

A MEDIATIZAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL OU UM CENÁRIO EM QUE NEM AS PEDRAS SÃO INOCENTES¹

ALEXANDRA VILELA

Professora Associada da Universidade Lusófona do Porto

Tudo foi já dito, fotografado, ou filmado sobre o tema em análise. Ainda, assim, ousou dizer, ou repetir, o que já outros disseram ou escreveram antes de mim, convocando para este palco o Direito Constitucional e o Direito Penal. Se começo por chamar desde logo o primeiro dos direitos referidos é com o intuito de colocar o problema no específico campo em que o mesmo se pode e deve situar, qual seja o dos direitos fundamentais, tratados com particular cuidado na CRP e, depois, com importantes projecções nas leis civis e criminais.

No cenário da mediatização da justiça criminal é possível identificar uma relação triangular desenvolvida entre três sujeitos e que, quase sempre, se desenrola em dois diferentes actos, sendo que cada uma daquelas três pessoas é titular de um específico direito fundamental e que passamos a identificar da seguinte forma.

INTRÓITO:

Tendo como pano de fundo o artigo 37.º da Lei Fundamental, referente à *Liberdade de expressão e de informação*, encontramos identificado em primeiro lugar o *sujeito-pessoa* titular do “direito [fundamental] de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento” por qualquer meio. Em segundo lugar, temos o direito, também ele fundamental, de informar, cuja titularidade repousa no *sujeito-pessoa-jornalista*, jornalista aqui entendido em sentido translato. E, em terceiro lugar, topamos com um outro direito fundamental que irá ser exercitado por aquele que tem “direito de se informar

¹ O presente texto não segue o novo acordo ortográfico e corresponde à intervenção que fizemos no âmbito da 3.ª Edição da Lex Week, levada a cabo pelo Núcleo de Estudantes de Direito da Universidade Lusófona do Porto, no dia 27 de Novembro, de 2018. O mesmo *apenas* pretendeu ser uma reflexão sobre o tema, mas abordada de *forma diferente*. A expressão usada em subtítulo glosa o “que Hegel, numa fórmula genial e atroz, exprimiu, escrevendo: «Só as pedras são inocentes»”. Cf. Eduardo Lourenço, «O tempo da justiça», in: *O esplendor do caos*, 6.ª edição, Lisboa: Gradiva, 2012, p. 76.

e ser informado”². Este *sujeito-pessoa* corresponde, no fundo, ao espectador, ao leitor, etc. Eis, pois, aqui, a relação triangular, em que cada um dos ângulos é ocupado por um *sujeito-pessoa* portador de direitos fundamentais e em que, não raro, aquele *sujeito-pessoa* identificado em primeiro lugar, isto é, aquele que tem o direito fundamental de exprimir e de divulgar o seu pensamento, se autocoloca, ou colocam-no, em situação de notícia. *Ele* disse, *ele* fez, *ele* esteve. Enfim. Este titular do direito de se expressar, nesse momento, transforma-se na *pessoa-objecto* da notícia por causa da sua dupla veste: veste de pessoa titular do direito de se expressar e veste de pessoa objecto do interesse mediático. Por ser *pessoa-direito de se expressar* e simultaneamente *pessoa-objecto* da notícia, deve, a meu ver, situar-se no vértice do topo do triângulo. Estes os sujeitos da *peça*; vejamos, agora, os dois actos.

PRIMEIRO ACTO:

Adónis, figura pública, de relevo nacional ou internacional, tanto dá, quer ser notícia, porque sente que tem algo a dizer, ou sente que *ele, ou o que ele fez*, devem ser notícia. Assim, no exercício do seu direito de liberdade de expressão, reclama para si holofotes, microfones e câmaras e, dentro deste contexto, os jornalistas, ávidos pela notícia, apressam-se a dar “palco”, a dar voz àquele que diz que é a notícia, que faz a notícia. Exercem o seu direito de informar e assim desenvolvem legítima e legalmente a sua profissão.

150

Nesse momento, produz-se uma concatenação perfeita entre aquele que *é a notícia* e *aquele que dá a notícia*. O entendimento é total e os interesses de um (liberdade de expressão) abraçam o interesse do outro (de informar). A este mundo perfeito falta apenas acrescentar o espectador, o leitor, enfim, aquele que se deleita com a notícia e, assim, satisfaz o seu direito a ser informado, sem se preocupar, muito ou pouco, com a densificação da expressão “interesse público” da notícia. Sem pensar que o “interesse do público” não raras vezes não corresponde ao “interesse público”³.

