, de informação, de expressão, de opinião, de religião (artigos 37.º, 38.º e 41.º da CRP e 18.º e 19.º da DUDH).

Inversamente, o direito ao bom nome e à honra, como direito fundamental e individual, está omisso, apagado, eliminado, ausente, esquecido na Convenção Europeia, aí constando tão-só como um limite possível e eventual ao exercício da liberdade de expressão (artigo 10.º, n.º 2), e não como um direito de personalidade próprio e autónomo do Ser Humano.

Vale isto por dizer que um dos direitos nucleares na conformação da personalidade moral do Homem (o direito à honra e à dignidade) – que entronca as suas raízes no personalismo europeu que as bebe da visão humanista da Grécia antiga – é, na Convenção, simplesmente riscado da memória e do elenco dos direitos individuais; e não é o facto de ele surgir como limite possível ao exercício doutros direitos que o ressuscita como direito próprio.

Coisa esta tão sem jeito quanto nos acostumamos a conectar o elenco dos direitos fundamentais ao estado de direito democrático, e esta à lenta ascensão da civilização europeia.

O direito ao bom nome, à honra, à dignidade surgiu, entre nós, bem antes da CRP de 1976 e, até, bem antes do CC de 1967; surgiu com o CC de Seabra, em 1867, que o considerava (nos seus artigos 359.º e 360.º) um direito originário, expressamente integrado no próprio direito de existência.

Mas é o CC de 1967 – lei ordinária situada no mesmo plano hierárquico da Convenção Europeia – que dá a primeira formulação sedimentada dos direitos de personalidade no nosso Direito, aí inserindo o bom nome e a dignidade como fatores estruturantes da personalidade moral do Homem.

O CC de 1967 foi um marco incontornável no nosso ordenamento jurídico; mau grado ter sido elaborado num país garrotado por conceções ideológicas fechadas, em plena era de guerra colonial, o CC apresenta opções evoluídas em setores diversos da sua sistemática.

A título exemplificativo, salientaremos algumas das várias que se poderiam elencar: um leque de direitos de personalidade, antes insuficiente, e que levou à sua teorização doutrinária – à época – por Mota Pinto (cfr. “Teoria Geral do Direito Civil”, de 1976, págs. 60-64 e 223-228, onde encontramos a referência expressa ao direito à honra e à dignidade moral); soluções sancionatórias imperativas para casos de desigualdade negocial entre as partes em litígio como a que nos aparece no artigo 809.º, direcionada para a teoria geral indemnizatória e que lembra comandos imperativos aferidos, muito mais tarde, para as cláusulas contratuais gerais dos contratos de adesão; soluções inovadoras para casos de responsabilidade civil extracontratual emergentes quer de atividades perigosas, quer da falta de diligência em comportamentos específicos, invertendo-se o ónus da prova através de presunções de culpa (artigos 492.º e 493.º); inversão do ónus da prova em casos que contendem com as regras da boa-fé comportamental (artigos 275.º e 344.º, n.º 2); reprise da instituição da adoção – caído em desuso na Europa por força de uma reprodução demográfica elevada desde o ano

1000 e que deu total primazia à família biológica – quando já eram visíveis os estilhaços da queda demográfica iniciada por volta de 1950 e que impunha repensar o conceito da relação familiar (mais nuclear, menos clânica, e não centrada apenas no vínculo biológico).

De sorte que temos, hoje, uma quadratura do círculo incongruente: um tribunal (o TEDH) que aplica uma lei (a Convenção) que elimina direitos presentes em diplomas estruturantes (como a Declaração Universal) e não aplica nem as leis constitucionais portuguesas nem as leis ordinárias de igual grau hierárquico ao da Convenção; outros tribunais (os portugueses) que aplicam todos os diplomas vigentes no país, concatenando as esquírolas diversas das leis em vigor, encaixando-as e tornando-as exequíveis e compreensíveis.

Ou seja, do mesmo passo que o TEDH aplica tão-só a Convenção e nada mais, como se tudo se restringisse ao pequeno mundo de D. Peppone, os Tribunais portugueses aplicam todo o conjunto integrado do ordenamento jurídico, grande parte dele de valor acrescentado quando confrontado com a Convenção; e se estiverem em jogo normas, valores e princípios de cariz constitucional omissos na Convenção, terá que prevalecer, obviamente, na decisão final dos conflitos a julgar aquilo que é ditado pelos textos constitucionais e não o que é ditado pela Convenção.

Temos, assim, duas Leis diferentes, levadas à prática segundo pulsões diferentes.

Por um lado, os Tribunais nacionais aplicando as leis nacionais, as leis comunitárias e o direito internacional convencional (onde se inscreve a Convenção) fazendo necessariamente uma interpretação integrada desse acervo legislativo em termos de concatenação, hierarquização e proporcionalidade jurídicas para que – todo ele – seja percutível e socialmente exequível.

Doutro lado, temos o TEDH aplicando tão-só a Convenção Europeia, pouco se importando com o exército legislativo de diplomas em vigor nos países signatários da Convenção como se o Direito se restringisse a um círculo de giz caucasiano.

O que está, aqui, neste face a face é o contraponto entre – por um lado – a globalidade e a universalidade e – por outro – a particularidade e a fragmentação das coisas e das leis.

O inglês H. D. F. Kitto ensina-nos, na sua conhecida obra “Os gregos”, centrada na antiguidade clássica, que eles pensavam as coisas, as instituições, os fenómenos, os Homens na sua dimensão universal e total porque só esta lhes transmitia o significado do que queriam conhecer; mesmo quando pensavam o particular, faziam-no apenas para inferir o que haveria de universal na coisa particularmente examinada (cfr. em especial o capítulo “O espírito grego” daquela obra).

O que se passa hoje com a especialização excessiva ou obsessiva do juiz moderno começa a ser algo de similar.

Vemos, hoje, o Direito por capítulos, por especializações, em frações decimais centradas cada vez mais no pormenor que esconde o todo; e o perigo – que isto comporta – provém da abordagem do pormenor (ou do pequeno patamar) poder obnubilar a visão global e a percepção dos princípios gerais do direito.

O contraponto entre estes dois planos – o dos Tribunais portugueses, entrosando todo o conjunto de leis aplicáveis, e o do TEDH, aplicando tão-só a sua Convenção – é o exemplo paradigmático entre a visão global de um ordenamento jurídico e a visão fragmentária do capítulo de um romance.

Em Portugal, esta dicotomia entre a visão global dos tribunais nacionais e a visão parcelar do TEDH ganha um relevo e uma acuidade maiores.

E porquê?

Por força do nosso sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade das leis.

Na Europa continental vigora o sistema de fiscalização concentrada da constitucionalidade, oriundo das teses austríacas de Kelsen, como meio de

superar a ancestral teimosia francesa que não admitia que os tribunais comuns fiscalizassem a legalidade da conduta do Estado.

Daí que naquela Europa, e após Kelsen, só os tribunais constitucionais (e não os outros) possam debruçar-se sobre a apreciação jurisdicional de princípios e questões constitucionais, nomeadamente no que se conexiona com direitos fundamentais.

Não assim em Portugal.

Copiando o modelo saxónico de fiscalização difusa, a Constituição republicana de 1911 atribuiu competência aos tribunais judiciais (em todas as instâncias) para aplicar a Lei Fundamental nos casos que julgassem, sistema que jamais foi abolido mesmo durante a vigência do Estado Novo.

Chegados ao 25/Abril, a fiscalização da constitucionalidade tornou-se híbrida entre nós com a acumulação dos modelos, difuso e concentrado: há casos em que só o Tribunal Constitucional (TC) a aprecia, e há casos (em processos concretos tramitados nos tribunais judiciais e administrativos) em que qualquer juiz a pode apreciar.

