

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO — A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH E OS TRIBUNAIS PORTUGUESES

FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA

**Resumo:** a liberdade de expressão pode servir de fiel da balança para medir a democraticidade de um Estado. Ela é deveras estruturante de qualquer sociedade desenvolvida, pois só a circulação livre de ideias impele ao progresso. A lei ordinária nacional está desajustada da matriz que é a CEDH, não reconhecendo à liberdade de expressão aquela dimensão estruturante da sociedade. Durante muito tempo a jurisprudência portuguesa, nos conflitos do direito à honra face à liberdade de expressão, deu prevalência à primeira, desconsiderando a segunda. Tem sido o TEDH com a sua jurisprudência que vem afinando os critérios interpretativos da lei nacional. Na verdade, neste nosso tempo de comunicação global, em que, naturalmente, a liberdade de informação e de expressão também têm limites, não se pode firmar tal limite em qualquer preconceito, em dimensão absurda da honra ou num enfatuado bom nome das figuras públicas.

**Palavras-chave:** liberdade de expressão; sociedade democrática; escrutínio dos órgãos e agentes de poder; interesse público; tutela dos direitos pessoais.

Em primeiro lugar, quero apresentar os meus cumprimentos e agradecimentos aos doutores Francisco Moreira das Neves, Pedro Soares de Albergaria, Madalena Aguiar, Pedro Lima e Francisco de Siqueira pela organização das IV Jornadas Açorianas do Direito e pelo simpático convite que me fizeram para estar aqui hoje.

Cabe-me falar da liberdade de expressão e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e é isso que vou fazer.

A dimensão da liberdade de expressão é, seguramente, uma das formas mais fiáveis de aferir da democraticidade de um Estado. A possibilidade de nos exprimirmos sem sermos perseguidos ou punidos pelas nossas opiniões ou, ainda, de sermos informados ou informar sobre o que se passa na sociedade sem submeter tais informações ou opiniões a uma censura prévia ou sem sermos punidos é um bem pessoal inigualável e essencial em termos de desenvolvimento da nossa personalidade.

Mas, sendo um bem pessoal fundamental, a liberdade de expressão é também um elemento estruturante da própria sociedade, já que uma sociedade só poderá ser democrática se permitir uma livre circulação de ideias e informações. A expressão “*saber é poder*” ganha particular relevância na atualidade

e, por isso mesmo, uma sociedade não pode ser democrática, no sentido de permitir a igualdade de oportunidades entre os cidadãos, se não permitir uma livre circulação de informações e de ideias.

Mas a quem serve e para que serve a liberdade de expressão?

Se eu quiser dizer “*viva o Rei*” ou “*viva o Presidente da República*”, não preciso de invocar a liberdade de expressão porque ninguém me vai reprimir. Quem precisa de ser protegido pela liberdade de expressão são as pessoas que exprimem opiniões incómodas, desagradáveis, irritantes, minoritárias e, eventualmente, injustas. Não podemos olhar para a liberdade de expressão como garantindo o direito das pessoas dizerem coisas sensatas, verdadeiras e corretas.

Na muito divulgada visão americana, será do livre funcionamento do mercado das ideias e informações que resultarão as melhores soluções possíveis e a criação de uma opinião pública livre e esclarecida. Impedir o funcionamento do mercado, nomeadamente através de verdades oficiais ou da proibição da expressão pública de outras versões da verdade, é bloquear o funcionamento do mercado com graves prejuízos para todos nós.

A liberdade de expressão foi consagrada na nossa Constituição após o 25 de abril de 1974, mas, infelizmente, a produção doutrinária e jurisprudencial sobre esta matéria foi sempre muito escassa.

Em termos doutrinários, durante muito tempo, a única obra que existia era um estudo publicado em 1982/83 na Revista de Legislação e Jurisprudência, da autoria de Figueiredo Dias, com o título “*Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português*”.

No que concerne a este estudo de Figueiredo Dias, que passou a ser a matriz doutrinária de uma parte substancial da nossa jurisprudência, importa, sem prejuízo do seu mérito, ter em conta que o mesmo foi pensado e escrito num quadro legal anterior à revisão constitucional de 1982, que alterou os artigos 37.º e 38.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente, substituindo a expressão “*direito de se informar*” por “*direito de informar, de se informar e de ser informados*” e não tem em consideração as consequências da entrada em vigor, no nosso país, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) em 9 de novembro de 1978.

Tal facto é particularmente evidente na forma como é defendida, por Figueiredo Dias, a necessidade, com apoio na doutrina italiana, do requisito da “*continência*” ou “*moderação*” no exercício da liberdade de expressão e de opinião ou, ainda, na exigência, com base na doutrina alemã, do preenchimento do requisito de a notícia ou a opinião serem o “*meio adequado*” de realização de interesses legítimos.