² A este propósito, saliente-se que José de Melo Alexandrino, ao analisar o n.º 1 do artigo 37.º da Lei Fundamental, classifica a liberdade de expressão e o direito de informação como “verdadeiros *cluster-rights* ou «feixes de direitos»”. Cf. a anotação do autor ao Art. 37.º da CRP, em Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª edição, Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 847.

³ A propósito do “interesse público”, se bem que em sede de análise ao n.º 2 do artigo 180.º do Código Penal, Faria Costa, certamente, escreve que o “interesse público” não equivale nem ao interesse nacional, nem ao interesse do público. Decisivo, segundo o autor, é “a circunstância de a narração possuir uma ressonância que ultrapasse o círculo estrito das pessoas envolvidas”. No mesmo alinhamento, o autor salienta que o interesse do público desconhece limites, associando-o a “um amplo sector da imprensa

Socorrendo-nos de categorias apresentadas por Faria Costa, Adónis quer passar da “comunicação fechada”, feita em grupo de amigos ou de familiares, para a “comunicação aberta”, própria de espaços comunicacionais em que a mensagem se dirige ao público. Com efeito, de acordo com este autor, quando nos encontramos no espaço da “comunicação fechada”, estamos perante “uma troca de informação em que os sujeitos da relação comunicacional assumem e querem como fechada”, baseando-se na horizontalidade, por ser restrita ao grupo em que integram. Em contrapartida, a “comunicação aberta” caracteriza-se, “no essencial, como um fluxo de informação cujo número de destinatários é indeterminado e se quer indeterminado”, sendo que a “comunicação é, neste quadro, vista em um sentido marcadamente vertical, mas em que a verticalidade tem sempre a direcção de cima para baixo”. Ainda com o autor, tem-se em mente a propagação da informação de forma indeterminada⁴.

Dentro do quadro acabado de traçar, todos estão realizados: o *noticiado*, porque fez passar a sua mensagem, o jornalista, porque informou e o destinatário, porque foi informado, assim se cumprindo cabalmente o artigo 37.º da CRP, na sua tríplice vertente de “direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento”, de direito de informar” e “de ser informado, “sem impedimentos e discriminações” (n.º 1 do artigo 37.º da CRP)⁵.

Neste primeiro acto, em que tudo está bem, em que a liberdade de imprensa é escrupulosamente cumprida de acordo com o artigo 38.º da CRP e de acordo com a Lei de Imprensa, produz-se um fenómeno de total ausência de preocupação ou de perturbação na pessoa-direito-objecto da notícia e que é o seguinte: quando ele chamou para si o som, os holofotes, os microfones e os amplificadores, quando ele expôs a sua vida, quando ele *disse como deveria ser*, quando ele se assumiu, de forma mais aberta ou mais enigmática, como figura pública, ele abriu-se àquele que tem o direito de ser informado e permitiu que o jornalista o voltasse a procurar quando ele, jornalista, entendesse que ele, cidadão-objecto, devesse voltar a ser notícia.

dedicado à concretização deste interesse”. Cf. Faria Costa, «Art. 180.º», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª edição, dirigida por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 921.

⁴ Cf. Faria Costa, «O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação», in: *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 42.

⁵ Note-se, no entanto, que José Melo Alexandrino, na mesma obra referida na n. 2, fala do direito de informação enquanto direito fundamental autónomo, relativamente à liberdade de expressão, identificando-lhe uma “estrutura complexa” que envolve os seguintes direitos: a) o “de comunicar publicamente informações sem impedimentos nem discriminações; b) o “de procurar informações sem impedimentos nem discriminações”; c) o “de receber informações e de ser mantido informado sem impedimentos, nem discriminações”. Cf., p. 852.

Quando a pessoa-objecto se expôs e se abriu à “comunicação aberta”, de certa forma, abriu as portas da sua vida ao público o que provocou necessariamente a redução da sua área de intimidade e de privacidade, entendida esta enquanto *privacidade stricto sensu*, ou a segunda esfera que abaixo melhor explicaremos.

Mas, regressando ao caso, Adónis, o homem-notícia e Rodolfo, o jornalista, viviam ainda aquele primeiro acto de forma pacífica: Adónis “dava a mensagem”, Rodolfo noticiava a mensagem, sem que nem um nem outro se sentissem incomodados com essa relação, vamos dizer táctica. Ao cabo e ao resto, Rodolfo era útil a Adónis para difundir a sua mensagem, o seu trabalho, as suas ideias, enfim. Adónis era igualmente útil a Rodolfo que vivia de notícias.