Como assim, com um espectro tão amplo, o contraponto entre os Tribunais nacionais e o TEDH tem uma amplitude muito maior em Portugal do que no resto da Europa continental; na verdade, ele pode surgir em qualquer processo judicial ou dos Tribunais Administrativos e Fiscais, em qualquer instância, com visões díspares até à decisão final do TC.

É claro que há quem discorde da hierarquização das leis, acima referida, há quem entenda que o direito internacional público se deve sobrepor ao direito nacional, ao direito interno, em homenagem a uma hierarquia que radica em considerações titubeantes.

Aliás, é difícil antever como se pode aceitar sem reservas ou restrições a supremacia de um direito assente numa Comunidade Internacional hegemonizada, ainda, pela civilização ocidental que se estrutura, toda ela, na figura do estado-nação de tal modo forte e duradouro que nem a União Europeia

– criada, entre o mais, para superar a fragmentação nacional do continente – conseguiu atingir esse ideal de unidade jurídica supranacional.

Aliás, o que está, verdadeiramente, por detrás do discurso mediático de hoje sobre a incapacidade da Europa em se federalizar, sobre a falta de qualidade dos políticos europeus de hoje quando comparados com os de há décadas, mais não é senão a incapacidade para realizar os trabalhos de Sísifo: a Europa que dominou o mundo de há pouco mais de 200 anos para cá, a partir da concorrência entre os vários estados-nações, mostra-se incapaz de lançar fora esse seu passado dando o salto qualitativo para um novo mundo, federalizado, e rivalizando com os grandes espaços geoestratégicos do futuro (EUA, China, Rússia, Índia).

Atados, assim, ao estado-nação, com uma União Europeia que – 60 anos depois de criada – continua a ser apenas um mercado comum, como é possível prescindir da hegemonia do direito nacional, alienando-o ou pondo-o na prateleira, em detrimento de outro direito assente em coisa fluida que mal se sente e pior sevê?

E se esta pergunta tem razão de ser quanto ao Direito Comunitário ao qual se pode reconhecer, contudo, o privilégio do primado da sua aplicação porque é, afinal, o direito de uma União onde estamos e pretendemos supranacional, que dizer então do direito convencional relativo a um organismo (o Conselho da Europa) em crise, provavelmente de futuro incerto, e cujo tratado fundador não se compara ao da União porque se refere a uma instituição de âmbito restrito?

Na verdade, podemos fazer, nesta matéria, uma distinção estruturante: o direito comunitário, por um lado; o restante direito internacional, nomeadamente a Convenção Europeia, por outro.

O Direito Comunitário (o tratado fundador, os tratados subsequentes que vão estruturando a União, e aquéloutros que o vão completando com avanços maiores ou menores) não prevê, **em lado nenhum**, a sua primazia jurídica em relação aos direitos nacionais.

É a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União que formata o espartilho jurídico que tece a coordenação entre o direito da União e o direito dos Estados; e, hoje, toda a teorização sobre a matéria passa por essa jurisprudência sem embargo de surgir, de vez em quando, um acidente de percurso como aconteceu com o acórdão do TC alemão acerca do Tratado de *Maastricht*⁽³⁾.

Ou seja, a primazia hierárquica do direito comunitário assenta, afinal, na teorização jurídica dos tribunais da União – e não em norma expressa – legitimada pela vocação supranacional da União na tentativa não declarada de superar o estado-nação; simplesmente, seis décadas depois do início desse processo, a União permanece como um mercado comum regulador de negócios e atos praticados no seu espaço, e onde o objetivo de unidade política se transformou numa miragem longínqua.

Exemplo acabado dessa indecisão foi a fracassada Constituição europeia que previa expressamente a primazia do direito comunitário; abortado o processo, as conclusões a extrair são tão ambíguas que nenhuma delas oferece um contraste de garantia.

De todo o modo, o pensamento jurisprudencial da União – partindo dessa primazia do direito comunitário – define como regra, aceite sem grandes reservas, o dever de “interpretação conforme” das suas normas para garantir a igualdade jurídica no espaço da União, com efeito direto quanto àquelas que conferem direitos fundamentais e quanto às diretivas que – ainda que não transpostas – sejam incondicionais e inequívocas e confirmam direitos aos cidadãos.

Mau grado todo este lento processo evolutivo encabeçado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União, o problema de base manteve-se sempre, expresso numa pergunta nunca resolvida: será que – sem nenhuma norma que confira primazia ao direito da União ou à jurisprudência fixada pelo

³ Cfr. neste particular, Carla Farinhos em “O princípio do primado do direito da União”, Revista Julgar, n.º 35, págs. 71 e segs; e, principalmente, Cristina M. M. Queirós, “As relações entre o direito da União e o direito constitucional interno dos estados”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III-2006, págs. 189 e segs..

seu Tribunal de Justiça – os Estados-Membros (que são nações multisseteculares) vão sujeitar-se a essa hierarquia como se estivéssemos num estado federal, e sem que previamente tivesse sido impresso um quadro hierárquico entre os ordenamentos estaduais e o da União?

Como era de esperar as indecisões têm sempre uma resposta perentória, e ela foi dada pelo TC alemão no acórdão sobre *Maastricht* quando decidiu: *a*) que a competência para decidir da constitucionalidade das leis é do TC alemão e não dos tribunais comunitários; *b*) que o guardião constitucional dos direitos dos cidadãos alemães é o TC alemão e não os tribunais comunitários; *c*) que o Tribunal de Justiça da União não tem competência para decidir sobre a sua própria competência com efeitos no direito interno alemão porque com isto invade a competência constitucional exclusiva do TC alemão; *d*) e – na sequência da sua fundamentação jurídica – o TC fixa, neste acórdão, a primazia inderrogável do direito constitucional alemão sobre o direito comunitário.

O que o TC alemão disse é aquilo que – em função da natureza político-jurídica da União e da sua incapacidade política em federalizar a Europa – muitos juristas (e nós próprios) pensam: o direito comunitário não se pode sobrepor ao direito nacional, e quem define o direito constitucional pode reduzir aos seus justos limites as normas comunitárias que com ele colidam⁽⁴⁾.

O decidido pelo TC alemão, transposto para Portugal, tem um raio de ação bem maior.

E porquê?

Por força do sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade a que acima aludimos.

Enquanto, na Alemanha, só o TC pode sindicar a validade constitucional das leis, em Portugal qualquer tribunal de 1.ª instância o pode fazer; ou seja, entre nós, o raio de ação dos conflitos entre tribunais nacionais e comunitários é maior

⁴ Cfr., por exemplo, Miguel Galvão Teles, citado por Cristina M. M. Queiróz, no estudo referido na nota n.º 3.

do que noutro país (com exceção dos saxónicos) e o *diktat* final caberá sempre ao TC português.

Aliás, é isto mesmo que resulta do artigo 8.º, n.º 3, da nossa Constituição: o direito da União é recebido diretamente na nossa ordem interna, desde que não ultrapasse a estrita competência das instituições comunitárias e respeite os princípios do estado de direito democrático.

E quem fiscaliza estes limites?

Obviamente, os tribunais portugueses; um *remake*, afinal, da jurisprudência alemã.

Mas se isto é assim quanto ao direito comunitário, pior será quanto ao direito oriundo da Convenção Europeia; até porque na CEDH não se pretende estabelecer o quadro legal de um organismo supranacional gerindo os estados aderentes (como na União), mas tão-só estabelecer o quadro legal de um organismo autónomo e à margem dos estados que o aceitam com, e para, uma finalidade específica.

É comumente aceite que o leque de direitos fundamentais protegidos pela nossa CRP é bem mais vasto que o leque constante da Convenção⁽⁵⁾; na verdade, da CRP constam direitos da segunda e terceira gerações, omissos na Convenção.

Mas mesmo na esfera restrita dos direitos individuais, a Convenção é, por vezes, limitada, algo facilmente perceptível se se visualizar a sua origem pregressa.

