

PARECER

(Sobre o pedido e a cedência de “gravações em bruto”

por operadores televisivos)

I

CONSULTA

No exercício das suas competências, cabe à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) assegurar, nos meios de comunicação social, o direito à informação e a liberdade de imprensa, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais e o respeito pelas normas reguladoras das atividades de comunicação social (artigo 39º da Constituição, na redação dada pela Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de Julho).

O pedido e a cedência de “gravações em bruto” (cujo conteúdo não foi tornado público) por operadores televisivos, envolvendo, por um lado, as empresas de comunicação social, os diretores e os jornalistas e, por outro lado, o Ministério Público, os órgãos de polícia criminal, os serviços e as forças de segurança e outras entidades, públicas ou privadas, devem ser apreciados à luz dos referidos direitos fundamentais.

Assim, a presente consulta tem por objeto esclarecer as seguintes questões:

1ª - Quais são os princípios e normas constitucionais e legais aplicáveis à cedência (ou autorização de visionamento) de “gravações em bruto” por operadores televisivos?

2ª - De acordo com tais normas e princípios, que entidades têm legitimidade para pedir (ou exigir) a cedência (ou o visionamento) de “gravações em bruto”?

3ª - Em que circunstâncias e com que fundamentos podem ser formulados os pedidos de cedência (ou de autorização de visionamento) de “gravações em bruto”?

4ª - A que pessoas se devem dirigir os pedidos e que pessoas têm legitimidade para autorizar a cedência (ou o visionamento) de “gravações em bruto”?

5ª - Que procedimentos devem adotar os operadores televisivos na cedência (ou autorização de visionamento) de “gravações em bruto”, à luz do regime jurídico aplicável.

II

RESPOSTA

1 - Os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada

a) O ponto de partida para responder às questões formuladas é, obviamente, a Constituição e, em concreto, o regime dos direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada, por um lado, e o regime das liberdades de expressão, de informação e de imprensa, por outro lado. Em todos os casos, estamos situados no âmbito do título constitucional referente a direitos de liberdades e garantias e, especificamente, no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias pessoais (Parte I, Título I, Capítulo I).

Os primeiros direitos mencionados - à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada - estão consagrados no artigo 26º, que, sob a epígrafe “outros direitos pessoais”, agrupa vários direitos de personalidade, densificados no Código Civil, que são objeto, em regra, de tutela penal. Os segundos - liberdade de expressão, de informação e

de imprensa - estão previstos no artigo 37º, em normas constitucionais dedicadas especificamente ao tema, cuja existência se explica, desde logo, pela anterior experiência constitucional, da ditadura, que permitiu a instalação de um sistema de censura, mais tarde rebatizado com um eufemismo – “exame prévio”¹.

A classificação de todos estes direitos como direitos, liberdades e garantias implica, antes de tudo, a sua submissão à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos da alínea b) do nº1 do artigo 165º da Constituição. Por conseguinte, podem legislar, neste âmbito, o Parlamento ou o Governo – mediante lei de autorização que terá de definir, com clareza e precisão, o sentido, o âmbito e o alcance do decreto-lei autorizado, tal como exige o nº 2 do mesmo artigo².

Cabe recordar, por outra parte, que o nº 1 do artigo 112º da Constituição tipifica como atos normativos as leis, os decretos-leis e os decretos-legislativos regionais. Ora, não se concebendo, neste domínio, um espaço para a aprovação de legislação regional (artigos 112º, nº 4, 227º e 232º da Constituição), será às leis da Assembleia da República e aos decretos-leis autorizados do Governo que caberá disciplinar o exercício dos referidos direitos. A alínea b) do nº 1 do artigo 227º da Constituição nem sequer admite que a Assembleia da República autorize as Assembleias Legislativas Regionais a legislar em matéria de direitos, liberdades e garantias.

¹ Sobre a censura durante a “primavera marcelista” e durante a ditadura, em geral, cf. Alberto Arons de Carvalho, *A Censura à Imprensa na Época Marcelista*, 2ª edição, Coimbra: Minerva, 1999, e Cândido de Azevedo, *A Censura de Salazar e Marcelo Caetano*, Lisboa: Editorial Caminho, 1999.

² As leis de autorização que não definam o objeto, não determinem o sentido ou não estabeleçam o prazo são inconstitucionais e a sua inconstitucionalidade implica a inconstitucionalidade “consequente” dos decretos-leis autorizados. Ver J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume II (artigos 108º a 296º)*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 339.

Além disso, a classificação dos direitos suprarreferidos como “direitos, liberdades e garantias” em sentido amplo - não importando agora tratar da distinção dogmático-constitucional entre direitos, liberdades e garantias³, que seria especiosa para os fins prosseguidos no presente parecer - significa, evidentemente, que se trata de direitos que beneficiam do regime de tutela reforçada que é consagrado pelo artigo 18º da Constituição (e não possuem um cunho meramente “programático”).

Assim, as normas que consagram tais direitos são imediatamente aplicáveis - o que não obsta a que possam existir inconstitucionalidades por omissão, resultantes da ausência de normas legais destinadas a fazê-los valer - e vinculam entidades públicas e privadas (o que, estando em causa órgãos de comunicação social e jornalistas, como titulares de direitos e deveres, tem um significado irrecusável no plano dos direitos subjetivos). Por outra parte, as restrições a tais direitos têm de estar expressamente previstas na Constituição, não podem possuir eficácia retroativa, devem assumir caráter geral e abstrato, estão sujeitas ao princípio da máxima restrição (envolvendo a aplicação dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade) e têm de preservar o seu núcleo essencial.

Numa primeira aproximação, dir-se-á, porém, que os direitos anteriormente identificados surgem, com frequência, em situações de conflito (o que é configurável com facilidade quando estão em causa, por exemplo, o direito à imagem e a liberdade de informação). Nessas situações haverá restrições recíprocas, subordinadas a um princípio de concordância prática⁴. Esses conflitos, aliás, alargam-se a direitos mais

³ Ver sobre essa distinção Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV (Direitos Fundamentais)*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 95-9.

⁴ Cf., sobre o princípio da concordância prática como método e processo de legitimação de soluções e critério de proporcionalidade na distribuição de custos, mas não como modo de “harmonização (de diretos) em termos matemáticos”, José Carlos

gerais previstos na Constituição, igualmente no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, como são, tipicamente, os direitos à liberdade e à segurança (artigo 27º da Constituição).

Em todas essas situações, a exigência de concordância prática constitui um corolário do princípio expresso no número 3 do artigo 18º da Constituição. Na verdade, quando uma colisão de direitos gera uma restrição recíproca, é necessário não diminuir “a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” que os preveem. Assim, os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada, por um lado, e a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, por outro lado, não podem ser de tal forma comprimidos que percam o seu sentido e a sua finalidade.

b) Figurando entre os direitos de personalidade expressamente previstos na Constituição (recorde-se que o enunciado de direitos fundamentais não está sujeito a um princípio de tipicidade ou *numerus clausus*, antes admitindo “quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional”, nos termos do nº 1 do artigo 16º da Constituição), o direito à imagem está densificado no artigo 79º do Código Civil. Pelo contexto histórico da sua génese, este artigo só se refere, ainda, compreensivelmente, a retratos e não a “imagens em movimento”⁵.

Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp., 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 301-6. O autor invoca, a este propósito, o “*weighting ou balancing ad hoc*”, contraposto a um “*definitional balancing*” tradicional, que implica a escolha da norma preferida. Ver, sobre este balanceamento, na doutrina constitucional norte-americana, Laurence Tribe (1978), *American Constitution Law*, New York: Foundation Press, 1978, pp. 582-4.

⁵ O artigo 79º do Código Civil mantém a redação originária, introduzida pelo Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966, que aprovou o Código Civil em vigor, revogando o primeiro Código Civil, que fora elaborado pelo Visconde de Seabra e entrara em vigor em 1867. O texto originário do atual Código Civil foi redigido por uma comissão presidida por Antunes Varela.

O regime do artigo 79º do Código Civil é de fácil entendimento. Em regra, exige-se o consentimento do visado para que o retrato possa ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio (nº 1). Mas dispensa-se esse consentimento em nome da notoriedade, do cargo desempenhado, de exigências de polícia ou da Justiça, de finalidades científicas e culturais ou quando a imagem surgir enquadrada em lugares públicos ou em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente (nº 2). Por fim, numa exceção à própria exceção, proíbe-se que o retrato seja, ainda assim, exposto, reproduzido ou lançado no comércio com prejuízo para a honra, reputação ou decoro da pessoa retratada (nº 3).

No Código Penal, há uma incriminação que tutela de modo direto e assumido o direito à imagem. Trata-se do crime de “gravações e fotografias ilícitas”, previsto no artigo 199º e situado, sistematicamente, no âmbito dos “crimes contra outros bens jurídicos pessoais”, o que ilustra alguma dificuldade em fixar o bem jurídico protegido⁶. O crime de gravações e fotografias ilícitas compreende a conduta de quem “fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado” ou “utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes (...), mesmo que licitamente obtidos”. Trata-se de um crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa), de forma vinculada (o modo de cometimento está descrito no tipo), material (comporta um resultado que é alcançado por ação) e, aparentemente, de dano.

No plano processual, trata-se de um crime semipúblico, o que atesta a disponibilidade do bem jurídico protegido. Assim, o procedimento criminal depende de queixa, nos termos do artigo 198º do Código de

⁶ Ainda assim, tem de se concluir que os bens jurídicos protegidos são o direito à palavra e o direito à imagem. Cf. Manuel da Costa Andrade, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, dirigido por Figueiredo Dias, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 1185.

Processo Penal, salvo se for praticado por meio informático. Corresponde-lhe pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias (sendo certo, perante esta pena compósita alternativa, que o julgador dará preferência à pena não privativa da liberdade sempre que ela se mostre suficiente para realizar os fins das penas, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 70º e 40º, nº 1, do Código Penal).

Quando é confrontado com a segurança - e em homenagem ao direito que é consagrado, a par da liberdade, no nº 1 do artigo 27º da Constituição -, o direito à imagem pode ser restringido. Assim, um conjunto de leis permite a utilização de sistemas de videovigilância: a Lei nº 34/ 2013, de 16 de maio, autoriza a utilização de sistemas de videovigilância pelos serviços de segurança privada e de autoproteção; a Lei nº 1/ 2005, de 10 de janeiro (com as alterações introduzidas pela Lei nº 9/2012, de 23 de fevereiro⁷), regula o recurso à videovigilância pelas forças de segurança em locais públicos de utilização comum; o Decreto-Lei nº 207/2005, de 27 de novembro, regula os meios de vigilância eletrónica rodoviária utilizados pelas forças de segurança; a Lei nº 51/2006, de 29 de agosto, regula a utilização de sistemas de vigilância rodoviária pela empresa “Estradas de Portugal - S.A.” e pelas concessionárias rodoviárias; por fim, a Lei nº 33/ 2007, de 13 de agosto, regula a instalação e utilização de sistemas de videovigilância em táxis.