Adónis considerava mesmo Rodolfo um excelente profissional, que actuava de acordo com o artigo 38.º, n.º 2, *b)* da nossa Lei Fundamental, exercendo o seu direito de aceder às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissional e achava até que era considerado de forma correcta pela Lei da Imprensa. Mais ainda: Adónis entendia que a sua pessoa, o seu trabalho, a sua família, as suas ideias e projectos eram tratados, sob o ponto de vista da lei de imprensa, de forma correcta.

Vivia-se uma conjuntura de paz em que todos os direitos fundamentais que acima identificámos conviviam de forma pacífica, sem esquecer que Gertrudes, a leitora, ou a espectadora, andava deleitada a seguir “a novela da vida de Adónis”, assim sentindo que o seu direito a ser informada era escrupulosamente cumprido. Não se revelava, pois, necessário chamar à pedra um dos principais princípios em matéria de direitos fundamentais, qual seja o da “*harmonização ou da concordância prática*”, porque, tal como a necessidade de paz só se sente em tempo de guerra, também a premência da conciliação e da concordância prática entre direitos fundamentais apenas são exigidas em caso de conflito entre eles. Pela sua importância, detenhamo-nos, ainda que de forma breve, neste princípio constitucional, convocado a resolver conflitos ou colisões de direitos. Assim, segundo Vieira de Andrade, “dada a complexidade estrutural dos direitos fundamentais e a intensidade diferenciada dos valores protegidos” urge levar em conta “uma *ponderação* concreta dos bens,” de tal forma que não se pode aceitar “nem uma sistemática prevalência de um dos direitos ou valores, nem uma redução mútua igual”. Tudo sem esquecer, ainda com este autor, que a aceitação de tal princípio “pressupõe que

o conflito entre direitos nunca afecta o *conteúdo essencial* de nenhum deles”, devendo, ainda, ter-se em conta o critério da proporcionalidade⁶.

No entanto, eis que um dia, Adónis foi detido para primeiro interrogatório judicial de arguido detido, nos termos do artigo 141.º do CPP. Com efeito, Adónis foi considerado suspeito de tráfico de droga, crime previsto e punível no artigo 21.º do DL n.º 15/93, referente à legislação de combate à droga, com pena de prisão de 4 a 12 anos. Urgia detê-lo, ouvi-lo e aplicar-lhe a medida de coacção mais gravosa, a prisão preventiva, tida, pelo n.º 2 do artigo 28.º da Constituição Portuguesa, como excepcional, “não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei”⁷.

Na verdade, atendendo à moldura penal abstracta do crime ali em apreço, a prisão preventiva mostrava-se legalmente possível à luz do artigo 202.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP e necessária sob o ponto de vista processual, porquanto os indícios apontavam no sentido de perigo de perturbação do inquérito, dado que Adónis tinha o destruidor de papel altamente congestionado, perigo de fuga, pois ele era casado com uma cidadã Suíça, e ainda havia o perigo de continuação de actividade criminosa. Estavam, enfim, previstos os requisitos dos artigos 203.º e 204.º do CPP, de onde resulta a possibilidade/necessidade de aplicação da prisão preventiva. Cai o pano do primeiro acto quando Adónis é conduzido ao Tribunal, para os efeitos acima identificados, e dá-se início ao segundo.

153

SEGUNDO ACTO:

Rodolfo e muitos outros colegas seus de profissão instalam postos de transmissão móveis junto do Tribunal. A televisão e a rádio dão início a reportagens sobre o sucedido, sobre Adónis e sobre o seu passado: a sua infância, a sua juventude, os seus hábitos, a sua vida de excessos. Procura-se tudo o que possa ser “consumido” em casa por aqueles que se sentem no direito de serem informados. Gertrudes impacienta-se em frente à TV. Quer saber mais, precisa de saber mais. E Rodolfo quer efectivamente que nada escape a Gertrudes.

⁶ Cf. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Reimpressão da Edição de Fevereiro/2009, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 303-305. Em termos conclusivos, o autor salienta que o conflito de direitos depende de um juízo de ponderação, efectuado não sobre os valores em si, mas sim sobre os modos de exercício específico dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme à ordem constitucional. Cf., mesma obra, p. 305.

⁷ O texto entre aspas corresponde à segunda parte do n.º 2 do artigo 28.º da Lei Fundamental.

