

A Inviolabilidade Pessoal e a Liberdade de Imprensa no Código Penal de Macau

Manuel da Costa Andrade

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO *

1. PESSOA E BENS JURÍDICO-CRIMINAIS PESSOAIS

O direito penal não trata o chamado *direito geral de personalidade* como autónomo bem jurídico-penal. Como bens jurídico-criminais pessoais figuram apenas determinadas dimensões, revelações ou mostrações da personalidade: a *vida, a integridade física, a honra, a liberdade e a auto-determinação sexual*, etc.

O catálogo dos bens jurídicos pessoais protegidos pela lei penal está em contínua multiplicação e expansão. As últimas décadas viram emergir e triunfar bens jurídicos como: a *liberdade de dispor do corpo e da própria vida*, protegida pela incriminação do artigo 150º (“Intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrários”); a *liberdade de e para a maternidade*, protegida pelo artigo 162º (“Procriação artificial não consentida”); a *privacidade e intimidade*, protegidas pelo artigo 186º (“Devassa da vida privada”); o *direito à palavra e à imagem*, protegidos pelo artigo 191º (“Gravações e fotografias ilícitas”) e mesmo um *direito às garantias da ordem jurídica de Macau*, protegido pelo artigo 195º (“Subtracção às garantias do direito de Macau”).

Tudo leva a crer que este processo histórico de desimplicação e de decantação de novos bens jurídico-criminais de étimo pessoal vai continuar. Às portas do direito penal batem já direitos como a chamada *auto-determinação informacional*.

* **Nota:** o que ora se publica é o sumário, apresentado pelo Autor aquando da realização das Jornadas de Direito Penal, onde se contêm as linhas de força do que constituiu a sua comunicação.

2. A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO PEDRA BASILAR “PURA E SIMPLESMENTE CONSTITUTIVA” DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

A dignidade constitucional da liberdade de imprensa: quer como emanção do direito pessoal à expressão do pensamento, à comunicação e à participação, quer como dimensão institucional – a chamada *terceira dimensão*.

A liberdade de imprensa não aparece isolada na balança da ponderação. Realiza valores como a formação da opinião pública, protagoniza ou amplia a luta pelas grandes causas dos povos e da humanidade, denuncia a ilegalidade e realização de liberdades tão marcantes como a própria liberdade de criação artística, nomeadamente sob as formas de *caricatura* e de *sátira*.

Isto explica as singularidades do estatuto jurídico da liberdade de imprensa. Onde avulta o chamado *efeito recíproco*, *efeito de irradiação* ou *limite ao limite*. A eminente dignidade constitucional da liberdade de imprensa impõe-se tanto ao legislador ordinário como ao intérprete e aplicador da lei. Lidar com a liberdade de imprensa é, de forma mais ou menos exposta, aplicar direito constitucional.

3. LINHAS DE CONFLITUALIDADE

Tradicionalmente o conflito era polarizado entre a liberdade de imprensa e a *honra*. Hoje sobreleva a conflitualidade em relação à *privacidade/intimidade*, à *palavra* e à *imagem*.

Trata-se de bens jurídicos autónomos entre si, pesem embora as afinidades histórico-genéticas. Por exemplo: a *privacidade/intimidade* começou por ser protegida em relação a factos desonrosos. Hoje protege-se o *right to be alone* contra quaisquer formas de devassa e indiscrição, independentemente do carácter desonroso dos factos e suposta mesmo a *verdade* da afirmação ou divulgação. De igual modo, a palavra e a imagem começaram por relevar no âmbito da privacidade/intimidade. Hoje o direito à palavra como *direito de domínio exclusivo* sobre a palavra. Como o direito de decidir *se* e *quem* pode gravar a palavra e *se* e *quem* pode ouvir a palavra gravada. Independentemente do seu conteúdo.

No que toca à *honra*, cabe precisar a sua dupla dimensão. Tanto a dimensão *normativa* (o respeito merecido) como a *dimensão fáctica* (o bom nome e consideração). A verdade de uma imputação só por si não justifica. Como veremos, só quando conjugada com a *prosecução de interesses legítimos*.

A liberdade de imprensa entra, não raro, também em conflito com o interesse (direito ou obrigação constitucional?) da *ressocialização*, bem como com o direito de *presunção de inocência*.

4. MOTIVOS DA COMPLEXIDADE

- A igual dignidade constitucional dos valores em conflito. A inexistência de *relações de hierarquia*.
- Não há valores que gozem de tutela absoluta. Salvo a dignidade humana.
- A tensão centrífuga para o *caso concreto* (*efeito de irradiação, ponderação de interesses, idoneidade, proporcionalidade, etc.*). Indeterminação e insegurança.
- A *variabilidade e relatividade* (em extensão e consistência) dos bens jurídicos. O exemplo da privacidade/intimidade.