Em todas estas situações, a recolha de imagens é instrumental da segurança em sentido estrito e não surge ligada aos sistemas de justiça penal e de investigação criminal. Todavia, a legalidade da colheita de imagens, em todos os casos referidos, permitirá, sempre que isso se revelar necessário, a sua utilização como meio de prova ao abrigo do artigo 125º do Código de Processo Penal, que consagra pela negativa o

⁷ Nesta citação e nas subsequentes (primeiras) citações legislativas, seguir-se-á sempre o método de identificar o diploma através da indicação da lei ou do decreto-lei originários e daqueles que introduziram neles as mais recentes alterações.

princípio da legalidade da prova: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”⁸.

Mas a recolha de imagens é ainda permitida no preciso contexto da prevenção e da investigação criminal, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos dos artigos 4º, nº 3, da Lei nº 38/2008, de 6 de agosto, com a redação dada pela Lei nº 26/2010, de 30 de agosto (Orgânica da Polícia Judiciária), e 6º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro. Na verdade, a primeira norma determina que “a PJ tem acesso à informação necessária à caracterização, identificação e localização das situações, podendo proceder à identificação de pessoas e realizar vigilâncias, se necessário, com recurso a todos os meios e técnicas de registo de som e de imagem, bem como a revistas e buscas, nos termos do disposto no Código de Processo Penal e legislação complementar”. O segundo diploma, que funciona, justamente, como “legislação complementar”, estatui que é admissível o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado”, dependendo “a produção destes registos (...) de prévia autorização ou ordem do juiz”.

Este regime está confinado, no entanto, à criminalidade organizada e económico-financeira e, especificamente, a crimes de tráfico de estupefacientes; de terrorismo e organização terrorista; de tráfico de armas; de corrupção passiva e peculato; de branqueamento de capitais; de associação criminosa; de contrabando; de tráfico e viciação de veículos furtados; de lenocínio e lenocínio e tráfico de menores; e de contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda. No caso de conhecimentos fortuitos adquiridos em relação a crimes não constantes

⁸ Vale, hoje, no nosso processo penal um princípio de prova livre, segundo o qual, para além de serem admitidas todas as provas não proibidas, as provas estão sujeitas à livre apreciação do julgador. Ver Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal, I*, Lisboa: Verbo, 1993, pp. 42-3. Escusado será dizer, no entanto, que a liberdade de apreciação da prova não significa arbítrio ou discricionariedade, implicando antes responsabilidade e objetividade.

deste catálogo, deverá concluir-se pela impossibilidade de usar as imagens recolhidas como meio de prova⁹.

c) Por seu turno, o direito à palavra, que abarca o direito à voz, o direito à autenticidade das palavras e o direito de escolha de auditório¹⁰, não é objeto de expressa previsão no Código Civil, caindo no âmbito da tutela da personalidade em geral (artigo 70º). Deste modo, as violações de tal direito implicam responsabilidade civil e dever de indemnizar, nos termos gerais da responsabilidade por factos ilícitos, sejam praticadas a título de dolo sejam praticadas a título de negligência (artigo 483º do Código Civil).

Diversamente do que sucede no Código Civil, o direito à palavra merece uma tutela reforçada em relação ao próprio direito à imagem no Código Penal. Com efeito, no já citado artigo 199º, tipifica-se como crime a gravação de palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público ou a utilização ou permissão de utilização de gravações, mesmo que licitamente produzidas, “sem consentimento”. Sendo em tudo semelhante ao crime de “fotografias ilícitas”, previsto no mesmo artigo, o crime de “gravações” ilícitas apenas requer, pois, a falta de consentimento e não já a oposição da vítima.

O direito à palavra é especificamente afetado pela interceção e gravação de conversações ou comunicações, que a Constituição restringe ao domínio da investigação criminal no artigo 34º, nº 4 (excluindo, assim, a sua realização em sede de produção de informações de segurança ou

⁹ Esta solução deduz-se, sistematicamente, do regime consagrado no artigo 187º, nº 7, do Código de Processo Penal – na redação introduzida pela Lei 48/2007, de 29 de agosto – a propósito das escutas. Não são admissíveis como meio de prova as escutas que, casualmente, detetarem crimes em relação aos quais tal meio de prova não é permitido em abstrato. Este regime destina-se a evitar a “batota processual” na classificação dos crimes e a assegurar o efetivo respeito pelas garantias de defesa.

¹⁰ Cf., neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, volume I (artigos 1º a 107º), p. 467.

estratégicas de defesa) e faz depender sempre da intervenção de juiz, por força do artigo 32º, nº 4. O regime processual das “escutas” está hoje previsto, de forma pormenorizada, nos artigos 187º e seguintes do Código de Processo Penal, que preveem um elenco de crimes que as admitem, definem o conjunto pessoas que podem ser escutadas (suspeitos, arguidos, intermediários e vítimas, desde que, neste último caso, o consintam) e regulam os procedimentos a seguir pelos órgãos de polícia criminal. Ainda no plano da investigação criminal, importa referir o artigo 18º da Lei do Cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de setembro), que prevê a interceção de comunicações (quanto aos crimes previstos nessa mesma lei), mas remete para o regime do Código de Processo Penal.

Hoje, e depois da Reforma Penal de 2007, o essencial do regime previsto no Código de Processo Penal (catálogo de crimes; universo de pessoas “escutadas” e autorização ou ordem de juiz) é também aplicável a dados sobre a localização celular e a registos da realização de conversações ou comunicações, ou seja, a “faturações detalhadas”. Contudo, no âmbito da localização celular, a Reforma Penal de 2007 introduziu a possibilidade de os órgãos de polícia criminal ou as autoridades judiciárias obterem os dados quando forem necessários para afastar um perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave, mediante comunicação posterior ao juiz (artigo 252º - A do Código de Processo Penal)¹¹.

A interceção de comunicações entre presentes, habitualmente designada de “escuta ambiental”, também está equiparada à escuta telefónica ou transmitida por qualquer outro meio técnico (como o correio eletrónico), por força do artigo 189º, nº 1, do Código de Processo Penal. Deste modo, a legalidade das operações depende, igualmente, da

¹¹ Este regime visa acautelar as situações em que alguém é vítima de um rapto ou de um sequestro mas mantém (ou manteve durante algum tempo) o telemóvel na sua posse.

observância do catálogo de crimes e do universo de pessoas “escutadas”, por um lado, e, por outro lado, da existência de autorização ou ordem de juiz .

Por fim, já fora do âmbito da investigação criminal e no contexto das medidas de polícia, resta referir que a Lei de Segurança Interna (Lei n° 53/2008, de 29 de agosto, sujeita à Retificação n° 66-A/2008, de 28 de outubro) contempla como “medida especial”, na alínea i) do artigo 29°, “a inibição da difusão a partir de sistemas de radiocomunicações, públicos ou privados, e o isolamento eletromagnético ou o barramento do serviço telefónico em determinados espaços”. Esta medida, que impede, nos termos referidos, o exercício do direito à palavra, é, sob pena de nulidade, comunicada ao tribunal competente no mais curto prazo, que não pode exceder quarenta e oito horas, e apreciada pelo juiz em ordem à sua validação no prazo máximo de oito dias, segundo o estabelecido no artigo 33° da mesma lei.

d) O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar decompõe-se no direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e no direito a que ninguém divulgue informações dessa natureza¹². Esta última dimensão está expressamente prevista no n° 1 do artigo 80° do Código Civil. É comum distinguir, a propósito deste direito, várias esferas de proteção, incluindo uma esfera de proteção íntima, que seria “absolutamente” intangível, e uma esfera privada simples, predisposta a ponderações e pronta a ceder em certos casos de conflito de interesses¹³.

¹² Ver J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, volume I (artigos 1° a 107°), pp. 467-8.

¹³ Acerca da “teoria das esferas”, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Berlin: Suhrkamp Verlag, 1994, pp. 327-30.

Uma incriminação específica do Código Penal protege este direito, articulando-o com os direitos à imagem e à palavra¹⁴. Trata-se do crime de “devassa da vida privada”, previsto no artigo 192º e enquadrado no domínio dos “crimes contra a reserva da vida privada”. Este crime é objeto de qualificação quando o facto típico for praticado por meio de informática (artigo 193º). Em geral, o crime de devassa da vida privada compreende, entre as suas várias modalidades, os atos de “captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objetos ou espaços íntimos” e de “interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio eletrónico ou faturação detalhada”.

Sendo, igualmente, um crime comum, de forma vinculada, de resultado e de dano, a devassa da vida privada apresenta a particularidade, no âmbito do respetivo tipo subjetivo, de comportar um elemento especial da ilicitude – a intenção de devassar a vida privada, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual -, que acresce ao dolo mas não o absorve ou substitui. Com efeito, o dolo continua a ser definido, neste tipo de crime, como conhecimento e vontade de realização do facto típico objetivo, em qualquer das modalidades previstas no artigo 14º do Código Penal.

Em termos processuais, também este crime é semipúblico, ressaltando-se os casos em que é praticado por meio informático. É identicamente punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias¹⁵, que se elevam para dois anos de prisão (mantendo-se a dosimetria da multa), quando o agente recorrer a meios informáticos.

¹⁴ O bem jurídico protegido será a “privacidade/intimidade”. Assim, Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 1043.

¹⁵ O limite geral da pena de multa (360 dias, nos termos do nº 1 do artigo 47º do Código Penal) equivale a três anos de prisão e o paralelismo estabelece-se, portanto, entre 120 dias de multa e um ano de prisão. Porém, nas leis da comunicação social, este paralelismo é frequentemente derogado, sem razões facilmente perceptíveis.

De todo o modo, cabe observar que o elemento subjetivo especial da ilicitude (a que muitas vezes se chama, de modo impróprio, “dolo específico” e que permite classificá-lo como crime de resultado cortado ou parcial) restringe drasticamente o âmbito da tipicidade, até pelas inevitáveis dificuldades de prova.

2 - As liberdades de expressão, de informação e de imprensa

a) As liberdades de expressão, de informação e de imprensa são reguladas com minúcia no texto constitucional, ao longo de quatro artigos (37º a 40º), que dão corpo ao que se pode chamar, com inteira propriedade, uma “Constituição da informação”¹⁶. A sistematização destes artigos apresenta uma sequência de tipo dedutivo, partindo-se de previsões dotadas de maior nível de abstração e de direitos mais genéricos para regimes mais particularizados.