Por sua vez, Adónis, através da sua família, reclama a Rodolfo e companhia o seu direito à privacidade/intimidade. Invoca o seu direito constitucional à presunção de inocência inscrito no artigo 32.º da Lei Fundamental. Adónis já não quer mais palco, não quer mais holofotes e o seu interesse, o seu direito, agora, conflitua com os de Rodolfo e de Gertrudes. Adónis, presumido inocente aos olhos da lei penal, já está a ser julgado no tribunal da opinião pública, aí onde não há um estatuto processual semelhante ao do artigo 61.º do CPP que confira direitos aos arguidos.

Eis, pois, chegada a hora de aquilatarmos o jeito em que se impõe a tarefa de concordância prática entre os direitos fundamentais e eis ainda aqui o momento em que a justiça criminal começa ela própria a ser o objecto da notícia. Chegámos, enfim, à hora de reanalisarmos os direitos inscritos no artigo 36.º da Lei Fundamental e verificar relativamente a que outros direitos fundamentais se justifica a necessidade ou a premência da concordância prática⁸. Impõe-se, por conseguinte, um novo olhar para aqueles direitos fundamentais do artigo 36.º, mas agora em contraponto com outros inscritos no artigo 26.º da CRP, em especial com o do direito à reserva da vida privada e familiar. Importa, outrossim, reflectir sobre um princípio fundamental em matéria de garantias criminais, qual seja o princípio da presunção de inocência.

154

Claro está que o antagonismo dos direitos referidos irá manifestar-se e entrar em tensão, não tanto com os direitos de Gertrudes, espectadora atenta de todos os programas de pendor de investigação criminal, mas sobretudo entre Adónis e Rodolfo e os seus colegas.

Já vimos, no primeiro acto, que Adónis deu a conhecer ao público, através do exercício da profissão de Rodolfo, tudo quanto lhe apeteceu. Pergunta-se, pois, se Rodolfo e os seus Colegas não poderão continuar a percorrer e a aprofundar o caminho de entrada na intimidade/privacidade de Adónis. Todavia, ele agora quer silêncio, distância dos holofotes. Não quer mais ser notícia, ele que tanto gostava dos *media*.

Antes de tentar responder à questão, é pertinente referir a *teoria dos três graus* ou das *três esferas* da *privacidade/intimidade*, elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, de que Costa Andrade nos fala e à qual, segundo este autor, a lei penal

⁸ Deixaremos de fora a problemática da concordância prática entre o direito à liberdade e à segurança e a prisão preventiva, não porque o problema se não levante, mas sim porque já demos como assente que o mesmo foi resolvido de acordo com as normas constitucionais e legais.

portuguesa presta homenagem⁹. Na verdade, embora ela tenha relevância em matéria de prova penal, certo é que aponta, outrossim, para “uma distribuição e arrumação das coisas (eventos, vivências, reflexões, sentimentos, imagens, espaços, etc.) significativos do ponto de vista da publicidade / privacidade, segundo três imaginárias esferas concêntricas”¹⁰. De acordo com esta teoria, no centro aparece-nos a “*esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares”, sendo que, qualquer ideia de proporcionalidade ou de transigência está fora desta área¹¹. Em seguida, mais afastada do cerne da intimidade, segue-se-lhe uma segunda área ou esfera, qual seja a da “privacidade *stricto sensu*”, sendo certo que a “sua densidade e extensão são influenciadas pelo estatuto do portador concreto, pela sua maior ou menor exposição aos holofotes da publicidade” e o seu âmbito “é inversamente proporcional ao estatuto social da pessoa”¹². Nos antípodas da primeira área ou esfera acima identificada, encontramos a esfera social “correspondente à dimensão pública da pessoa e como tal objecto idóneo e normal de conhecimento e de divulgação por parte de terceiros, nomeadamente dos meios de comunicação social e dos agentes do Estado”¹³.

Feito este pequeno, mas necessário, apontamento e ensaiando uma possível resposta à questão formulada, podemos dizer que Adónis, não obstante se ter aberto à comunicação social, porque era um actor da vida política, desportiva, social, artística ou cultural, não obstante ser figura pública, mantém intocado, mesmo agora depois de se encontrar a correr contra ele um processo-crime, o direito “à inviolabilidade da área nuclear referente à sua intimidade”, porquanto, como vimos, a primeira esfera não admite beliscaduras. Em consequência, os factos noticiados referentes a ela constituirão o crime de devassa da vida privada, previsto e punido pelo artigo 192.º do Código Penal.