Por exemplo: a proibição da pena de morte que a nossa CRP consagra desde 1976 (artigo 24.º) e as nossas leis antigas já tinham consagrado desde o século XIX.

Na sua versão inicial, a CEDH não consagrava essa proibição, que só veio a ser introduzida pelo Protocolo n.º 6, de 28/04/1983 e só entrou em vigor em 1985.

⁵ Cfr. por todos André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, “Manual de Direito Internacional Público”, 3.ª edição, págs. 620-621; Joaquim de Sousa Ribeiro, ob. cit., pág. 148.

Ou seja, durante nove anos, tivemos uma proibição constitucional de pena de morte no nosso país “revogada”, entretanto, pela CEDH que a ela não aderiu e, até, a admitia; se tivesse sido, neste ínterim, publicada lei a reintroduzir tal pena entre nós, o TEDH aceitaria isso como bom (ou, no mínimo, não aceitava como mal) com base na ausência de uma tal proibição na Convenção.

Proibir a pena de morte incondicionalmente é aceitar a inviolabilidade do direito à vida (artigo 24.º); daí que entre nós a CRP, tal como consagra a proibição total daquela pena, consagra também a inviolabilidade daquele direito.

Não assim com a Convenção Europeia; confrontada a Europa democrática que gerou a Convenção com a posição de países hegemónicos que mantinham, à época, nas suas leis nacionais a pena de morte (leia-se França, que a aboliu em 1981, e Inglaterra que só a aboliu em 1998) não se foi capaz de ir mais além, de “impôr” a proibição dessa pena porque não se queria irritar os vencedores da 2.ª Grande Guerra (que em Nuremberga tinham condenado à morte vários criminosos), e a Convenção – quando aprovada na sua versão inicial – manteve, ela que pretendia ser a expressão de um tempo novo, os resíduos caducos de um tempo velho.

Ao não proibir a pena de morte, a Convenção aceitava a violabilidade do direito à vida; se o direito à vida pode ser suprimido com a aplicação de uma pena de morte legal, então ele é violável transmutando-se num direito sob condição resolutiva ou a termo, segundo o devir concreto dos factos futuros (artigo 2.º da Convenção, antes do Protocolo n.º 6).

Ou seja, a Convenção aceitou – durante anos a fio – que o direito-base da personalidade humana (o direito à vida) pudesse ser eliminado pelos países signatários segundo a vontade ideológica de cada um.

Ontologicamente, o direito à vida é a base e o sustentáculo dos Direitos Humanos; por isso, a personalidade jurídica adquire-se com o nascimento com vida (artigo 66.º do CC) e só a partir daqui se pode (em regra) falar em direitos de personalidade.

A Convenção preocupou-se com o leque paradigmático dos direitos individuais, mas deixou de fora aquele que é o tronco genético de todos eles, e tarde o reprimirá.

Muito diferente é o quadro constitucional português que acolheu, em 1976, uma tradição que vinha de trás, expressa no CC de 1867, no CC de 1967, e nas leis penais que (há quanto tempo!) haviam abolido a pena de morte.

Aceitar a proeminência supraconstitucional do direito convencional público era aceitar, afinal, menos garantias com tratados internacionais que se destinam a salvaguardar direitos fundamentais, do que com a nossa ordem jurídica interna que tem um leque mais vasto de proteção que a CEDH.

Claro que sempre se poderá contrapor a esta questão o raciocínio usado na esfera comunitária para situações similares: quando o direito interno oferece mais garantias (na esfera do estado de direito) do que o direito comunitário, prevalece aquele e não este.

Mas esta é, precisamente, a doutrina que a Convenção, ela mesma, consagra no seu artigo 53.º que diz: “nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os Direitos do Homem e as liberdades que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte”.

Ou seja, a Convenção “proíbe” a sua aplicação sempre que um país signatário tem lei interna ou subscreveu tratado internacional mais favorável na defesa dos direitos humanos, adotando – aqui – o mesmo princípio interpretativo dos tribunais da União: aplica-se sempre a lei mais favorável na defesa dos direitos fundamentais.

O que nos remete, a final, para a conclusão inicial: no julgamento dos casos concretos, os tribunais portugueses têm que entrar, sempre, em linha de conta com as leis nacionais (CRP, DUDH, CC) que concedem um patamar de proteção jurídica mais abrangente que a Convenção.

Tal como realçamos, o direito à honra, ao nome, ao bom nome, está omissos na Convenção Europeia, mas está presente na nossa CRP, no nosso CC e na DUDH.

Também por isso, e seja qual for a solução a dar à questão da hierarquia das leis, aqueles direitos terão que ser respeitados como fundamentais; e, nessa medida, a postergação que a Convenção faz deles deve ser – tem que ser – alijada legitimamente pelos tribunais portugueses sempre que as regras interpretativas da proporcionalidade e da concatenação de direitos o impuserem.

Abordamos, acima, o direito à vida e a pena de morte; mas outros direitos e garantias se enquadram na mesma moldura de discrepância entre o nosso Direito interno e a Convenção.

Muitos deles, aliás, chegaram à Convenção anos depois de consagrados nas nossas leis internas.

Lembremos alguns, a título exemplificativo: o direito de propriedade privada; a proibição da prisão por dívidas; a proibição do *non bis in idem*; o princípio da igualdade entre os cônjuges; o princípio da igualdade e da proibição da discriminação (que só entrou em vigor em 2005, quase trinta anos depois da nossa CRP); a proibição da expulsão de cidadãos nacionais do território nacional.

Faça-se quanto a eles o mesmo raciocínio e a mesma pergunta que se fez em relação à inviolabilidade do direito à vida e à proibição da pena de morte, e compreender-se-á aquilo que escrevemos.

Por tudo isto, o TC português – no seu Acórdão n.º 352/98 – diz expressamente que a Convenção nada acrescenta quanto aos direitos de personalidade constitucionalizados na nossa Ordem Jurídica.

É neste quadro constitucional que deve ser sopesado o confronto frequente entre o direito à honra e ao bom nome e a, genericamente, denominada “liberdade de Imprensa” ou “liberdade de Informação”; ou seja, a liberdade de expressão (nas suas várias dimensões, como faculdade de exprimir o pensamento, ideias, factos, conhecimentos, ou faculdade de acesso aos meios de

expressão e de comunicação) e, ainda, a liberdade de informação (nas suas variantes do direito de informar, de se informar ou de ser informado), tudo como forma de garantir o pensamento livre e plural, a formação da opinião pública e, até, o desenvolvimento da própria personalidade.

Trata-se de direitos e garantias consagrados constitucionalmente, que têm por isso a proteção da Lei Fundamental e que, nos conflitos concretos da vida social, terão que acarretar consigo – muitas vezes – o princípio da concordância prática ou o da prevalência do direito dominante de acordo com as circunstâncias próprias de cada caso.

Como dizia Sousa Franco numa das suas intervenções nos anos 90 do século passado, num colóquio então organizado pela Associação Sindical dos Juízes, a nossa CRP usa poucas vezes a palavra “independência”; mas usa-a em relação aos Tribunais e juízes e em relação à Informação e aos jornalistas exigindo que uns e outros sejam independentes, respetivamente, a julgar e a informar.

Daqui, Sousa Franco concluía que a independência dos Tribunais e da Informação tem uma origem aparentada: garantir a imparcialidade de quem julga para tratamento igual das partes, e a isenção de quem informa para formação da opinião pública.

Por isso, quando ocorre uma deriva autocrática, autoritária ou totalitária num estado qualquer, uma das primeiras medidas políticas adotadas é, com frequência, a de condicionar a independência de quem julga e de quem informa como passo intermédio para a sua domesticação definitiva.

Ao pôr fim ao regime do Estado Novo, o 25/Abril repôs no seu devido lugar a independência do juiz e do jornalista em função de princípios que conformam o estado democrático; simplesmente, enquanto na Judicatura ela foi criteriosamente regulada através de um órgão, também independente, de cariz constitucional (o Conselho Superior da Magistratura – CSM), na Informação jamais houve um órgão regulador com poderes similares ou aparentados.