O direito de expressão, previsto na primeira parte do nº 1 do artigo 37º da Constituição, constitui um corolário imediato da liberdade de pensamento, inerente à essencial dignidade da pessoa humana, que é reconhecida e não propriamente “consagrada” no artigo 1º da Constituição e corresponde a um pressuposto “ontoantropológico” do próprio poder constituinte. A liberdade de expressão implica o direito de formular e exteriorizar (“expressar e divulgar”) livremente pensamentos e opiniões, sem quaisquer obstáculos ou constrangimentos.

Para além da sua óbvia dimensão positiva, a liberdade de expressão também tem como corolário, de expressão negativa, o direito ao silêncio, ou seja, o direito de se abster de formular ou expressar opiniões. Este direito – cuja forma de violação mais grave é a tortura, expressamente tipificada como crime nos artigos 243º e 244º do Código Penal - assume uma importância decisiva em alguns domínios que merecem uma tutela

¹⁶ A expressão é de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, volume I (artigos 1º a 107º), p. 571.

constitucional reforçada, como a liberdade de religião, as garantias de defesa¹⁷ e os segredos e direitos-deveres de sigilo.

Em matéria de liberdade religiosa, o artigo 41º, nº 2, da Constituição estabelece o direito de não se ser questionado por qualquer autoridade acerca das convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis. O Código de Processo Penal apresenta como corolário da liberdade religiosa o direito inultrapassável de escusa a depor dos ministros de religião ou confissão religiosa (artigo 135º, nºs 1 e 5). Só no caso de ilegitimidade da escusa (por estar em causa matéria estranha à atividade religiosa) o tribunal pode ordenar a prestação do depoimento (artigo 135º, nº 2).

Por seu lado, o direito ao silêncio do arguido não está expressamente previsto no texto constitucional, mas é feito derivar das garantias de defesa e da estrutura acusatória do processo penal (artigo 32º, nºs 1 e 5, da Constituição). No Código de Processo Penal, esse direito é consagrado em normas como os artigos 61º, nº 1, alínea d), e 343º nº 1, que apenas ressalvam os deveres de identificação e de relato dos antecedentes criminais¹⁸, determinando ainda que o silêncio (sobre os factos imputados) não pode desfavorecer o arguido.

¹⁷ O artigo 32º da Constituição prova que o legislador português leva a sério a afirmação de que o processo penal é direito constitucional aplicado (Henkel) ou um sismógrafo dos direitos fundamentais (Roxin). Para além de consagrar, genericamente, as garantias de defesa (nº 1), o artigo prevê de forma expressa o direito de recurso (nº 1), a presunção de inocência, o direito a um julgamento “célere” (nº 2), o direito de escolher defensor e de ser por ele assistido (nº 3), a reserva de competência do juiz em matéria de direitos fundamentais (nº 4), a estrutura acusatória do processo e o princípio do contraditório (nº 5), o direito de intervir no processo (nº 7), a nulidade das provas obtidas com violação de direitos fundamentais (nº 8) e o princípio do juiz natural ou legal (nº 9).

¹⁸ Sobre a consagração constitucional do direito ao silêncio, cf. Fernanda Palma, “A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, *Revista do Ministério Público*, nº 60 (1995), p. 101 e ss.

Por fim, os artigos 135º a 137º do Código de Processo Penal preveem os segredos profissional, de funcionário e de Estado. Este último é o que beneficia de um regime mais protetor - abstraindo agora do segredo religioso -, porque só pode ser quebrado com autorização do Primeiro-Ministro, nos termos dos artigos 33º, nº 2, e 33º-A, nº 3, da Lei nº 30/84, de 5 de setembro, com a redação dada pela Lei Orgânica nº 4/2014, de 13 de agosto (Lei Quadro do Sistema de Informações da República Portuguesa).

O segredo profissional, se for legitimamente invocado, só pode ser quebrado pelo tribunal superior àquele em que for invocado (ou seja, pode ser quebrado, na generalidade dos casos, pelos Tribunais de Relação). Esse tribunal deverá realizar uma ponderação dos interesses conflitantes que coteje, por um lado, o livre exercício da profissão e os valores por ela representados e, por outro lado, o interesse previsível na prestação do depoimento, na perspetiva da descoberta da verdade, da realização da justiça e da prevenção de futuros crimes.

b) Por seu turno, a liberdade de informação analisa-se em três direitos: o direito de informar, que implica a liberdade de transmitir informações a outras pessoas sem obstáculos ou constrangimentos; o direito de se informar, que se traduz na liberdade de procurar e obter informações; e o direito de ser informado, que consiste num direito de ser mantido a par das informações pelos órgãos de comunicação social e pelo Estado¹⁹ (este direito é especificado em várias situações ao longo do texto constitucional - por exemplo, a propósito das comissões de trabalhadores, das associações sindicais, dos consumidores e dos

¹⁹ Assim, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, volume I (artigos 1º a 107º), p. 573.

administrados, nos termos dos artigos 54º, nº 5, alínea a), 55º, nº 6, 60º, nº 1, e 268º, nº 1, respetivamente, da Constituição).

É usual encarar a primeira dimensão da liberdade de informação (o direito de informar) como um direito típico dos jornalistas e os restantes (os direitos de se informar e de ser informado) como direitos do “público”. Todavia, trata-se, em todos os casos, de direitos de todos os cidadãos, se bem que o seu âmbito seja influenciado pelo estatuto e pelas responsabilidades profissionais do respetivo titular. Os jornalistas também são titulares dos direitos de se informar e de ser informado, enquanto os demais cidadãos, em geral, têm igualmente o direito de informar.

Um dos mais importantes corolários da liberdade de informação – e, em especial, do direito de informar – é a proibição da censura, constante do nº 2 do artigo 37º da Constituição: “o exercício (dos direitos de expressão e informação) não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”. O teor desta proibição torna claro que ela abrange não só a censura administrativa de tipo preventivo, que vigorava antes de 1974 (então chamada já “exame prévio”), mas também uma censura posterior, que se concretiza em proibições de difusão ou divulgação²⁰.

Embora parte da doutrina constitucional integre ainda no conceito de censura a existência de poderes fácticos (económicos, sociais ou políticos) que possam pretender limitar a liberdade de informação, a inserção autónoma de uma norma que prescreve a independência dos órgãos de comunicação social perante esses poderes parece favorecer a distinção entre as duas garantias. Assim, proibição de censura e independência dos órgãos de comunicação social serão garantias autónomas, embora convirjam, obviamente, para um objetivo comum.

²⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, volume I (artigos 1º a 107º), p. 574.

c) A liberdade de imprensa está consagrada no artigo 38º da Constituição, que proclama a liberdade e independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo a especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, apoiando-as de forma não discriminatória e procurando impedir a sua concentração (artigo 38º, nº 4). Por outro lado, o Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e televisão, que deve ser independente do governo, da administração e dos demais poderes públicos e garantir o pluralismo de expressão e de opinião (artigo 38º, números 5 e 6).

O artigo 38º prevê, no seu nº 2, um vasto conjunto de direitos dos jornalistas que são instrumentais da liberdade de imprensa: a liberdade de expressão e criação; o direito de intervirem na orientação editorial dos respetivos órgãos de informação; o direito de acesso às fontes de informação; o direito à proteção do sigilo profissional; e o direito à proteção da independência profissional. E prevê ainda, por outro lado, a liberdade - atribuída à generalidade das pessoas - de fundação de jornais, sem necessidade de autorização administrativa, caução ou habilitação prévia. Estes direitos dos jornalistas são densificados pelos artigos 6º a 13º do Estatuto do Jornalista (Lei nº 1/99, de 1 de janeiro, com a redação dada pela Lei nº 64/2007, de 6 de novembro, e pela Retificação nº 114/2007, de 20 de dezembro), 22º e 23º da Lei de Imprensa (Lei nº 2/99, de 13 de janeiro, com a redação dada pela Lei nº 19/2012, de 8 de maio), 35º a 38º da Lei da Televisão (Lei nº 27/2007, de 30 de julho, com a redação dada pela Lei nº 40/2014, de 9 de julho) e 33º, 34º e 36º da Lei da Rádio (Lei nº 54/2010, de 24 de dezembro, com a redação dada pela Lei nº 38/2014, de 9 de julho).

Da maior importância é, igualmente, a previsão de uma entidade administrativa independente (inicialmente a Alta Autoridade para a Comunicação Social e, presentemente, a Entidade Reguladora da Comunicação Social, criada pela Lei nº 53/2005, de 8 de novembro). É

a esta entidade, com funções reguladoras, que cabe, logo nos termos do artigo 39º da Constituição, assegurar o direito à informação e a liberdade de imprensa, a não concentração da titularidade dos meios da comunicação social, a independência perante o poder político e o poder económico, o respeito pelos direitos, liberdade e garantias, o pluralismo de expressão de opinião e o exercício dos direitos de antena, resposta e réplica política²¹.

3 – Os direitos de reunião e de manifestação

a) Embora as liberdades de expressão, de informação e de imprensa possam conflitar com quaisquer outros direitos liberdades e garantias, as colisões com os direitos de reunião e de manifestação assumem particular importância, até pelo contexto que rodeou a solicitação do presente parece. Ambos os direitos – de reunião e de manifestação – estão hoje consagrados, com grande amplitude, no artigo 45º da Constituição de 1976, como forma de reação a um regime ditatorial que não reconhecia os direitos de participação cívica e política. Na verdade, o nº 1 do artigo 45º da Constituição em vigor só admite (e logo desde a versão originária) duas limitações ao direito de reunião, que se devem considerar extensivas ao direito de manifestação: apenas são permitidas reuniões pacíficas e não armadas, ou seja, são proibidas reuniões violentas e armadas.

Por conseguinte, e na falta de expressa previsão constitucional que o autorize, os direitos de reunião e de manifestação não podem ser sujeitos a quaisquer outras restrições, por força do nº 2 do artigo 18º da Constituição. Aliás, o legislador constituinte de 1976 não só excluiu a admissibilidade de restrições diversas das mencionadas mas determinou também que o direito de reunião (como o de manifestação) é

²¹ Sobre a evolução da regulação da comunicação em Portugal, desenvolvidamente, ver Alberto Arons de Carvalho, António Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo, *Direito da Comunicação Social*, Alfragide: Texto Editores, 2012, p. 478 e ss.

exercível em lugares abertos ao público e não carece de qualquer autorização.