5. PRINCÍPIOS DE UM DIREITO PENAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Tudo se conjuga em abono duma redução do punível:

- O chamado *efeito recíproco* ou *de irradiação*.
- A *vinculação social* e a estrutura conflital dos bens jurídicos protegidos. Uma hipertrofia do punível induziria uma sociedade de “mónadas incomunicáveis” (ESER).
- A perspectiva “vitimológica”: a ambivalência da relação entre as pessoas – *maxime* as chamadas pessoas da *Zeigeschichte*: elites da política, cultura, espectáculo, desporto, ciências, etc. – e os *media*. A chamada “prostituição da privacidade” (SCHÜNEMANN).
- A redução do punível actualiza-se tanto em sede de *tipicidade* como de *ilicitude ou justificação*.

6. SOLUÇÕES DE TIPICIDADE

Um trabalho monográfico sobre cada uma das incriminações, que não está ao alcance desta exposição.

Tópicos a privilegiar: *bem jurídico tipicamente protegido* e *área de tutela típica*. Referências descontínuas e exemplificativas.

A. Honra

Atipicidade da chamada *crítica objectiva*: a que recai apenas sobre a prestação (literária, científica, acto de magistrado, etc.). Não há em princípio limites quanto à linguagem (“porcaria”, “estrume”, “métodos da Gestapo”). A atipicidade



não depende da pertinência ou acerto, isto é, da “verdade” da crítica. *A crítica pessoal reflexa.*

A crítica pessoal directa é, em princípio, típica.

Exemplo: “Esta sentença é um chorrilho de asneiras, só explicável pela decrepitude senil dos seus autores.”

O caso específico da campanha eleitoral para uma eleição personalizada.

B. Privacidade/intimidade

A relatividade da *privacidade/intimidade*. O critério da relevância colectiva ou comunitária do evento. Exemplo: a visita à consulta de ginecologia (ministra, princesa, consorte, *starlet*).

Mesmo eventos materialmente “íntimos” podem tornar-se públicos. Ex: *Cuomo*.

O modelo das três esferas – *pública, privada e íntima*, subjacente ao Código Penal de Macau.

O regime diferenciado da *privacidade* e da *intimidade* do ponto de vista da chamada *prosecução de interesses legítimos* (cf. Artigo 174º, nº 3 e 186, nº 2).

Síntese: As pessoas da *Zeitgeschichte* vêem a sua vida privada drasticamente reduzida. Na medida em que ela subsiste, está exposta à justificação a título de *prosecução de interesses legítimos*.

Exemplo: Obras em casa de um ministro.

Mesmo as pessoas da *Zeitgeschichte*, gozam de uma (mais ou menos extensa) *esfera da intimidade*, correspondente à área nuclear inviolável e, como tal, subtraída à *balança da ponderação*. Por vias disso é também limite intransponível à *exceptio veritatis*.

C. Palavra e imagem

A vinculação da tutela da palavra à utilização do gravador. A reificação ou coisificação da palavra e a manipulação da palavra gravada, isto é, coisificada. O confronto, v.g., com o direito penal alemão.

O estreitamento da tutela penal da *imagem*. Razões. Vias de concretização:

- *contra a vontade*, em vez de *sem consentimento* (vontade real e presumida)
- menção expressa das excepções legais (v.g., o artigo 79º, do Código Civil).

7. SOLUÇÕES DE JUSTIFICAÇÃO

a) Causas gerais de justificação

O jornalista aproveita de todas as causas gerais de justificação, nomeadamente do *exercício de um direito* (artigo 30º, nº 2, alínea b)) e do *direito de necessidade* (artigo 33º).

O *exercício de um direito* tem como campo privilegiado os atentados típicos à honra sob a forma de *juízos de valor* ou de *caricatura e sátira*. Limite em ambos os casos: a chamada *crítica puramente caluniosa*, limite raramente atingido pela *caricatura ou sátira*.

Um exemplo da experiência jurisprudencial alemã – o caso *kopulierenden Schwein*.

b) A prossecução de interesses legítimos

O jornalista é um dos beneficiários privilegiados desta dirimente que o Código Penal de Macau, consagra tanto para os crimes *contra a honra* sob a forma de *imputação de factos* (artigo 174º), como para os crimes *contra a vida privada*.

É uma causa de *justificação* (e não de mera *exculpação*). Que alarga a justificação para além do direito de necessidade, de que se distingue por: (a) não exigir a *sensível superioridade do interesse* a prosseguir; (b) não exigir uma situação de *perigo iminente*.

Como causa de justificação assenta na integração do princípio do *risco permitido* com o princípio da *ponderação de interesses*. O problema da proteção do ofendido que tem a certeza da inverdade da imputação.

A liberdade de imprensa no domínio da sua *função pública* constitui um *interesse legítimo*. O caso particular do *escândalo e sensacionalismo*.

Dentre as particularidades do regime avulta o *dever de informação*, a aferir segundo as *leges artis* em concreto. *Critérios de apreciação*.

Os requisitos da *idoneidade e necessidade*: a publicação do nome e da identidade do agente. O relevo, v.g., da *ressocialização*.