E porquê?

Por força da natureza diferente das funções, da estrutura que as suporta e da forma como os grandes grupos aí se expressam em conformidade com os seus interesses.

Os Tribunais fazem parte da estrutura política do estado; daí que o estado tenha, constitucionalmente, delineado o sistema de regulação dos juízes através de um Conselho de matriz francesa com poderes disciplinares efetivos sobre aquilo que se não relacione com a função de julgar.

Não assim na Informação, porque esta é exercida, maioritariamente, por jornais e canais televisivos privados, de empresas privadas, prosseguindo uma atividade privada, mas direcionada a um objetivo de interesse público.

Como assim, temos na Informação uma solução híbrida: um fim de interesse público deixado em mãos privadas que definem a realização do fim segundo os seus interesses privados, e que querem uma regulação mínima onde a coercibilidade esteja praticamente ausente.

A existência de um órgão regulador para as atividades profissionais não tem que ver com a natureza “público-privado” da profissão que se exerce; tem que ver com o interesse público da função exercida.

Daí que haja órgãos reguladores em profissões que exercem (mais que funções públicas) funções de soberania, como sucede com o CSM; tal como há órgãos reguladores em profissões estritamente privadas, mas cujo exercício é de interesse público, como sucede com as Ordens profissionais.

Incompreensível, por isso, é que não haja um verdadeiro órgão regulador da Comunicação Social com poderes disciplinares efetivos, já que implementar entidades sucessivas com poderes platónicos ou recomendativos não leva a lado nenhum.

Nos países saxónicos, o auto controlo da Informação faz-se com naturalidade através de dois institutos com efeitos dissuasores: a indemnização punitiva (desconhecida entre nós) e a *quota litis* (proibida entre nós).

A indemnização punitiva – integrada na teoria geral do direito indemnizatório – impede que o infrator lucre com a infração praticada, algo que

sucede frequentemente com a Informação quando se violam direitos de personalidade (direito ao bom nome, à imagem, à dignidade pessoal); foi nos EUA, há mais de meio século, perante a indiferença da “General Motors” em face dos graves danos provocados por veículos seus lançados no mercado e que tinham sido um autêntico sucesso comercial, que o Supremo Tribunal Federal americano fixou uma regra revolucionária: a indemnização a pagar à vítima tem que ser superior ao lucro que o infrator obteve com o ilícito cometido, o que significa que a indemnização não se destina apenas a ressarcir mas também a punir.

Entre nós, dois autores (no mínimo) defendem justamente esta teoria: Paula Meira Lourenço em “A função punitiva da responsabilidade civil”, em 2006, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Henrique Sousa Antunes em “Da inclusão do lucro ilícito e dos efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimidade pelo dano”, em 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Católica.

A *quota litis*, por seu turno, pode desempenhar – em relação aos mais desfavorecidos e pauperizados – uma função social importante (e de sucesso) como forma alternativa ao apoio judiciário: o advogado-mandatário suporta, à sua custa, as despesas da lide se a ação naufragar, mas comparticipa na indemnização atribuída (se a ação proceder) tornando-se “credor” do infrator conjuntamente com o lesado.

Casos como os que se viram em canais televisivos aquando da queda da ponte de Entre-os-Rios, ou (há meses) com detidos agrilhoados, sentados no chão e sujeitos ao gozo público, teriam nos países saxónicos um final escaldante; é que indemnização punitiva e *quota litis* (obviamente regulada, nomeadamente na parte que contende com os limites do pacto previamente fixado), a funcionar em conjunto, são travões para situações humilhantes em relação aos que – violando direitos – são, muitas vezes, quem mais invoca o santo nome dos direitos fundamentais.

Não se diga que a existência de um órgão regulador da Informação com poderes disciplinares efetivos é um perigo para a liberdade da Imprensa e a independência do jornalista; situação similar existe nos Tribunais e não se diz que o CSM é um perigo para a liberdade de julgar e para a independência do juiz.

Tudo passa pela implementação de um sistema onde o sopesamento dos interesses se centre num *checks and balances* equilibrado que evite danos em princípios estruturantes e permita a realização dos fins prosseguídos por qualquer atividade profissional.

O exemplo que melhor condensa esta problemática tivemos na primeira década deste século quando, durante anos, o então diretor do “Publico”, José Manuel Fernandes, exerceu essas funções sem ter os requisitos legais para tanto porque nem sequer carteira de jornalista tinha, e sem que alguém pudesse cobrar a tal infração.

Mais: aquele diretor era, simultaneamente, gerente e administrador de várias sociedades comerciais, algo expressamente proibido pela Lei da Imprensa em termos similares aos da proibição que recai sobre o juiz quanto ao exercício do comércio.

No mesmo saco juntaram-se, assim, várias coisas: uma forma encapotada de “exercício ilegal de profissão” e o exercício de profissões substancialmente incompatíveis em patente violação da matriz genética da Informação.

Como assim, o infrator assumia-se jornalista sem o ser; mas se alguém o questionasse pela incompatibilidade das funções exercidas – diretor de jornal e gerente/administrador de empresas – poderia sempre dizer, como causa excludente, que não era jornalista.

Encontrar algo de semelhante numa profissão regulada, é praticamente impossível; o que nos dá a dimensão das diferenças.

Em Outubro/2007, foi publicado um texto de Benjamin C. Esty, da Harvard Business School, onde se diz expressamente que nos grandes projetos de financiamento (e por causa da livre circulação de capitais) quem organiza e

executa as operações não pode ser quem as audita e fiscaliza sob pena de termos, a prazo, custos incompatíveis que atingem terceiros.

Ou seja, até nessa área, tem que haver separação total entre o interessado que executa e o terceiro imparcial que certifica; dito doutra forma, o regulado não pode capturar o regulador.

Logo a seguir, por casualidade ou não, surgiu a crise de 2008.

Transponha-se para a sociedade civil estas conclusões – nomeadamente, naquilo que nos importa – e imagine-se a quantidade de setores da vida social sem regulação que se veja, ou com regulação capturada.

E conclua-se em conformidade.

É óbvio que a liberdade de informação, de expressão e de opinião têm, na civilização ocidental, uma amplitude muito acima do que podemos ver nos lugares mais díspares do mundo e que advém da história pregressa da nossa cultura quando – mesmo nos tempos da concentração do poder real de origem divina ou do despotismo iluminado – estávamos longe dos conceitos do chamado despotismo oriental.

Nascidas como o módulo da afirmação livre de direitos individuais, as liberdades de informação, de expressão e de opinião, vieram a ser integradas no catálogo da 1.ª geração daqueles direitos e garantias, assim se mantendo até hoje.

Mas o assentimento destes factos não impede que se reconheça a existência de fatores intrínsecos que limitam e distorcem o exercício nuclear desses direitos, seja de forma superficial, seja de forma profunda.

Vejamos, sucintamente, alguns desses fatores.

Repare-se, desde logo, que a esmagadora maioria da Informação do nosso país (e doutros países ocidentais) é exercida por empresas privadas, invocando regras de interesse público porque a sua função é de natureza pública mas sem pretender qualquer controlo público, onde o auto controlo ético esmorece e se dissolve, que tem como finalidade essencial a obtenção de lucros que permitam a sua sobrevivência, com parte dos profissionais em regime de trabalho eventual e

sem garantias de emprego estável facilitando, assim, a sua maior flexibilidade ou ductilidade profissional.

Como assim, muitos dos órgãos das empresas informativas têm três tipos de atores: os de top, de confiança da administração da empresa e que executam a política por esta definida; a maioria, parte dela em contrato eventual e que são “os carregadores de piano”; os comentaristas residentes – de fora da casa – mas escolhidos segundo critérios fiáveis.