A exigência legal de aviso prévio, prevista no artigo 2º do Decreto-Lei nº 406/74, de 29 de agosto, com a redação dada pela Lei Orgânica nº 1/2011, de 30 de Novembro (transferência das competências dos Governos Cívicos em matéria de reserva da Assembleia da República), não pode ser identificada com a necessidade de uma autorização administrativa, o que seria inconstitucional²². É forçoso concluir que essa exigência, instituída antes da entrada em vigor da Constituição de 1976, corresponde a um limite imanente e não a uma verdadeira restrição²³, ou seja, visa salvaguardar a ordem pública e permitir o exercício dos direitos de reunião e de manifestação, quer pelos participantes na concreta reunião ou manifestação que esteja em causa quer por quaisquer outros cidadãos que com eles possam concorrer. Só nessa perspectiva é legítima, também, a incriminação por desobediência (para promotores e organizadores das reuniões ou manifestações), que está prevista nos casos de inobservância do aviso prévio.

b) A redação do artigo 45º da Constituição revela-nos que a consagração dos direitos de reunião e de manifestação se inscreve na tradição mais democrática da nossa história constitucional²⁴. Entre nós, o direito de reunião foi consagrado, pela primeira vez, na Constituição de 1838. Dispondo que “todos os cidadãos têm o direito de se associar na conformidade das leis”, o artigo 14º daquela Constituição previa, seguidamente, o direito de reunião como um direito autónomo.

As Constituições posteriores à de 1838 não deixaram de incluir, no seu

²² Neste sentido, ver José de Sousa e Brito e Rui Pereira, “Sobre os direitos de reunião e manifestação”, *Vértice* (Outubro de 1998), p. 43 e ss.

²³ Sobre o conceito de limites imanentes, cf. José Carlos Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pp. 267-9.

²⁴ Ver, com desenvolvimento, José de Sousa e Brito e Rui Pereira, *ob. cit.*, p. 46 e ss.

articulado, a consagração expressa daquele direito. Porém, na vigência das Constituições de 1911 e 1933, o instituto perdeu os contornos claros e precisos que alcançara e foi apenas a Constituição de 1976 que retomou a orientação liberal desenhada em 1838. Com efeito, o elevado grau de abstração conferido àqueles direitos nos textos constitucionais de 1911 e 1933 (que não explicitavam, designadamente, que o direito de reunião era exercível em lugares públicos e sem necessidade de autorização prévia) viabilizou a criação de fortes limitações pelo legislador ordinário.

Tomando partido no âmbito de uma disputa que se arrasta desde que o direito de reunião foi consagrado pela primeira vez - na Constituição do Estado Americano da Pensilvânia, em 1776²⁵ -, o legislador constituinte português de 1976 consagrou a liberdade de reunião - porventura, a mais elementar das liberdades coletivas²⁶ -, excluindo, como se viu, a necessidade de autorização prévia para o exercício desse direito. Todavia, a principal fonte histórica do artigo 45º da Constituição da República Portuguesa de 1976 foi o Título I da Constituição Francesa de 1791, que também só comportava a exigência de que as reuniões fossem pacíficas e não armadas²⁷.

²⁵ Logo depois da Constituição da Pensilvânia, de 16 de Agosto de 1776 (XVI), consagraram o direito de reunião (*right to assemble together*) as Constituições da Carolina do Norte (14 de Dezembro de 1776, XVIII), do Vermont (8 de Julho de 1777, XVIII) e, mais tarde, do New Hampshire (2 de Junho de 1784, XXXII), continuando a associar aquele direito ao de petição. O direito de reunião foi introduzido na Constituição dos Estados Unidos, de 17 de Setembro de 1787, por uma emenda de 15 de Dezembro de 1791. Ver, sobre isto, *Sources of our liberties*, ed. by Richard Perry, under the general supervision of John Cooper, 1972.

²⁶ É o que sustenta Jean Rivero, *Les libertés publiques, 2 - Le régime des principales libertés*, Paris: P.U.F, 1977, p. 334.

²⁷ A norma tinha o seguinte teor: “La Constitution garantit pareillement comme droits naturels et civils [...] la liberté aux citoyens de s’assembler paisiblement et sans armés, en satisfaisant aux lois de police”.

c) De todo o modo, as reuniões e manifestações públicas não entram em colisão, usualmente, com o exercício das liberdades de informação e de imprensa. Entre todos os direitos em jogo costuma haver, pelo contrário, uma relação de interdependência prática ou de complementaridade funcional recíproca, isto é, os promotores e participantes em reuniões e manifestações públicas estão interessados na cobertura da comunicação social, para tornarem conhecidas as suas posições, tomadas de partido ou reivindicações. Só marginalmente se concebe a possibilidade – bem real, é certo – de os participantes numa manifestação pretenderem esconder a sua identidade para evitar eventuais retaliações - laborais, políticas ou familiares.

Na verdade, a captação de imagens e sons pela comunicação social pode interferir, na prática, com o exercício dos direitos de reunião e manifestação em dois cenários possíveis: quando as pessoas que exercem esses direitos temem represálias ou quando, porventura, pretendem cometer crimes ou ilícitos de outra natureza no decurso das reuniões ou manifestações – concebe-se facilmente, por exemplo, a hipótese de serem praticados crimes contra as pessoas (ofensas corporais ou mesmo homicídios), contra o património (furtos, roubos ou danos) ou contra a autoridade pública (desobediência ou resistência e coação sobre funcionário) no decurso de uma manifestação.

Desenvolvendo-se as reuniões ou manifestações em público, a colheita de imagens é, em princípio, lícita, tal como resulta, desde logo, do nº 2 do artigo 79º do Código Civil. Com efeito, se é lícita a exposição ou reprodução de imagens nessas circunstâncias, pressupõe-se que é igualmente lícita a sua recolha, embora a norma do Código Civil não o afirme de forma expressa. Resta saber, porém, se a disposição do nº 3 do mesmo artigo, que consagra uma exceção, ao proibir a exposição ou reprodução em casos que ponham em causa “a honra, reputação ou simples decoro”, não limita a possibilidade de divulgação das imagens captadas pelos órgãos de comunicação social.

d) É óbvio que a assinalada exceção, muito anterior à entrada em vigor da Constituição de 1976, terá de ser, atualmente, objeto de uma interpretação restritiva, sob pena de se considerar ferida de inconstitucionalidade superveniente, por violar a liberdade de informação. Não faz sentido, por exemplo, considerar proibida a divulgação de imagens em que os manifestantes façam um gesto obsceno ou injuriem uma entidade pública. A questão dos limites põe-se, todavia, em situações extremas como a tortura de um ser humano ou o molestamento sexual de uma criança.

De qualquer forma, o direito de informação não se pode considerar totalmente prejudicado nesses casos e é difícil traçar fronteiras rígidas entre o que deve e não deve ser divulgado. Mais do que normas legais precisas, quase impossíveis de formular, é da autorregulação que se podem esperar os melhores resultados. Até mesmo nas situações de maus-tratos ou abusos contra crianças, a divulgação de imagens pode assumir um especial interesse público, desde que se preserve a identidade das vítimas e se evite sempre a exposição de cenas sexuais explícitas, como tem sucedido sempre entre nós.

Nas situações de tortura, por exemplo, imagens de uma extrema violência também podem ser relevantes para dar cumprimento aos direitos de informar e de ser informado. Foi em nome desses direitos que vieram a público imagens de tortura de prisioneiros que eram suspeitos de terrorismo, captadas furtivamente e divulgadas anonimamente. Porém, no caso das decapitações, executadas, filmadas e divulgadas por terroristas, tem havido a tendência (em Portugal, unânime) para evitar exposições integrais, com a invocação de dois argumentos: é necessário preservar a dignidade humana e não se deve “fazer o jogo” do terrorismo.

Mas nem sempre a imagem da morte é preservada e há casos em que a sua divulgação não parece pôr em causa a dignidade humana e até talvez a realce. Pense-se naquela célebre fotografia que retrata a

execução sumária do guerrilheiro do vietcongue Nguyen Van Leme pelo general sul vietnamita Nguyen Ngoc Loan, a 1 de fevereiro de 1968, durante a guerra no Vietname, pelo seu valor documental, ou, recorrendo a um registo muito diverso, na icónica fotografia de um ativista da luta contra a SIDA, David Lawrence Kirby, que se fez fotografar no leito de morte, acompanhado pela família, a 5 de maio de 1990.

Em suma, “a honra, reputação ou simples decoro”, não derrogam, no decurso de reuniões ou manifestações, a captação ou possibilidade de divulgação das imagens pelos órgãos de comunicação social. Por seu turno, o eventual temor de represálias, por parte de manifestantes, não constitui título bastante para limitar a liberdade de informação. A questão só se põe assim fora do contexto do Estado de direito democrático, em que, no limite, a comunicação social pode funcionar como colaboradora, ainda que involuntária, de uma polícia política ou de um exército de ocupação. E o receio de ser perseguido pela prática de crimes ou ilícitos de outra natureza no decurso das reuniões ou manifestações muito menos pode servir de argumento válido para restringir a liberdade de informação.

A captação e a própria divulgação, pela comunicação social, de imagens que retratem a prática de um crime durante uma manifestação não se afiguram, em si mesmas, juridicamente controversas. Controvertidas poderão ser apenas a cedência dessas imagens e a sua utilização, em sede de processo penal, como meio de prova, matérias que nos transportam para o cerne da presente consulta. Ora, começando pela segunda questão, pode adiantar-se que não haverá dúvidas sobre a genérica possibilidade de utilizar as imagens em processo penal. Com efeito, no Direito Processual Penal português vigora um princípio de atipicidade e não de *numerus clausus*. Assim, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei e que podem ter sido produzidas, obviamente, fora do contexto da investigação criminal. Quanto à

cedência de imagens, há uma distinção nuclear a fazer entre imagens já editadas e divulgadas, que são de livre acesso e cedência, e imagens “em bruto”, em que se requer uma intervenção de autoridade pública.

e) Sendo genericamente livre quando realizada pelos órgãos de comunicação social, a recolha de imagens de reuniões ou manifestações pelas forças de segurança e pelos órgãos de polícia criminal obedece a um princípio oposto – pode dizer-se que só é autorizada quando o direito à segurança a torne indispensável, na ótica da concordância prática de direitos conflitantes, preconizada pelo n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Na verdade, a intervenção da polícia (fora do contexto de proteção dos direitos dos manifestantes e de terceiros, através da manutenção da ordem pública) é encarada como uma restrição ao exercício do direito de reunião e manifestação, pelo que está subordinada ao programa restritivo decorrente da força jurídica dos direitos fundamentais.