A jurisprudência, nesses tempos, baloiçava-se entre o bom senso, o senso comum, a ignorância e o preconceito. Era predominante o entendimento de que, no conflito clássico entre a honra e a liberdade de expressão, prevalecia a primeira por ser atinente à dignidade pessoal e a liberdade de expressão, embora fosse um direito fundamental, só tinha o direito de existir se não incomodasse muito.

Só em 1996 surgiu o primeiro livro que se debruça com profundidade sobre a liberdade de expressão, com o título “*Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal — uma perspectiva jurídico-criminal*” da autoria de Costa Andrade, uma obra que, lamentavelmente, só muitos anos após a sua publicação passou a ser citada pelos tribunais. Entre muitas outras coisas relevantes, na minha opinião, trouxe-nos dois conceitos essenciais: a ideia de que os direitos fundamentais têm uma geometria variável, não são estáticos com fronteiras imutáveis, antes variam em função das circunstâncias e a noção de que o direito penal deve, na sua aplicação concreta, sempre ser iluminado pelo direito constitucional. Entendimento que os nossos tribunais muitas vezes ignoram.

Em 2002 surgiu a tese de doutoramento de Jónatas Machado “*Liberdade de expressão — dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*”, que representou um grande avanço em termos de conceptualização e compreensão do eminente papel da liberdade de expressão numa sociedade democrática e que, também, só muitos anos após a sua publicação passou a ser citada, e poucas vezes, pelos tribunais.

Infelizmente, o nosso Tribunal Constitucional só se pronuncia sobre as inconstitucionalidades normativas, não estando previsto o recurso de amparo, como é o caso do Tribunal Constitucional espanhol, pelo que sua produção no campo da liberdade de expressão é quase inexistente e paupérrima. E, por isso mesmo, o TEDH, de alguma forma, passou a ser o nosso Tribunal Constitucional.

O TEDH não é uma instância de recurso das decisões internas, cabendo-lhe somente apreciar se as decisões internas dos Estados, que são o objeto das queixas, respeitaram os direitos e liberdades consagrados na CEDH e que os Estados se obrigaram a respeitar. A sua grande particularidade e mais-valia civilizacional é o facto de as queixas poderem ser apresentadas por cidadãos individuais contra os Estados membros da CEDH, aceitando estes, desta forma, uma importante restrição à tradicional soberania dos Estados.

Quando se debruça sobre as queixas que lhe são submetidas e em que é invocada a violação do artigo 10.º, o TEDH verifica, em primeiro lugar, se, no caso concreto, a liberdade de expressão foi, de alguma forma, limitada ou restringida e, em seguida, se essa restrição está prevista na lei e se corresponde a uma “necessidade social imperiosa”.

O direito à liberdade de expressão, muitas vezes, colide com o direito ao bom nome, devendo ser efetuada uma ponderação caso a caso para se verificar até onde chegam os limites de cada direito dada a sua geometria variável. Existem situações em que a liberdade de expressão, por mais que coloque em causa o bom nome do visado, precisa de prevalecer, porque estamos a discutir uma questão de relevante interesse público. Também existem casos de pessoas que não são figuras públicas, em que é evidente que o seu direito ao bom nome deverá prevalecer sobre o direito à informação ou à liberdade de expressão.

Por outro lado, os nossos tribunais, durante muito tempo, não faziam a distinção entre a afirmação de factos e a afirmação de opiniões ou juízos de valor. Foi o TEDH que veio explicitar que as opiniões não são verdadeiras nem falsas. Podem ter mais ou menos sustento factual, mas não passam de opiniões, de juízos de valor que variam de pessoa para pessoa, pelo que não faz sentido condenar uma pessoa por ter uma opinião falsa; já os factos serão verdadeiros ou falsos.

Realidade igualmente evidente, exceto para mentes exceccionalmente positivistas — uma vez que a lei não faz expressamente essa distinção — ou obtusas, é a necessidade de as figuras públicas terem de suportar e de estar mais expostas à crítica e ao escrutínio público — como dizia o presidente norte-americano Harry Truman, “*quem não suporta o calor não deve trabalhar na cozinha*”.

Infelizmente, nas decisões da justiça nacional ainda persiste, muitas vezes, a cultura do “*respeitinho é muito bonito*” em que a liberdade de expressão é diminuída ou aniquilada face à defesa da reputação e da honra, sendo certo que, no nosso país, as pessoas, a partir do momento em que atingem certos lugares, entendem que têm uma reputação acima de qualquer suspeita e recusam-se ao escrutínio público. Pessoalmente, tenho a maior desconfiança em relação às pessoas que têm uma honra maior do que o mundo e que sistematicamente recorrem aos tribunais para a defesa da sua honra e consideração, procurando intimidar os que se atrevem a dizer que o rei vai nu ou, pelo menos, não tão bem vestido como apregoa.