Neste contexto, a Informação entra naquilo que a administração da empresa subliminarmente define e que os atores de top executam, ressalvada (como é óbvio) a margem de manobra suficiente para que, nos jornais e nos canais de TV, se manifestem opiniões, versões ou teses discordantes dentro dos limites q.b. aceitáveis.

Se a isto juntarmos o facto de a grande Informação (TV e jornais de âmbito nacional) estar, quase toda, concentrada na capital e de, na capital, se situarem os centros decisórios do poder e, ainda, o conjunto alargado dos grandes lobbies e das “ONGs” descaracterizadas, facilmente concluiremos que a Informação é a plataforma visível onde confluem e se jogam os destinos dos interesses lobísticos e dos interesses de grupos.

Um caldo de cultura destes é o meio propício para o aparecimento dos fatores atrás referidos que distorcem a Informação e que, quantas vezes, se manifestam de forma visível.

Exemplos disto não faltam.

Desde logo, a tese de mestrado na Universidade de Santiago de Compostela de Fernando Moreira de Sá (por nós expressamente referida no Congresso dos Juízes Portugueses realizado em Troia, em Outubro/2014) onde o autor pormenoriza a forma como se manipulou a Informação (nomeadamente televisiva) e redes sociais, tudo dirigido à condução de alguém ao *top político*; resumo da tese, temo-lo na entrevista dada pelo autor à revista “Visão” em Novembro/2013.

Mas o caso paradigmático que conflituou diretamente com o Poder Judicial, foi o denominado “caso Esmeralda” (contendendo com o instituto da adoção de menores) inserido num processo mais vasto e destinado a infletir a jurisprudência dos tribunais segundo cânones abençoados por interesses lobísticos a que a Informação deu voz.

O que se pretendia era dar à lei a interpretação aberta que interessava a certos grupos, desligada de regras seguras na leitura dos factos e em consonância com um enquadramento jurídico rigoroso.

Tudo começara bem antes, com a crucificação de um juiz do T. Família de Braga que exigia requisitos normativos rigorosos, bem diferentes dos que se apregoavam comunicacionalmente.

O “caso Esmeralda” acabou por ser um exemplo perfeito da independência dos Tribunais que resistiram – imunes – a toda a pressão mediática que perpassou o país semanas a fio, expressa em comentários, artigos, opiniões, programas televisivos pré-ordenados com vista à obtenção de um fim que nunca conseguiram; estranhamente, uma vez julgado e findo o “caso Esmeralda”, tudo desapareceu de repente e num ápice como se, antes, nada tivesse acontecido e, depois, tudo se quisesse amortalhar no silêncio das coisas incómodas.

Curiosamente, anos depois, assistimos a um *remake* reciclado: quando tribunais ingleses começaram a julgar casos de menores adotados por britânicos mas filhos biológicos de pais portugueses, a visão televisiva que nos foi dada aproximou-se bastante daquela que os juízes do “caso Esmeralda” defenderam, como se tivesse havido uma inversão na panorâmica das coisas que nos chocam porque nos tocam.

Mas o exemplo extremo da distorção informativa são as *fake news*.

Elas são o produto final radicalizado de um processo que se foi distorcendo, devagar, no tempo e levou ao que, hoje, acontece.

As *fake news* não surgem de súbito como um tsunami imprevisível porque a imprevisibilidade nunca existe num processo contínuo com laivos frequentes de

intencionalidade pré-ordenada; que o mesmo é dizer que as *fake news* têm um longo passado de gestação insidiosa.

Haverá, ainda, quem se lembre de um programa televisivo – de curta duração – chamado “Bombástico”? Alguém comparou o que lá se dizia com o que constava dos processos judiciais escrutinados no programa? E só agora é que se fala das *fake news*, porquê?

Eça de Queiroz, com a sua proverbial genialidade, sintetiza em “A Correspondência de Fradique Mendes” os três grandes “pecados sociais” da Informação (à época, limitada à Imprensa): a leviandade, a vaidade e a intolerância (cfr. a XVI Carta, dirigida a Bento de S.).

A leviandade, pela ligeireza no tratamento das questões; a vaidade, por conceder a notoriedade a quem a deseja, mas não a merece; a intolerância, pelo afrontamento daquilo e daqueles que não fazem parte do seu grupo de interesses.

Quem a ler – quem ler essa Carta – certamente concluirá que está aí, nesses “pecados sociais”, o caldo de cultura que, entre o mais, conduziu às *fake news*; só que, 150 anos depois, o aparecimento da TV e das redes sociais potenciou até ao infinito a previsão queiroziana.

Mas a Comunicação Social (CS), a Informação, tem um outro trauma insolúvel: escondendo-se por detrás do seu próprio biombo, ela nunca é notícia de si mesma com medo de que a sua fotografia não corresponda ao autorretrato que publicita.

Já em 04/01/2001, Pacheco Pereira, num texto notável sobre a CS portuguesa publicado no “Público”, abordava esta questão escrevendo a dado passo: “é um mau serviço para a vida pública deixar de fora os mecanismos internos da CS, mesmo que isso signifique combater as enormes resistências corporativas que os jornalistas colocam a serem eles próprios objeto de notícias. Percebe-se porquê – diminui-lhes o poder”.

Ou seja, a necessidade de exercer um poder sem controlo e sem escrutínio instiga a que a liberdade da Informação conviva com uma dissimulada censura

corporativa quando estão em causa interesses ou pessoas ligadas à Informação, como forma de dissolver os efeitos corrosivos.

Com este medo da Informação em se expor porque o seu poder diminui, relaciona-se – ainda – a dificuldade que ela sente em se sujeitar ao contraditório, mesmo quando está em jogo o exercício do direito de resposta.

Vários exemplos se poderiam alinhar; dois, apenas.

Um deles, o de João Carreira Bom.

Cronista anos a fio num semanário, bastou uma crónica visando quem nunca o poderia ser (porque se tratava de um senador vitalício e inatingível) para que a sua colaboração cessasse de imediato; aqui, a liberdade de opinião e de expressão foi letra morta, ninguém pediu contas, ninguém gritou que a liberdade de informação estava em perigo e – exceção aberta para poucas vozes desesperadas – tudo se calou porque não convinha falar.

O segundo: as célebres “escutas a Belém”, noticiadas pelo “Público” em Agosto/2009; dias depois (em 18/09/2009), o “Diário de Notícias” (DN) publicava o elenco dos *e-mails* trocados sobre o assunto de onde transpareciam a génese e os objetivos da notícia e se percebia o seu caráter furtivo e sinuoso.

No dia seguinte, o DN – em editorial – justificava a publicação que fizera com o interesse público da matéria que está “muito acima da solidariedade que a classe jornalística gosta de reivindicar para si, mesmo que não a aplique aos outros...” (fim de citação, pág. 10).

Logo após, um jornalista do “Público” (Manuel Carvalho), na edição de 20/09/2009, publicou um texto na página 7, verberando o DN e que é, sob o manto diáfano do gongorismo, um manual ético de comportamento corporativo: jornal não desmascara jornal; ou seja, faça-se silêncio porque há coisas que se não devem dizer nem noticiar – tal é a mensagem subliminar do recado.

É na encruzilhada de todas estas tendências – ou seja, no cruzamento entre os direitos fundamentais da pessoa humana que se foram erigindo ao longo de séculos numa luta permanente entre o progresso e o obscurantismo e durante

a qual o fiel da balança se inclinou ora para um lado, ora para o outro, e (doutra parte) a liberdade de Informação nas suas diversas vertentes – que o ponto de equilíbrio entre esses dois termos se deve procurar.

Não é tão raro quanto isso que na Informação se misture, casualmente ou não, a opinião com a notícia; isto é, quantas vezes se pretende opinar atingindo um alvo específico, previamente escolhido, mas passando a mensagem de que se quer transmitir tão-só o conteúdo objetivo de uma notícia. Como assim, pretende-se que fica legitimada, sem mais, a conclusão opinativa que se avançou.