Todavia, existem dois quadros normativos em que a recolha de imagens de reuniões ou manifestações pelas forças de segurança e pelos órgãos de polícia criminal é admissível. O primeiro decorre da Lei n.º 1/ 2005, precedentemente citada, que regula o recurso à videovigilância pelas forças de segurança em locais públicos de utilização comum. Sendo aplicável a reuniões e manifestações em que haja razões para prever a possibilidade ou probabilidade de incidentes, este regime coloca, porém, problemas difíceis de solucionar.

Com efeito, o artigo 4.º da citada lei consagra o direito de informação (para as pessoas que estão a ser filmadas). Ora, tal direito é assegurado através de dísticos fixos e visíveis, que pressupõem equipamentos de videovigilância fixos em espaços públicos. Sendo impossível que se siga esse procedimento no caso das manifestações, a Comissão Nacional de Proteção de Dados entendeu, no seu Parecer n.º 15/2013, de 5 de março de 2014, que não basta que as imagens sejam recolhidas ostensivamente por polícias fardados, munidos de câmaras. Será,

indispensável a informação (prévia) de que determinada manifestação será filmada e de que as imagens poderão ser publicitadas nos sítios das forças de segurança na internet ou pelos órgãos de comunicação social²⁸.

O segundo quadro normativo em que é admissível a recolha de imagens de manifestações pela polícia é o que resulta das disposições conjugadas dos artigos 4º, nº 3, da Lei nº 38/2008 e 6º da Lei nº 5/2002, anteriormente citados. Como se viu, a primeira norma determina que “a PJ tem acesso à informação necessária à caracterização, identificação e localização das situações, podendo proceder à identificação de pessoas e realizar vigilâncias, se necessário (...) nos termos do disposto no Código de Processo Penal e legislação complementar”. A segunda norma funciona, justamente, como “legislação complementar”, permitindo o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado”, desde que haja “prévia autorização ou ordem do juiz”.

É claro que esta recolha de imagens, instrumental da investigação criminal e do processo penal (e protegida, em princípio, pelo segredo de justiça), é garantidamente excepcional e pode até nunca ter sido realizada no decurso de manifestações. No entanto, a sua viabilidade é uma decorrência de o direito de manifestação poder ser, em algum caso, o disfarce para a preparação ou prática de um dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 5/2002: tráfico de estupefacientes; terrorismo e organização terrorista; tráfico de armas; corrupção passiva e peculato; de branqueamento de capitais; associação criminosa; contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e lenocínio e tráfico de menores; contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda .

²⁸ O texto do parecer está disponível em www.cnpd.pt.

f) Diferentemente, os serviços de informações portugueses não estão autorizados, em caso algum, a recolher imagens de manifestações. A legislação do Sistema de Informações da República Portuguesa assenta, desde o início, numa distinção radical entre informações e investigação criminal, que constituiu a reação histórica à confusão de funções reinante no tempo da ditadura. Com efeito, a PIDE/DGS possuía vastas competências como órgão de polícia criminal (com competência para perseguir “crimes políticos”, mas também crimes “conexos”), serviço de fronteiras, serviço de informações (com competências alargadas à repressão da oposição política e ao apoio ao esforço de guerra e até autoridade judiciária, dotada de competências que hoje são cometidas ao Ministério Público no decurso do inquérito²⁹).

Uma tal promiscuidade funcional é hoje inviabilizada não só pela ausência de normas que autorizem os serviços de informações a praticar atos da competência das autoridades judiciárias ou das entidades policiais, mas também, e sobretudo, por normas como o artigo 3º, nº 1, ou o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 30/84, de 5 de setembro, com a redação que lhe foi dada pela Lei Orgânica nº 4/2004, de 6 de Novembro (Lei Quadro do Sistema de Informações da República Portuguesa). A primeira disposição legal determina que “não podem ser desenvolvidas atividades de pesquisa, processamento e difusão de informações que envolvam ameaça ou ofensa aos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição e na lei”. A segunda prescreve que “os funcionários ou agentes, civis ou militares, dos serviços de informações previstos na presente lei não podem exercer poderes, praticar atos ou desenvolver atividades do âmbito ou competência específica dos tribunais ou das entidades com funções policiais”.

²⁹ Ver, sobre isto, Rui Pereira, “A produção de informações de Segurança no Estado de direito democrático”, *Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, Série Especial {Informações e Segurança Interna}*, 1998, p. 31 e ss.

Frise-se, no entanto, que este regime de separação estrita entre informações e investigação criminal³⁰ não é diretamente imposto pela Constituição (que permitiria, curiosamente, aos serviços de informações passar a fazer intercepção de comunicações, sem necessidade de alterar os seus artigos 32º, nº 4, e 34º, nº 4). Com efeito, seria ainda admissível, constitucionalmente, que as polícias assumissem competência para produzir informações ou os serviços de informações assumissem competências no domínio da investigação criminal, à semelhança do que sucede com várias agências norte-americanas e de países nórdicos. Essa não é, porém, a solução da nossa Ordem Jurídica nem é a alternativa que melhor se compatibiliza com uma leitura funcional e orientada teleologicamente dos grandes princípios constitucionais (a começar pela ideia de Estado de direito democrático e pelo princípio separação e interdependência de poderes).

4 – A questão específica das aeronaves não tripuladas

a) A possibilidade de a recolha de imagens colidir com o direito de reunião e de manifestação – e, obviamente, com os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada – é hoje intensificada pela capacidade de recorrer a meios de captação que prescindem de operadores humanos diretos (os “drones”, ou seja, as aeronaves não tripuladas e, noutra dimensão, os próprios satélites). Quer as forças de segurança quer os órgãos de comunicação social (ou quaisquer outras entidades públicas ou privadas) podem recorrer a esses meios, sendo necessário regular a sua utilização.

Neste contexto, a Comissão Nacional de Proteção de Dados recusou recentemente, através do Parecer nº 41/2014, de 27 de maio, a autorização à Polícia de Segurança Pública para utilizar uma aeronave

³⁰ Ver, acerca deste tema, Rui Pereira “Informações e investigação criminal”, *I Colóquio de Segurança Interna*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 155 e ss., e *Política Internacional*, nº 28 (Julho de 2005), p. 14 e ss.

não tripulada, munida de câmara de filmar, para garantir a segurança da final da Liga dos Campeões realizada no Estádio da Luz, em Lisboa, no dia 24 dos mesmos mês e ano. Para além de chamar a atenção para a falta (e necessidade) de legislação específica sobre esta matéria, e de fundamentar o parecer negativo na intempestividade do pedido, a CNPD tornou claro que não considera legítimo o recurso a este meio técnico, seja pelas forças de segurança (ao abrigo da Lei nº 1/2005, de 10 de janeiro) seja por quaisquer outras entidades (incluindo, presume-se, os órgãos de comunicação social, para os quais o citado parecer não admite uma exceção, em nome da liberdade de informação)³¹.

Esta conclusão é da maior importância, pois implica a ilegalidade e a eventual responsabilização criminal, designadamente por crimes de devassa privada ou de fotografias e filmagens ilícitas, previstos, respetivamente, nos artigos 192º e 199º do Código Penal, dos jornalistas que já recorreram a “drones” no âmbito de reportagens. Aliás, levada ao limite, a conclusão poderia obstar, por exemplo, à filmagem de eventos desportivos ou de grandes espetáculos musicais com esta nova técnica, que, sem ser corrente, já vem sendo praticada com frequência em grandes realizações internacionais .

b) Começando pela utilização das aeronaves não tripuladas pelas forças de segurança (em missões de colheita de imagens para a manutenção da ordem pública e para a prevenção criminal – únicas que interessam ao presente parecer), constata-se que a CNPD utiliza, em substância, dois argumentos cruciais para chegar a uma conclusão negativa. Em primeiro lugar, e decisivamente, afirma que a Lei nº 1/2005 não contempla expressamente o recurso a esse meio. Por conseguinte, conclui que a sua utilização é inadmissível à luz do próprio princípio constitucional da legalidade, ínsito na ideia de Estado de direito

³¹ Este parecer também pode ser consultado em www.cnpd.pt.

democrático (artigo 2º da Constituição). Em segundo lugar, ao confrontar-se com uma dificuldade literal de vulto – o artigo 6º refere, em geral, as câmaras móveis, não excetuando as que sejam transportadas por “drones” – entende que a norma não pode ter esse âmbito alargado, por esses meios serem quase desconhecidos há cerca de uma década, aquando da aprovação da Lei nº 1/2005, e também por não serem aptos a prosseguir as finalidades previstas no nº 1 do seu artigo 2º.

No entanto, estes argumentos não se afiguram convincentes. Em primeiro lugar, o argumento histórico, de índole quase psicológica, não permite conclusão alguma. É verdade que os “drones” não eram correntemente utilizados em 2005, mas é igualmente certo que Lei nº 1/2005 foi muito recentemente alterada e republicada na íntegra, pela Lei nº 9/2012, de 23 de fevereiro. Ora, o legislador “recente” não sentiu necessidade de excetuar as aeronaves não tripuladas do âmbito de previsão das “câmaras portáteis”, embora essa inércia não prove que tenha avalizado a possibilidade da sua utilização.

c) De todo o modo, saindo de um plano subjetivo e psicologista estéril – tal como reconhece o parecer, o que interessa, afinal, é a *mens legis* e não a *mens legislatoris*³² – teremos de ponderar outros argumentos. Desde logo, a letra da lei inclui, à partida, todas as “câmaras portáteis”. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) e uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação do artigo 6º da Lei nº 1/2005 carece de fundamentação que demonstre uma divergência entre a letra e o “espírito” da lei, ou seja, tem de encontrar apoio na *ratio essendi* do preceito.

³² Sobre o “pensamento legislativo”, o objetivismo e o atualismo, cf. José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição (refundida), Coimbra: Almedina, 2005, p. 399 e ss.

É verdade que a CNPD expende uma argumentação prolixa a este propósito – observa que a expressão “aeronave não tripulada” se refere a uma grande variedade de aparelhos, em termos de dimensão, velocidade, altitude atingida ou autonomia de voo; frisa, por outro lado, que as aeronaves podem ter acoplados sistemas muito diversificados, incluindo câmaras de vídeo de alta resolução, câmaras térmicas, sistemas de geolocalização, câmaras de infravermelhos, microfones, sistemas de retransmissão de som e imagem, sensores químicos, sensores biológicos, sistemas de reconhecimento facial e sistemas de reconhecimento de pessoas através das características morfológicas e antropométricas; e acrescenta, ainda, que estes meios técnicos têm uma grande capacidade de intrusão na vida privada e na liberdade das pessoas, pelo que são especialmente perigosos, na perspetiva da tutela desses direitos fundamentais (incluídos, como já vimos, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias e beneficiando, por conseguinte, da força reforçada que lhes é conferida pelo artigo 18º da Constituição).