Infelizmente, somos um país de doutores e pessoas importantes e não aceitamos ser escrutinados. Não temos uma prática de prestar contas à sociedade. Os tribunais portugueses, muitas vezes com bom senso, vão dando para trás nas pretensões de quem se sente criticado, mas também têm tendência para defender um bom nome das figuras públicas que não é merecido ou justificado.

Não posso deixar de lamentar que um cidadão tenha sido, recentemente, condenado por difamação ao criticar numa carta aberta um deputado que utilizara a expressão “*peste grisalha*”. Ficou provado que o deputado sofreu um abalo psicológico e precisou de tomar medicação. Parece uma brincadeira e, no entanto, foi dado como provado. Os nossos tribunais aceitam que vão lá duas ou três pessoas dizer que o deputado ficou muito abalado e precisou de medicação. Isto quando era um deputado que já há muito andava na vida política e que era, simultaneamente, um advogado de barra!

Como é possível aceitar que tivesse tido um enorme abalo psicológico com uma carta de um cidadão? Por excessivo que fosse o teor da carta, sempre faria parte do calor da cozinha...

Lembro-me, também, de que, há alguns anos, um governante que estava a ser muito contestado foi fazer uma palestra a uma universidade. Um grupo de estudantes colocou uns cartazes a dizer “*rua*” e “*demissão*” e acabou por ser afastado pelos seguranças, porque estava com os cartazes a incomodar a reunião. Mas, se os cartazes dissessem “*viva o ministro*”, ninguém o tirava

do local. O problema não eram os cartazes, mas sim o seu conteúdo, o que constitui uma evidente restrição à liberdade de expressão.

Lembro-me, ainda, de um caso paradigmático da incompreensão dos nossos tribunais da liberdade de expressão: um professor que escreveu um livro sobre os jardins de Castelo Branco e que, no meio do livro, decidiu criticar uma senhora que tinha efetuado uma publicação sobre os mesmos jardins e recomendou-lhe “*um assento demorado nos bancos “primários” do estudo da literatura e da estética, onde fosse obrigatória e analítica a leitura de Aristóteles, Horácio e Goethe; e de W. Benjamin e H. Broch no caso de se dar mostras de insucesso escolar*”. A autora em causa sentiu-se ofendida e apresentou queixa por difamação. O professor, convicto do seu direito a emitir a sua opinião, prescindiu de testemunhas e foi dizer em tribunal que aquela era a sua opinião e que o livro escrito por aquela senhora não prestava para nada. Não percebeu que estava no tribunal e foi jogar futebol com as mãos....

Acabou condenado com uma pena suspensa de prisão, por o tribunal ter considerado ofensiva da honra a sua recomendação à autora de fazer uma passagem pelos bancos primários; e mais, o tribunal considerou a sua atitude de manter a mesma opinião na audiência de julgamento como arrogante!

Acrescente-se o notável feito de, em toda a sentença, nunca ser utilizada a expressão “*liberdade de expressão*”... O TEDH, no caso *Azevedo c. Portugal* (27.03.2008) acabou, naturalmente, por condenar o Estado português, classificando este caso como um processo típico de violação da liberdade de expressão.

Outras decisões importantes do TEDH no que respeita à liberdade de expressão e ao nosso país são as decisões *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (28.09.2000), *Colaço Mestre e SIC c. Portugal* (26.04.2007), *Público — Comunicação Social, SA e outros c. Portugal* (07.12.2010), *Pinto Coelho c. Portugal* (28.06.2011) e *Medipress — Sociedade Jornalística, Lda. c. Portugal* (30.08.2016), todas acessíveis no site do TEDH, em “<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>”.

Nós vivemos numa era de comunicação global, em que existem, naturalmente, limites aos direitos de informar e de nos exprimirmos, mas que não podem ser impostos em nome de preconceitos ou da defesa de absurdas honras e enfatuados bons nomes das figuras públicas.

Para além de alguma jurisprudência, temos uma legislação, em muitos aspetos, retrógrada no campo da liberdade de expressão, tal como o artigo 484.º do Código Civil — “[q]uem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva, responde pelos danos causados” —, que não distingue entre a afirmação de factos falsos ou verdadeiros e que tem permitido que alguns tribunais defendam o direito a ser indemnizado por danos causados pela afirmação de factos verdadeiros, consagrando, assim, o direito a uma falsa reputação e bom nome; ou, ainda, a alínea l) do n.º 2 do artigo 132.º [ex vi artigo 184.º]

do Código Penal, que permite a agravação do crime de difamação em relação a uma imensidade de figuras e personagens, quando, em muitos casos, deveria ser uma atenuação.

Por último, refiro a existência de um movimento no sentido da descriminalização da difamação na Europa, conforme a “Resolução 1577 (2007) para a descriminalização da difamação”, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, embora não seja visível uma grande vontade política dos governantes de avançar nesse sentido.

Muito obrigado.