A partir daqui, tudo se pretende estar legitimado: críticas excessivas ou ataques pessoais, enquadrados em limites admissíveis ou extravasando-os desmesuradamente, instigados por pequenos interesses pessoais, por interesses lobísticos ou de grupo, com efeitos profundos no tecido social ou apenas epidérmicos, tudo – dizíamos – parece reduzir-se a um só denominador comum que branqueia e igualiza por baixo: a liberdade de informar e de opinar.

Cronologicamente, os direitos de personalidade antecedem a estruturação ideológica da liberdade de Imprensa, até porque a dignidade personalista do Ser Humano foi o pilar da luta contra o despotismo obscurantista.

Já os gregos antigos haviam definido o Homem como a medida de todas as coisas; por isso, reduziram à dimensão humana os seus monumentos, que persas e egípcios tinham construído, antes, à medida dos deuses.

Será a descoberta que os europeus medievais farão da cultura grega, encaixotada nas bibliotecas árabes de Toledo e Palermo, que fará nascer a Europa que hoje temos quando aquelas cidades foram reconquistadas aos califados árabes: Palermo, pelos normandos ao califado fatímidas do Egito; Toledo, por Afonso VI de Castela (avô do nosso Afonso Henriques) ao califado de Córdova.

Toledo tornar-se-á, então, um centro cultural incontornável da Europa cristã quando, cerca de meio século depois da reconquista, se criou a “Escola dos Tradutores de Toledo”, ou seja, a escola dos sábios alfabetizados (muitos deles, judeus) que, sabendo árabe, traduziram para as línguas ibéricas as obras da antiguidade grega e da ciência árabe.

A Toledo convergirá, por isso, gente da Europa cristã que levará para os seus países a sabedoria renascida da antiguidade clássica: entre outros, o italiano Gherardo de Cremona, os ingleses Robert de Chester e Adelard de Bath, o alemão Herman de Reichenau, o eslavo Herman Dalmata, sem contar, obviamente, com os próprios ibéricos⁽⁶⁾.

Este vai ser o ponto de partida da redescoberta da dignidade humana pelo Ocidente que – após um longo caminho – conduzirá aos direitos fundamentais de personalidade e levará os países hegemónicos a inscrevê-los nas suas leis constitucionais.

Por coincidência do destino (ou talvez não), o que se fez em Toledo foi a sequência feliz do que, dois séculos antes, o grande califa abássida Al-Mamun fizera, criando a “Casa da Sabedoria” de Bagdad que traduziu para o árabe o pensamento e a ciência helenística antiga; foi este circuito que, formatando a Europa, desembocou – séculos depois – na formulação daqueles direitos fundamentais⁽⁷⁾.

Rapidamente se percebeu, contudo, que a personalidade do Homem se desdobra em dois vetores diferentes, mas complementares: a personalidade física, ou seja, a defesa do corpo; a personalidade moral, ou seja, a defesa da dignidade e da honra.

Os direitos á vida, à sua inviolabilidade, à integridade física reconduzem-nos a uma panóplia de garantias destinadas à salvaguarda da personalidade física.

O direito ao bom nome, à honra e à dignidade pessoal reconduzem-nos ao leque de garantias para salvaguarda da personalidade moral.

Esta distinção foi-se perdendo com o tempo em razão de duas causas: por um lado, as sociedades modernas, à medida em que igualizaram as pessoas na proporção direta em que extinguiram as classes feudais e as castas sociais, foram eliminando os marcadores distintivos das coisas – algo que é positivo; de outra parte, o Ocidente utilitarista e economicista, à medida em que foi usando o lucro,

⁶ Cf. Francesco Gabrielli, “Os Árabes”, BAB, págs. 175-176.

⁷ Cf. F. Gabrielli, ob. cit., pág. 122.

o dinheiro e o poder daí advenientes como barómetro do sucesso, do hedonismo e do individualismo, foi secundarizando cada vez mais – até os obnubilar, por vezes – os Outros, aqueles com quem os homens de sucesso se vão confrontando, que podem ser aproveitados ou humilhados, que são verdadeiros “filhos de um deus menor” – algo que é negativo.

O problema do excesso informativo de certa Informação (aqui, como em tudo, há gradações e diferenças enormes) tem que ver com esta segunda causa: o que importa é informar a todo o custo e, se necessário, em termos excessivos para ter a maior audiência possível, pouco interessando a personalidade moral de quem é visado porque o que importa é estar na crista da onda com o máximo de *share* possível.

Foi exatamente este motivo que levou o Supremo Tribunal Federal americano a elaborar para casos assim – de lucro desproporcional quando confrontado com o sacrifício de direitos de personalidade – a teoria da indemnização punitiva na esfera da responsabilidade civil extracontratual.

O julgamento de Galileu pelo tribunal do Santo Ofício, no séc. XVII, quando a Europa se encontrava na encruzilhada entre o Antigo e o Novo, é o repositório fotográfico desta problemática pungente.

No direito pré-moderno, distingua-se – na esfera do direito criminal – entre a gravidade das penas e a sua natureza infamante ou não infamante.

A gravidade das penas relacionava-se com a gravidade do crime; a pena, infamante ou não, relacionava-se com a categoria social do criminoso condenado, o que nos remete para a esfera dos estados sociais, das castas ou da dignidade aristocrática dos criminosos que as sociedades de então conheciam.

O mesmo crime podia ser sancionado com a pena de morte, quer o réu fosse nobre ou indigente; simplesmente, se o réu condenado à morte fosse indigente a sua pena podia ser executada de modo infamante (por enforcamento, por exemplo), mas se ele fosse um nobre de estirpe elevada, a morte não poderia executar-se assim.

O que estava por detrás desta distinção numa sociedade por castas era a salvaguarda da personalidade moral de quem pertencia a uma casta superior; porque se o réu fosse de estado social inferior e o crime fosse aberrante a pena podia ser infamante.

Galileu não foi condenado à morte como Giordano Bruno ou João Huss; e há, por isso, a tentação de pensar que ele beneficiou de “uma atenuação especial da pena” que àqueles não foi concedida.

Puro engano.

A Galileu foi salva a vida porque se começava a admitir a justeza das suas opiniões científicas; mas aplicou-se-lhe uma pena infamante – a retratação – destinada a assassinar a sua personalidade moral.

Na verdade, a personalidade do Homem era destruída de duas maneiras: a física, o corpo, com a pena de morte; a moral, pela retratação, ou seja, pela morte da sua dignidade e do seu bom nome.

Retratar-se – aquilo que no antigo direito português se denominava de “cantar a palinódia” – era suicidar-se moralmente, dar a alma ao diabo, confessar publicamente que tinha mentido sendo um falsário, reconhecer a sua indignidade sabendo de antemão que ninguém mais iria acreditar em si.

Retratar-se era, pois, o certificado de óbito da dignidade moral do Homem.

A retratação – exatamente por força de toda a carga anímica destruidora que lhe andava associada – continuou a ser, por muito tempo, a forma comum de destruição da personalidade moral do Ser Humano, assumisse ela o nome de retratação, abjuração, auto de fé confessional consoante o colorido com que se tingiam as nações que a praticavam.

Daí a grandeza atribuída à parte final da retratação de Galileu, seja ela verdadeira ou ficcionada: terminada a retratação, Galileu terá acrescentado a frase conhecida “Eppur si muove”, ou seja, “e no entanto (a Terra) move-se”.

Com isto, Galileu quis **anular** o seu suicídio moral, anular a retratação a que fora coagido, mantendo intocada a sua dignidade porque ele próprio

desmentia a confissão que fizera; com isto, Galileu quis continuar a ser visto como um homem digno e não como um crápula.