É claro que estes argumentos merecem uma ponderação cuidada e tornam praticamente indiscutível a necessidade de regulação legal. Sem embargo, não se pode retirar deles que o Direito português não admite, em caso algum, a utilização de aeronaves não tripuladas no âmbito das missões de manutenção da ordem pública e prevenção da criminalidade – ou também, num contexto muito diverso, no exercício da liberdade de informação.

d) A variedade de aeronaves e de sistemas acoplados deve ser examinada caso a caso, para efeito de concessão das necessárias autorizações. E, por seu turno, o carácter intrusivo destes meios técnicos deve ser acautelado pela obrigação de respeitar rigorosamente a legislação em vigor. Deve exigir-se, designadamente, a prestação da informação pública e prévia de que, por exemplo, uma manifestação será filmada e de que as imagens poderão ser publicitadas nos sítios das forças de segurança na internet ou pelos órgãos de comunicação

social, tal como se preconizou no Parecer nº 15/2013 da CNPD, anteriormente citado, a propósito do recurso a câmaras móveis com operadores humanos .

Acresce que não se pode presumir, em todo este processo, que as forças de segurança irão recorrer a este novo meio de recolha de imagens para violar a lei e pôr em causa, ilegitimamente, os direitos fundamentais que tem o dever de garantir, por força do nº 1 do artigo 272º da Constituição. Importa recordar, também, que toda a ação de polícia é, no Estado de direito democrático português, alvo de uma fiscalização intensa e diversificada: do próprio comando geral ou da direção nacional da força de segurança, a nível interno, mas também, no plano externo, da Inspeção-Geral da Administração Interna (com um estatuto de autonomia e obrigatoriamente dirigida por magistrados judiciais ou do Ministério Público, nos termos do nº 2 do artigo 4º do Decreto-Lei nº 58/2012, de 14 de março), do Conselho de Fiscalização do Sistema Integrado de Informação Criminal (previsto nos nºs 2 e 3 do artigo 8.º da Lei nº 73/2009, de 12 de agosto), da própria Comissão Nacional de Proteção de Dados (prevista na Lei nº 67/98, de 26 de outubro, sujeita à Retificação nº 22/98, de 28 de novembro – Lei da Proteção de Dados Pessoais) e, claro está, em última instância, do Ministério Público e dos tribunais.

Resta acrescentar que não se consegue acompanhar a conclusão de que este meio é inadequado a promover a defesa da segurança interna. No âmbito da proteção da segurança das pessoas e bens, públicos ou privados, no plano da prevenção da prática de factos qualificados pela lei como crimes, em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência, no contexto da prevenção e repressão de infrações estradais e no domínio da proteção florestal e deteção de incêndios florestais, é pelo menos plausível, em várias hipóteses, a aptidão preventiva deste meio técnico, independentemente do respetivo grau de precisão. Essa é,

porém, uma questão que requer esclarecimentos a nível científico e de técnica policial e não afirmações jurídicas gerais.

e) A utilização de aeronaves não tripuladas no exercício da liberdade de informação (e, especificamente, do direito de informar) deve ser analisada, evidentemente, à luz de um quadro legal muito diferente. Se na ação de polícia se pode afirmar que é proibido tudo o que não é permitido (ao nível de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias), no exercício da liberdade de informação vale o princípio inverso, ou seja, é permitido tudo o que não for proibido. E deve ter-se em devida conta que as normas proibitivas são, em geral, excepcionais, sendo vedada a sua aplicação analógica (embora já não a sua interpretação extensiva), *ex vi* do artigo 11º do Código Civil.

Significa isto que a recolha de imagens por aeronaves não tripuladas no exercício da liberdade de informação terá de ser confrontada, diretamente, com as normas que tutelam os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e preveem ilícitos – civis ou criminais – para a respetiva violação. Estão em causa, essencialmente, os artigos 26º, nº 1, da Constituição, 79º e 80º do Código Civil e 192º e 199º do Código Penal, precedentemente analisados.

Sendo possível captar imagens de edifícios, locais, paisagens ou vários eventos coletivos livremente e até captar imagens de pessoas, em várias situações, sem o seu consentimento, nos termos do nº 2 do artigo 79º do Código Civil, a utilização de aeronaves não tripuladas não altera os dados do problema. Por outro lado, ao nível jurídico-penal, a punição por fotografias ou filmagens ilícitas depende da oposição do visado (artigo 199º, nº 2).

Neste domínio, há que reconhecer que não será fácil manifestar a oposição quanto a fotografias ou filmagens operadas a partir de uma aeronave não tripulada. De todo o modo, quando a captação for dirigida

a pessoas (e não, por exemplo, a edifícios ou eventos coletivos como festivais de música ou jogos de futebol, em que não se exige o consentimento personalizado de cada um dos assistentes), o aviso prévio aos visados resolve a questão, permitindo que eles manifestem a sua eventual oposição.

f) Tudo quanto se afirmou ignora, ainda, uma dimensão essencial do problema – a questão das autorizações necessárias para utilizar as aeronaves não tripuladas no espaço aéreo. Nesta matéria, não existe legislação alguma, sendo indispensável a sua aprovação urgente, para que o Instituto Nacional de Aviação Civil possa exercer as competências previstas no Decreto-Lei n.º 238/2004, de 18 de dezembro. Contudo, na ausência de legislação – e fora do âmbito de incidência deste parecer –, têm sido já utilizados “drones” pelas Forças Armadas e pelas Forças de Segurança.

A distinção a fazer entre as várias espécies de aeronaves não tripuladas diz respeito à altitude que elas atingem. Até trezentos metros, voam abaixo do espaço aéreo em que se exigem as competentes autorizações de voo. Acima dessa altitude (que, por ora, não é atingida, que se saiba, por aeronaves não tripuladas em Portugal, coloca-se a questão das autorizações necessárias. Essa é, porém, repete-se, uma questão estranha à recolha de imagens e à tutela dos direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada. Diz respeito, estritamente, à segurança aérea.

g) O último tópico a abordar relaciona-se com a recolha de imagens por satélite, especialmente sensível em casos de espionagem e à qual se atribui, também, um papel muito relevante na prevenção do terrorismo³³. Nesses casos, muito para além do nível nacional, é

³³ Sobre a prevenção do terrorismo num quadro de respeito pelos direitos fundamentais, cf. Rui Pereira (2002). “Lute contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux”, *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, v. 18 (2002), Paris, p. 305 e ss.

necessária uma concertação conjugada dos Estados soberanos, no plano do Direito Internacional Público, sob pena de qualquer esforço de regulação se revelar ineficaz. Os satélites atingem altitudes e têm trajetórias que estão muito para além das fronteiras estatais.

Todavia, no âmbito jurídico, a questão da recolha de imagens por satélite não coloca questões peculiares. Os ilícitos decorrentes da violação dos direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada podem ser cometidos a partir de satélite e a lei penal portuguesa é claramente aplicável nessas situações, de acordo com o princípio da territorialidade (artigo 4º do Código Penal), uma vez que o facto se considera praticado tanto no lugar em que o agente do crime atua como naquele em que se verifica o resultado típico - ou, no caso de tentativa, se deveria ter verificado (artigo 7º do Código Penal).

Não é, no entanto, este critério de “ubiquidade” que pode garantir a perseguição de quem, através de imagens recolhidas por satélite, ponha em causa os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada. Além do mais, a autoria desses crimes dificilmente poderia ser esclarecida, tendo em conta que os satélites são projetados e geridos por Estados ou associações de Estados. Por isso, tal como se referiu, estamos em presença de um problema de relacionamento entre sujeitos de Direito Internacional Público, que só nessa sede pode ser eficazmente tratado.

5- Crimes na comunicação social

a) No plano infraconstitucional, a resposta às questões formuladas requer também a consideração, num plano mais geral e ainda que a título perfuntório, das normas que integram aquilo a que poderemos chamar, simplificadamente, “Direito Penal da Comunicação Social”³⁴.

³⁴ Cf. Rui Pereira, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social da Comunicação Social”, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 723-745.

Trata-se, por um lado, de normas que tutelam as já analisadas liberdades de expressão, de informação e de imprensa, através da previsão de crimes específicos próprios ou impróprios praticados contra elas e, por outro lado, de normas que preveem crimes de idêntica natureza cometidos no exercício abusivo dessas mesmas liberdades.

Que incriminações protegem, especificamente, as liberdades de expressão, de informação e de imprensa? Haverá crimes que só podem ser cometidos por jornalistas (crimes específicos próprios, subordinados ao regime do artigo 28º do Código Penal) ou que são objeto de agravação quando cometidos por eles (crimes específicos impróprios, a que se aplica, igualmente, o regime do citado artigo 28º)? Para além disso, existirão outros elementos de todas essas infrações com características diferenciadas, seja a nível substantivo seja a nível processual?

O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição, obsta a discriminações sem fundamento racional – nomeadamente em função de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. E é na perspetiva da igualdade que se distingue o Direito Penal moderno - herdado do iluminismo e das revoluções liberais - do Direito Penal das Ordenações do Reino, que distinguia a gravidade e a censurabilidade dos crimes segundo a condição social dos criminosos e das vítimas ³⁵.

Todavia, no âmbito da comunicação social (como, por exemplo, na atividade política, no exercício de funções públicas ou no desporto), é concebível a consagração de crimes específicos – trate-se de crimes específicos próprios, ou seja, de crimes cujo cometimento requer qualidades ou relações especiais, ou de crimes específicos impróprios,

³⁵ Ver, sobre a evolução do Direito Penal, na perspetiva do princípio da igualdade, Rui Pereira, “O princípio da igualdade em Direito Penal”, *O Direito*, ano 120.º (1988), p. 109 e ss.

isto é, de crimes que são agravados quando cometidos por pessoas dotadas de certas qualidades ou relações, embora possam ser praticados, na sua forma básica, por quaisquer outras pessoas. Na verdade, o efeito amplificador dos *media* e a dificuldade de reparação ou irreversibilidade dos danos causados tornam plausível que os crimes contra a honra e a reserva da vida privada, por exemplo, sejam agravados quando cometidos por seu intermédio.

b) Compreende-se, por conseguinte, que a Lei de Imprensa, anteriormente citada, determine, no n° 1 do artigo 30°, uma genérica agravação desses crimes: “sempre que a lei não cominar agravação diversa, em razão do meio de comissão, os crimes cometidos através da imprensa são punidos com as penas previstas na respetiva norma incriminatória, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo”. Esta agravação resulta de uma presunção *juris et de jure*: presume-se, de forma inilidível, que a ressonância do crime é maior e, por conseguinte, que ele é mais grave e censurável.