Por sua vez, se é certo que quanto à terceira esfera, a esfera social, se não colocam problemas, podendo ser noticiados factos a ela pertencentes, já quanto à segunda, qual

⁹ Cf. Costa Andrade, «Art. 192.º», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª edição, dirigida por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 1047.

¹⁰ Cf. Costa Andrade, «Art. 192.º»..., pp. 1049 e s.

¹¹ Cf. Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 94. Ainda escutando as palavras de Costa Andrade, segundo aquele Tribunal Alemão, o “imperativo constitucional de respeitar esta área, a esfera íntima do indivíduo, tem o seu fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo artigo 2.º, n.º 1 da Lei Fundamental”.

¹² Cf. Costa Andrade, «Art. 192.º»..., p. 1051.

¹³ Cf. Costa Andrade, «Art. 192.º»..., p. 1049.

seja a da privacidade *stricto sensu*, a resposta não pode ser linear. Expliquemo-nos: o artigo 30.º da Lei de Imprensa¹⁴ diz-nos que “a publicação de textos ou imagens através da imprensa¹⁵ que ofenda bens jurídicos penalmente protegidos é punida nos termos gerais”. Ora, se assim é, importa convocar para o caso a norma penal que poderá ser ou não violada. Ela é, como acima referimos, o crime de devassa da vida privada, previsto no artigo 192.º do CP.

Assim, neste ponto, no particular caso em que os movemos, Adónis poderia participar criminalmente pelo facto de Rodolfo e companhia terem “divulgado factos relativos à vida privada de Adónis”, o que, na sua óptica, configurava o crime do artigo 192.º, n.º 1, alínea *d*), norma incriminatória que tem no seu horizonte precisamente a protecção da privacidade/intimidade. E, a este propósito, tem total cabimento referir aqui, com Faria Costa, que a Lei Fundamental, em especial no n. 3 do seu artigo 37.º, se assume enquanto impulso à criminalização, assim se apresentando como fonte importantíssima do direito penal. À vez a Constituição limita o exercício do direito de liberdade de expressão¹⁶.

No entanto, o que seria necessário apurar, para sabermos se estamos ou não diante de tal crime, era se, na verdade, os jornalistas deram aquela informação justamente porque ela era o “meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante”. Se assim foi, Rodolfo e companhia actuaram ao abrigo da causa de justificação prevista no n.º 2 do artigo 192.º, hipótese em que não estaríamos diante da prática de um crime e em que as respectivas condutas perderiam relevância penal.

Por fim, uma brevíssima referência ao princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no artigo 32.º da CRP e de que gozam os arguidos até decisão final transitada em julgado. Com efeito, deste princípio, com enormes e relevantes projecções no campo da produção da prova e na forma como ele deve ser tratado ao longo do processo, decorre desde logo que não impende sobre os ombros do arguido o ónus de provar a sua inocência e que as limitações à sua liberdade obedecem aos critérios da necessidade e da proporcionalidade¹⁷.

¹⁴ Trata-se da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, revista pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

¹⁵ Imprensa, aqui entendida nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei de Imprensa, são “todas as reproduções de textos ou imagens disponíveis ao público, quaisquer que sejam os processos de impressão e reprodução e o modo de distribuição utilizado”.

¹⁶ Cf. Faria Costa, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, pp. 134 e s.

¹⁷ Para um maior desenvolvimento sobre este princípio, cf. Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Tais afirmações transpostas para o caso concreto significam que o julgamento processual, aquele que é feito na presença de magistrados e de advogados, respeitam Adónis enquanto cidadão, respeitam por inteiro a sua dignidade, embora contra corra si um processo-crime.

EPÍLOGO:

O advogado de Adónis, por força do artigo 93.º, n.º 1 do EOA, referente à “discussão pública de questões profissionais” não se pronunciou publicamente, na imprensa ou noutros meios de comunicação social, sobre o processo-crime de Adónis.

Das diligências judiciais e judiciais nada se soube a não ser o que constava de um curto, mas esclarecedor, comunicado enviado pelo Tribunal à imprensa. Na verdade, sendo Portugal um Estado de Direito Material, protector dos direitos fundamentais, foi dado cumprimento ao artigo 88.º do CPP, que proíbe, por regra, a reprodução de peças processuais ou documentos, a transmissão ou registo de imagens ou tomadas de sons relativos a actos processuais, mas que permite “aos órgãos de comunicação social (...) a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos pelo segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral (n.º 1 do artigo 88.º).