Hoje, nas sociedades ocidentais utilitaristas, economicistas e individualistas é esta personalidade moral que tende a ser menosprezada, secundarizada, abandalhada em favor – quantas vezes – do lucro daqueles que com isso beneficiam porque o sucesso lucrativo destes é diretamente proporcional aos danos a outrem provocados.

É no sopesamento concreto destes direitos em conflito que o TEDH falha: julgando com base numa Convenção que não reconhece o núcleo central da personalidade moral (o direito à dignidade e ao bom nome) como um direito fundamental da 1.^a geração – personalidade moral esta que esteve na base do personalismo europeu à volta do qual se estruturaram os direitos fundamentais – o TEDH foi incapaz de fazer uma leitura atualista da Convenção e lançou para a valeta da estrada um direito fundador previsto na nossa CRP, nos nossos Códigos Civis e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como assim, o TEDH – quando sevê confrontado com infrações à personalidade moral de alguém por parte da Informação – segue uma linha de rumo proto-uniforme: a Informação prevalece sobre o Ser Humano.

O que significa que, com frequência, a Informação – por detrás da qual se perfilam, quantas vezes, interesses lobísticos ou de grupo – assassina a dignidade do Homem destribalizado em termos semelhantes aos que se usaram com Galileu, com a parcimónia ou complacência do TEDH.

Veja-se o que aconteceu, entre nós, com o Primeiro-Ministro em exercício em 2004: perante um projeto de lei que contendia com o jornalismo, uma revista (“Visão”), num texto seu, perguntava – referindo-se àquele político – se a proposta não se trataria “de um delírio provocado pelo consumo de drogas duras?”.

Condenada a empresa jornalística nos tribunais portugueses por violação do direito ao bom nome, veio o TEDH dizer – quando solicitado – que se

infringira o artigo 10.º da Convenção e que tal expressão mais não era senão uma forma irónica para melhor criticar; como assim, Portugal foi condenado.

Gostaríamos de perguntar, apenas, o seguinte: se alguém – comentando essa decisão do TEDH – insinuasse que ela resultava do delírio dos seus juízes por consumo de drogas duras, ou se alguém (noutro registo) insinuasse que o texto jornalístico resultava do delírio de uma redação editorial que o consentiu por consumo de drogas duras, tudo acabaria, a final, em festa e em consenso porque o que se quis foi ironizar para melhor criticar?

Nada melhor que exemplos concretos para validar, ou não, aquilo que atrás se foi alinhando.

Façamos dois pequenos exercícios de imaginação, e pensemos em dois pequenos textos jornalísticos – relativos, um deles, a um hipotético juiz de um tribunal à escolha e, o outro, a um hipotético diretor de um jornal diário ou de um canal televisivo, à escolha – usando a terminologia e a metodologia que encontramos frequentemente.

Comecemos pelo texto referente a um juiz, imaginando o seu conteúdo nestes termos:

“O senhor juiz é um perfeito bufarinheiro; o que lhe importa não é julgar com justiça e equidade, mas tratar da sua carreira profissional para ter sucesso no futuro e uma reforma apessoada. Por isso, pouco lhe importa o que decide; importa-lhe, sim, não engripar quem é importante e que não deve ser incomodado, mas não se incomoda em condenar, sem muito pensar, quem é pobre de pedir porque a “arraya-miuda” da sociedade é algo que se basta a si mesma, já que – como diziam os romanos – “dos pequenos não cuida o pretor”.

O senhor juiz é, assim, um juiz de castas: julga a casta elevada sem lupa e sem óculos mas tem cataratas, e – quanto aos párias – usa lupa de grande alcance mas não tem miopia. Para o senhor juiz, o direito é, por isso, uma ciência monocular, de sentido único e pouco pensar porque as sentenças que dita têm um destino traçado: paraíso para uns e inferno para os outros.

Mas nada disto é de admirar: o senhor juiz chegou ao tribunal vindo não se sabe bem de onde, passando não se sabe bem por onde, e tendo dos tribunais a imagem distante das manhãs de nevoeiro. Por isso, o senhor juiz pensava que o tribunal onde aterrou ficava no “triângulo das Bermudas”.

Daí que, para o senhor juiz, o julgamento se faça em função do nascimento e não em função do destinatário, porque o destinatário – quando é um zé-ninguém – é um tropeço que só dá para atrapalhar.”

Mas podemos imaginar um texto similar, agora dirigido a um diretor de jornal ou de canal televisivo.

Nestes termos:

“O senhor diretor é um perfeito energúmeno com temperatura bipolar: para uns, usa termómetro de escala Fahrenheit; para outros, usa termómetro de escala centígrada.

A olhar para os de cima, os do mundo do negócio e da finança, o senhor diretor derrete-se todo, entrevista-os com excelências várias e excelentíssimos plúrimos, gosta de saber antecipadamente as suas sábias opiniões com que nunca esbarra nem contraria, lembrando o comendador Pinho de “A Correspondência de Fradique Mendes”, prestamista cansado no pensar e substituindo os “coupons” por uma carreira à boa vida; para os de baixo, é um comissário obediente das chefias, um goebbelzinho em sustentado menor que muito exige e nada perdoa.

No fundo, o senhor diretor é um homem com pouca sorte porque fora do tempo: nascido 50 anos antes, seria um jornalista de sucesso – estivesse à esquerda ou à direita – porque seria sempre o carniceiro ideal de serviço para cumprir as ordens do “chefe” sem tugir nem mugir.

Mas o senhor diretor é, também, o eunuco dos tempos modernos: quando fala, sabe de tudo, opina sobre tudo, explica tudo; melhor espremido, conclui-se que, afinal, não sabe nada, nunca fez nada na vida real, a não ser mandar uns bitaques opinativos sempre atrelados aos interesses dos seus patrões.

O senhor diretor é, no fundo, um Pinóquio encapotado, mudando de fato ao longo da semana segundo as encomendas que lhe vão chegando e a que tem que dar vazão.”

Temos, aqui, textos excessivos, provocatórios, agressivos que, face à jurisprudência do TEDH, não merecerão censura.

Poderemos, até, fazer mais: usar uma linguagem grosseiramente “carroceira”, com palavras soezes (é fácil imaginá-las) acompanhadas sempre de adjetivos abstratos (“é uma p. intelectual”; “é um c. poético”, etc.) que sirvam para dizer que se usou, simplesmente, uma linguagem metafórica; a metáfora não seria senão a capa dissimuladora do insulto.

Os dois textos acima imaginados são ofensivos: repare-se que não há, neles, qualquer facto concreto apontado ao visado e de que ele se possa defender, qualquer facto que ele possa refutar exercendo o contraditório concreto da defesa.

O que há, neles, é uma soma amalgamada de opiniões conclusivas ou de conclusões opinativas, de que o visado jamais se defenderá porque não há nenhum objeto factual concretizado que possa calibrar a defesa proporcional do visado.

Textos destes – verdadeiramente, textos cobardes – inutilizam qualquer defesa e o que fica na memória coletiva é, tão-só, a recordação de um labéu infamante que não foi contraditado porque era impossível fazê-lo.

Daí a perplexidade perante aqueles dois textos imaginários: face à CEDH, eles serão admissíveis porque o seu artigo 10º legitima-os; face ao direito português (mais abrangente na defesa dos direitos de personalidade) eles são inadmissíveis e permitem a demanda do infrator com base na responsabilidade civil extracontratual.

Se assim não fosse, poderíamos adaptar, sempre, aqueles textos (com pequenas variações) a quem quiséssemos insultar e usá-los indefinidamente num estereótipo impessoal, porque a Convenção Europeia seria a cobertura fiável para as “sacanices” (uso, aqui, a expressão feliz cunhada por alguém que viveu uma situação difícil) que pretendêssemos fazer.

É habitual, hoje, propor ação no TEDH quando algum órgão da Informação é condenado em tribunais internos, invocando a violação de direitos consagrados no artigo 10º da Convenção.