As antigas Leis da Televisão e da Rádio (Leis n°s 31-A/98, de 14 de Julho, e 4/2001, de 23 de Fevereiro, respetivamente) não consagravam esta agravação, apesar de remeterem, de igual modo, para a lei penal geral (artigos 60°, n° 1, e 64°, n° 1). Esta discrepância afigurava-se injustificável, tanto mais que a potencialidade danosa dos crimes cometidos através da televisão é muito elevada. Todavia, no caso da Lei da Televisão, prevê-se hoje uma agravação idêntica à da Lei de Imprensa, no n° 2 do artigo 71°. A discrepância só parece subsistir no âmbito da Lei da Rádio (artigo 65°), sem que se vislumbre justificação bastante para tal.

No entanto, esta discrepância terá escassa importância prática por o Código Penal já cominar a agravação da pena dos crimes de injúria e difamação quando são cometidos pela comunicação social (artigo 183°, n° 2, do Código Penal), agravação essa que prevalece sobre a da Lei de

Imprensa no entender da jurisprudência³⁶. Mas subsiste o problema de uma eventual violação da igualdade, nos casos em que o Código Penal não contempla tal agravação – aí, pode questionar-se se não será materialmente inconstitucional aplicar ao mesmo crime, quando cometido num jornal ou na televisão, pena superior à que lhe caberia se cometido na rádio. Só o reconhecimento de que a rádio tem hoje uma penetração menos intensa na opinião pública permitirá dar uma eventual resposta negativa. Se assim se não entender, porém, a solução passará, forçosamente, por um “encurtamento punitivo” que “suprima” a agravação das penas dos crimes cometidos nos jornais ou na televisão, quando tal agravação não resultar do próprio Código Penal também para os crimes praticados na rádio.

De todo o modo, embora com as respetivas penalidades agravadas no caso da Lei de Imprensa e da Lei da Televisão, os crimes que podem ser cometidos através da comunicação social são os previstos em sede geral, a começar pelo Código Penal: designadamente os crimes de injúria, difamação, ofensa à memória de pessoa falecida, ofensa a pessoa coletiva, organismo ou serviço, ofensa à honra do Presidente da República, violação do segredo profissional, do segredo de justiça, do segredo de funcionário e do segredo de Estado, apologia pública de um crime, propaganda do suicídio, incitamento à alteração violenta do Estado de direito, ou à guerra civil ou à desobediência coletiva, discriminação racial, religiosa ou sexual, denúncia caluniosa, simulação de crime, ameaça, ameaça como prática de crime, coação e burla (artigos 181º, 180º, 185º, 187º, 328º, 195º, 371º, 383º, 316º, 298º, 139º, 326º, 330º, 240º, 365º, 366º, 153º, 305º, 154º e 217º, respetivamente).

c) O Direito Penal da Comunicação Social é, pois, formado por um conjunto indefinido de crimes, previstos no Código Penal ou em

³⁶ Precisamente assim, Alberto Arons de Carvalho, António Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo, *ob. cit.*, pp. 247-8.

legislação avulsa, sujeitos a agravação quando cometidos através da comunicação social. Por outro lado, para além destes crimes qualificados (em razão do meio utilizado pelo agente), há um conjunto de incriminações autónomas, previstas nas Leis de Imprensa, da Televisão e da Rádio. Trata-se dos crimes de atentado à liberdade de imprensa, desobediência qualificada e atividade ilegal de televisão ou radiodifusão.

No artigo 33º da Lei de Imprensa, prevê-se o “atentado à liberdade de imprensa”, como incriminação que visa tutelar a liberdade de imprensa. A conduta típica consiste em alguém, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de imprensa³⁷, “impedir ou perturbar a composição, impressão, distribuição e livre circulação de publicações, apreender publicações ou apreender ou danificar quaisquer materiais necessários ao exercício da atividade jornalística”. Corresponde-lhe pena de prisão de 3 meses a 2 anos ou multa de 25 a 100 dias, sendo agravada para prisão de 3 meses a 3 anos ou multa de 30 a 150 dias, se o infrator for agente do Estado ou de pessoa coletiva pública.

O crime de desobediência qualificada previsto no artigo 32º da Lei de Imprensa é sancionado, como habitualmente sucede com este ilícito, por remissão para o Código Penal (artigo 348º, nº 2), que comina uma pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias. No entanto as condutas constitutivas do crime estão descritas na própria Lei de Imprensa: não acatamento, pelo diretor do periódico ou seu substituto, de decisão judicial ou de deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social que ordene a publicação de resposta ou retificação; recusa, pelos mesmos, da publicação de sentenças condenatórias; edição, distribuição ou venda de publicações suspensas ou apreendidas por decisão judicial.

³⁷ É claro que a prova deste elemento subjetivo especial é difficilima, tornando a perseguição do crime uma missão quase impossível.

As Leis da Televisão e da Rádio preveem, igualmente, os crimes de atentado contra a liberdade de programação e informação e desobediência qualificada (artigos 74º e 73º da Lei da Televisão e 68º e 67º da Lei da Rádio), com modificações pouco sensíveis. Além disso, preveem outro crime “sui generis”, que é a “atividade ilegal de televisão” (artigo 72º) e de “rádio” (artigo 66º). Tal crime, punível com prisão até 3 anos ou multa até 320 dias, é cometido por quem exercer a atividade sem para tal estar legalmente habilitado. Materialmente, constitui um crime de usurpação de funções qualificado, visto que a penalidade estatuída pelo artigo 358º do Código Penal é menos severa (prisão até 2 anos ou multa até 240 dias).

De todos estes crimes apenas a desobediência qualificada corresponde a um crime específico próprio, uma vez que só pode ser praticado por pessoas dotadas de qualidades (profissionais) especiais, ainda que em eventual participação com quaisquer outras pessoas (artigo 28º do Código Penal). No caso da Lei de Imprensa, trata-se do diretor do periódico ou do seu substituto; no caso da Lei da Televisão, dos responsáveis pela orientação e supervisão do conteúdo das emissões televisivas (ou pela seleção e organização do catálogo dos serviços audiovisuais a pedido); no caso da Lei da Rádio, do responsável pela programação, ou de quem o substitua. A classificação do crime como específico próprio e não “impróprio”, apesar de haver um crime de desobediência, previsto no Código Penal, que pode ser cometido por qualquer pessoa, resulta da especificidade das condutas previstas nas leis da comunicação social, independentemente do respetivo *nomen juris*.

d) A referência aos crimes qualificados e aos crimes *sui generis* é insuficiente, contudo, para caracterizar o Direito Penal da Comunicação Social. Para tanto, é ainda necessário identificar algumas especialidades de regime – substantivo e processual –, consagradas nas Leis de Imprensa, da Televisão e da Rádio. As especialidades processuais não

têm direta relevância no âmbito do presente parecer, mas importa analisar, sumariamente, as regras sobre autoria e participação constantes do artigo 31º da Lei de Imprensa, que, em conjugação com os artigos 26º e 27º do Código Penal (que derrogam), define o universo de pessoas que podem ser responsabilizadas penalmente.

Na verdade, o nº 1 do artigo 31º da Lei de Imprensa determina que, “sem prejuízo do disposto na lei penal, a autoria dos crimes cometidos através da imprensa cabe a quem tiver criado o texto ou a imagem...”. Deste modo, quem tiver criado o texto ou a imagem é punido como autor do crime, podendo ainda ser punidos como autores, nos termos do artigo 26º do Código Penal, o instigador (que haja determinado o autor à prática do crime) ou o autor mediato (que tenha instrumentalizado o autor material, coagindo-o, induzindo-o em erro ou prevalecendo-se da sua inimputabilidade). Por seu turno, o nº 2 do artigo 31º da Lei de Imprensa qualifica como autor do crime, no caso de publicação não consentida, quem a tiver promovido. Por fim, de forma expedita, o nº 3 do mesmo artigo estatui que o diretor, o diretor-adjunto, o subdiretor ou quem “concretamente” os substitua (no caso de publicações periódicas) e o editor (no caso de publicações não periódicas) são punidos com as penas do autor atenuadas em um terço nos seus limites – atenuação essa que é muito semelhante à prevista para os cúmplices nos artigos 27º, nº 2, e 73º, nº 1, do Código Penal, com a particularidade de se estender, aparentemente, aos limites mínimos, divergindo, neste ponto, da técnica de atenuação especial adotada no artigo 73º do Código Penal³⁸.

Na perspectiva inversa, de delimitação da responsabilidade, os nºs 4 e 5 do artigo 31º da Lei de Imprensa estatuem que, no caso de declarações prestadas por pessoas determinadas ou de artigos de opinião e desde

³⁸ Os limites mínimos da pena são reduzidos, nos termos do artigo 73º, nº 1, alínea b), do Código Penal, a um quinto, se for igual ou superior a três anos, e ao mínimo legal, ou seja a um mês, se for inferior.

que a reprodução seja fiel, só os próprios podem ser responsabilizados. Por outro lado, o n° 6 isenta de responsabilidade quem tiver uma participação meramente técnica, subordinada ou rotineira no processo de publicação (incluindo, designadamente, tipógrafos, dactilógrafos e secretários).

As Leis da Televisão e da Rádio não reproduzem integralmente estas normas, mas consagram um regime essencialmente idêntico. Deste modo, os artigos 71°, n° 3, e 65°, n° 2 (das Leis da Televisão e da Rádio, respetivamente), preveem que os diretores ou responsáveis que não impeçam a prática de crimes, podendo fazê-lo, são punidos com as penas previstas para esses crimes reduzidas em um terço nos seus limites. O artigo 71°, n° 4, da Lei da Televisão e o artigo 65°, n° 3, da Lei da Rádio prescrevem que, tratando-se de declarações corretamente reproduzidas ou de intervenções de opinião, prestadas por pessoas devidamente identificadas, só estas podem ser responsabilizadas, salvo quando o seu teor constitua incitamento à prática de um crime ou incitamento ao ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual e a sua transmissão não possa ser justificada por critérios jornalísticos. O n° 5 do artigo 71° da Lei da Televisão e o n° 4 do artigo 65° da Lei da Rádio estipulam que, no caso de emissões não consentidas, responde quem tiver determinado a transmissão. O n° 6 do artigo 71° da Lei da Televisão e o n° 5 do artigo 65° da Lei da Rádio, de modo inédito (e mais responsabilizador do que a Lei de Imprensa), apenas exclui a responsabilidade dos “técnicos” se “não lhes for exigível a consciência do carácter criminoso do seu ato” – isto é, consagra um regime de erro sobre a ilicitude com consequências similares às do artigo 17°, n° 1, do Código Penal.