O sistema jurídico criado com a adesão de Portugal ao Conselho da Europa (à CEDH e ao TEDH) tornou-se, à época, bipolar e de fácil percepção.

De um lado, tínhamos os tribunais nacionais que julgavam o conflito entre o cidadão ofendido e o órgão da Informação com base no direito interno; doutro lado, se o órgão da Informação fosse condenado, tínhamos uma outra ação (proposta posteriormente pelo órgão condenado contra o Estado português, no TEDH) julgada segundo as normas da Convenção.

Havia, por conseguinte, duas ações que nunca confluíam e nunca se enfrentavam: uma, entre dois cidadãos ou entre cidadãos e empresas comerciais, julgada pelos tribunais nacionais e segundo o direito interno; outra, proposta por um jornalista ou uma empresa jornalística contra o Estado português, mas onde nunca intervinha (**nem era admitido a intervir**) o cidadão vencedor da ação nacional, julgada pelo TEDH e segundo a Convenção.

Tínhamos, destarte, dois planos jurídicos completamente diversos: nas duas ações, os sujeitos, os pedidos e as causas de pedir eram totalmente diferentes e – tão importante como isso – a lei aplicável aos casos era, também, diferente; ou seja, a vinculação à Convenção era apenas do Estado e não dos Tribunais nacionais, como resulta diretamente do artigo 46.º da Convenção.

Entretanto, o nosso Cód. Proc. Civil (CPC) foi alterado e, no recurso de revisão, modificou-se o artigo 696.º introduzindo-se a atual alínea *f*), permitindo que seja revista a sentença proferida pelo tribunal nacional em processo interno quando for inconciliável “com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português” (fim de citação).

A partir daqui começou a entender-se que a norma referida legitimava a revisão da sentença sempre que o TEDH decidia de forma diferente dos tribunais nacionais, permitindo que a parte vencida no processo nacional o reabrisse; e isto sem que a parte vencedora no processo nacional tivesse sido – sequer – ouvida, tida ou achada, dizendo de sua justiça (por pouco que fosse) no processo julgado no TEDH.

A que propósito se pode entender assim – perguntamos nós – quando isto corresponde a uma violação grosseira quer do princípio estruturante do contraditório (base da justiça material), quer do princípio estruturante do caso julgado (base da segurança político-social)?

A parte vencedora do processo nacional nunca intervém no processo pendente no TEDH porque o Tratado não o permite; logo, nunca uma decisão de Estrasburgo se pode impor à parte vencedora nacional a quem se recusa o exercício do contraditório em Estrasburgo de modo a fazer valer o seu direito e a sua versão.

Se os Estados-Membros do Conselho da Europa queriam estender a terceiros os efeitos das sentenças do TEDH, o que tinham a fazer era, simplesmente, prever no Tratado a existência de incidentes de instância para intervenção de terceiros, de modo a alargar a quem está de fora os efeitos de uma sentença destinada aos que, estando dentro, são as partes processuais principais.

Agora, pretender – por causa de uma sentença de âmbito limitado que não se refere a um terceiro – que este terceiro tenha que provar, mais tarde, o que já antes havia provado, quando o “mais tarde” pode significar a **perda** de prova (entretanto desaparecida) ou a **manipulação** da prova (entretanto preparada), é algo que não encaixa na lógica fundadora do Direito porque atira borda-fora a regra irrevogável do contraditório: ouvir a outra parte.

Mas não só: porque, também, atira borda-fora outro princípio estruturante que contende com a segurança jurídica: o do caso julgado.

Repare-se que o artigo 696º do CPC sempre esteve baseado neste princípio dos direitos de cidadania: só se pode rever uma sentença transitada, proferida num processo pendente entre duas partes, quando surge algo de novo e inesperado que, antes, não pôde ser considerado (um documento decisivo, uma falsidade documental, uma confissão nula, etc.) mas referente a esse mesmo processo que decorreu entre as mesmas partes.

Isso resulta diretamente das previsões das diversas alíneas do artigo 696º; e resulta porque o recurso de revisão implica uma alteração excepcional ao caso

julgado e o caso julgado mede-se em função da identidade das partes, da causa de pedir e do pedido (artigos 580.º, 581.º, 619.º e 621.º do CPC).

Ou seja, o que está por detrás do recurso de revisão do CPC é esta ideia incontornável: só se altera um caso julgado quando ocorreu um facto anómalo que impediu que uma das partes usasse, contra a outra, meios de prova ou de defesa que, em condições normais, teria usado.

Daí que admitir uma revisão de caso julgado entre duas partes com base em factos ocorridos com um terceiro (o Estado, por exemplo) que não interveio na ação com decisão transitada, é algo que está fora da previsão do artigo 696.º.

Só há, tanto quanto vemos, uma exceção a esta regra: a que decorre de uma condenação criminal transitada, com efeitos extra-processuais, como a que nos aparece plasmada na alínea a) do artigo 696.º, e que mais não é senão uma sequência do princípio geral consagrado no artigo 623.º do CPC, oriundo de leis processuais antigas do direito português.

Mas ainda que assim não fosse, ainda que tivesse lugar a revisão da sentença proferida na ação nacional por causa e com base numa sentença de Estrasburgo que desse razão aos parceiros da Informação, ainda aqui permanecerá – sempre – o problema de base: na revisão, os tribunais portugueses terão que entrar em linha de conta, obrigatoriamente, com os direitos ao bom nome e à dignidade moral do Homem que a CRP, o CC e a DUDH preveem e que a Convenção esquece, o que levará certamente – nesta matéria – a um efeito bem menor das decisões de Estrasburgo.

Há, basicamente, dois modos de abordar a jurisprudência do TEDH sobre a matéria que nos toca.

Uma, é a que nos surge no referido artigo doutrinário de J. Sousa Ribeiro, publicado na RLJ: uma abordagem ambivalente onde se salienta o que de bom essa jurisprudência nos trouxe quanto à defesa dos direitos fundamentais e onde, doutro lado, se critica o que de desproporcionado ela contém, secundarizando direitos que fazem parte do património histórico do Ocidente.

Com cuidado, Sousa Ribeiro sublinha, logo de início, o caráter assimétrico da jurisprudência do TEDH (pág. 148).

Por detrás disto, está esta constatação: os tribunais nacionais (mesmo os do topo do Judiciário) levam em conta a jurisprudência do TEDH, quando necessário; o TEDH pouco se importa com a jurisprudência dos tribunais superiores dos vários países europeus mesmo quando isso se justifica.

Ou seja, o TEDH não dialoga; apenas monologa.

Um comportamento assim não se comprehende à face do artigo 53.º da Convenção: grande parte dos países-membros do Conselho da Europa subscreveu também a DUDH que é mais abrangente que a Convenção; daí que a salvaguarda de direitos mais abrangentes esteja garantida nos termos da própria Convenção, o que obriga a que se conheça o que há de mais avançado no ordenamento jurídico desses países.

Mas há outra visão sobre a jurisprudência do TEDH no que toca ao direito ao bom nome e à personalidade moral: a que nos é dada por alguns comentaristas e que ultrapassa, tantas vezes, as fronteiras do “Bom Senso e Bom Gosto” como diria Antero de Quental.

Veja-se como exemplo o n.º 102, de Janeiro/2018, da Revista “Portugal Inovador de Torres Vedras/Alenquer, Cidade Europeia do Vinho/2018”: no meio de textos sobre temas tão díspares como a arte de construir em granito, a vida animal, as pizzas italianas e, principalmente, os vinhos e o território, lá nos aparece, na página 70, um texto desse género sem autoria assumida.

Se a moda pegar, ainda veremos um dia a jurisprudência do TEDH misturada – sem senso e sem gosto – com os sulfitos, a qualidade das castas e a denominação de origem como prova concludente de que Descartes, afinal, se enganou quando escreveu que o bom senso era a coisa mais bem distribuída do mundo.