Afasta-se, assim, ao que parece, o regime mais favorável do n°1 do artigo 16° do Código Penal, que contempla sempre a exclusão do dolo, mesmo que o agente não tenha atuado com a diligência devida para se

informar, quando o erro recair sobre proibições cuja ressonância ética não for evidente, ou seja quando estiverem em causa incriminações aparentemente neutras no plano axiológico: incriminações “cujo conhecimento é razoavelmente indispensável à tomada de consciência da ilicitude”, na expressão do n° 1 do artigo 16° do Código Penal, inspirada na obra de Figueiredo Dias³⁹. Na verdade, se este regime geral se aplicasse teria indiscutível relevância porque várias incriminações previstas neste domínio são de tal natureza (não se assemelham ao homicídio, às ofensas à integridade física, ao sequestro ou à violação, ou seja, aos crimes do chamado “Direito Penal de Justiça”), sendo indispensável o conhecimento das proibições para que os agentes possam tomar consciência da ilicitude, e porque os crimes, em regra, só são puníveis a título de dolo, mas já não quando houver apenas negligência, por força das disposições conjugadas dos artigos 16°, n° 3, e 13° do Código Penal.

e) A concluir esta análise sumária dos crimes na comunicação social, importa tratar, com a necessária brevidade, um tema obrigatório na perspectiva dos crimes mais frequentemente imputados a jornalistas no exercício de funções: difamações e injúrias. Esse tema é a *exceptio veritatis*, prevista no artigo 180°, n° 2, do Código Penal. Esta norma determina a não punibilidade do agente (por se considerar valiosa ou, pelo menos, neutral e, portanto, justificada a sua conduta⁴⁰), quando se verificarem dois requisitos cumulativos: a imputação for feita para realizar interesses legítimos e o agente provar que é verdadeira ou, pelo menos, verosímil (tiver “fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira”).

³⁹ Trata-se da dissertação de doutoramento de Jorge de Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 1969.

⁴⁰ Cf., sobre o sentido material da justificação em Direito Penal, Fernanda Palma, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria Geral da Infração como Teoria da Decisão Penal*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 221 e ss.

Uma tal condição negativa de punibilidade (materialmente, uma causa de justificação especial) tem um evidente alcance prático em relação a injúrias e difamações praticadas na comunicação social e é de invocação frequente. Todavia, não se aplica se estiver em causa uma imputação relativa à intimidade da vida privada e familiar ou se o agente não tiver cumprido o dever de informação “que as circunstâncias do caso impunham” (artigo 180º, nºs 3 e 4). No primeiro caso (intimidade), determina-se, ainda assim, que o agente não será punido se atuou em legítima defesa, no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever - artigos 180º, nº 3, e 31º, nº 2, alíneas *a)*, *b)* e *c)*.

Este regime é extraordinariamente complexo, até pela dificuldade em delimitar com rigor a esfera da intimidade. Mais discutível era ainda, no entanto, o regime do nº 5 do artigo 180º do Código Penal, revogado pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, que, no caso de o facto imputado constituir crime, apenas admitia que o agente da injúria ou da difamação se defendesse através da exibição de sentença condenatória transitada em julgado quanto a esse crime.

Uma tal solução, que pretendia acautelar a presunção de inocência, impedia a comunicação social de cumprir um papel muito importante na denúncia de crimes, era materialmente injusto (por ser menos permissivo quanto à revelação de factos mais graves do que relativamente à revelação de factos menos graves) e era inexecutável porque a morosidade processual não permitia facilmente invocar uma decisão condenatória transitada em julgado. Por isso, foi revogado em 1998, pela Lei nº 65/98 de 2 de Setembro, na sequência de uma proposta de alteração do Código Penal apresentada em 1997 (constante da Proposta de Lei nº 80/VII de Abril de 1997)⁴¹.

⁴¹ A proposta teve por base um projeto que apresentei ao Governo, a pedido do então Ministro da Justiça, Dr. Vera Jardim.

6 – Liberdade de informação e segredos

a) Um outro horizonte problemático cujo interesse é irrecusável para esclarecer as questões formuladas no presente parecer é o que confronta a liberdade de informação com os diversos segredos a que a lei (sobretudo a lei processual penal) atribui relevância – o segredo profissional, religioso, de funcionário, de Estado e de justiça. Em que termos e medida podem esses segredos comprimir a liberdade de informação (e também a cedência ou autorização de visionamento de “gravações em bruto”)?

A lei penal consagra diversos segredos de que derivam, simultaneamente, o exercício de direitos e o cumprimento de deveres de sigilo. Ao nível substantivo, o Código Penal tipifica crimes diferenciados, correspondentes à violação desses deveres de sigilo. No plano adjetivo, o Código de Processo Penal assinala o valor desses segredos e prevê as situações em que eles podem ser derogados, de acordo com os critérios de proporcionalidade que caracterizam, no essencial, o Estado de direito democrático.

Todos os segredos têm em comum ser expressão de bens jurídicos (ou seja, de direitos fundamentais ou interesses coletivos) tutelados pela Constituição. Só por essa razão se legitima, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, consagrado no artigo 18º, nº 2, da Constituição, a tipificação de crimes que se traduzem na violação dos correspondentes deveres de sigilo e se admite que eles possam, em determinadas circunstâncias, prevalecer sobre o interesse na descoberta da verdade, na realização de justiça e na prevenção de futuros crimes, no âmbito do processo penal.

Assim, o segredo profissional é tutelado em nome da liberdade de escolha e conseqüente exercício da profissão (artigo 47º, nº 1, da Constituição), conjugada com os direitos que reflexamente possam ser postos em causa pela respetiva violação - a começar pela reserva da

intimidade da vida privada e familiar⁴². O segredo religioso encontra a sua razão de ser na liberdade de consciência, de religião e de culto, consagrada no artigo 41º da Constituição⁴³. O segredo de funcionário é instrumental da prossecução do interesse público pela Administração Pública (artigo 266º, nº 1, da Constituição)⁴⁴. O segredo de Estado está ao serviço da legalidade democrática, da segurança interna e da defesa nacional (artigos 272º e 273º da Constituição)⁴⁵. O segredo de justiça visa assegurar a boa administração de justiça pelos tribunais e, em certa medida, defender a presunção de inocência do arguido (artigos 202º, nº 1, e 32º, nº 2, da Constituição)⁴⁶.

b) O segredo profissional e o segredo de funcionário estão sujeitos a um regime essencialmente idêntico. A sua violação é punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias, nos termos do artigo 195º do Código Penal. Trata-se de um crime que, à partida, também pode ser cometido por jornalistas em dois contextos diferenciados: como autores, se eles próprios violarem,

⁴² Discute-se, a propósito do crime de violação de segredo, se está em causa um bem individual ou institucional. Ver, sobre isto, Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 1119 e ss.

⁴³ Trata-se de uma “reserva pessoal das convicções religiosas”, que impede perguntas sobre essas convicções por parte das autoridades públicas e também, à luz do nº 1 do artigo 18º da Constituição, por parte de entidades privadas, segundo defendem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, volume I (artigos 1º a 107º), p. 612.

⁴⁴ O bem jurídico protegido no caso da violação de segredo por funcionário é coletivo, sendo identificado por Figueiredo Dias como a “legalidade da administração”. Cf. Helena Moniz, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Artigos 308º a 386º*, dirigido por Figueiredo Dias, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 784-5.

⁴⁵ Em sentido idêntico, cf. A. Medina de Seíça, *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, Tomo III, p. 117.

⁴⁶ Sobre o crime de violação do segredo de justiça, que configura como de perigo abstrato, ver A. Medina de Seíça, *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, Tomo III, p. 647.

profissionalmente, o seu dever de sigilo, revelando segredo alheio de que tenham tomado conhecimento em razão da sua profissão (como é evidente, esta situação está intimamente relacionada com a questão da proteção das fontes); como participantes, em sentido amplo (isto é, como coautores, instigadores ou cúmplices da violação de segredo por outra pessoa qualquer – médico, advogado, funcionário ou outro profissional qualquer), hipótese em que é abstratamente aplicável o regime do artigo 28º do Código Penal, se bem que a liberdade de informação introduza, como veremos, uma lógica de justificação na análise do problema.

Em teoria, bastaria, na verdade, que alguém estivesse sujeito ao regime do segredo profissional (médico, advogado, funcionário...), para que o jornalista “implicado” na sua violação pudesse ser punido pelo crime. No entanto, este regime não pode ser aplicado, sem mais, a jornalistas no exercício da sua profissão, precisamente por causa da carga axiológica e da eficácia justificante da liberdade de informação. Por conseguinte, estas constelações de casos, que envolvem o sigilo profissional dos jornalistas e a eventual violação de outros segredos por jornalistas, serão objeto de um tratamento diferenciado em momento ulterior.

No âmbito processual, o segredo profissional e o segredo de funcionário podem ser forçados a ceder perante valores superiores, por força de decisões dos tribunais. Em princípio, os tribunais competentes nesta matéria são as Relações, que, genericamente, funcionam como instância superior àquela em que foi suscitado o incidente, nos termos do artigo 135º, nº 3, do Código de Processo Penal. Nesses casos, o nº 4 do mesmo artigo prescreve que é obrigatório ouvir previamente o organismo representativo da profissão em causa.

No caso específico dos jornalistas, essa competência é atribuída ao Conselho Deontológico do Sindicato dos Jornalistas, ao qual cabe dar os pareceres sobre questões éticas e de deontologia da profissão que lhe

sejam solicitados por qualquer entidade pública ou privada, nos termos da alínea b) dos Estatutos do Sindicato dos Jornalistas. Diferentemente, compete à Comissão da Carteira Profissional de Jornalista apreciar, julgar e sancionar os jornalistas pela violação dos seus deveres profissionais (incluindo o dever de sigilo e de proteção das fontes), nos termos das disposições conjugadas do artigo 4º, alínea b), do Decreto-Lei nº 70/2008, de 15 de abril (Regime de Organização e Funcionamento da CCPJ e da Acreditação Profissional dos Jornalistas), e 14º, nº 2, alínea a), do Estatuto do Jornalista, anteriormente citado.

Mas, antes ainda de o “tribunal superior” se poder pronunciar sobre a possibilidade de derrogar o segredo, há uma questão que a própria autoridade judiciária perante a qual o incidente tiver sido suscitado pode analisar e decidir, após empreender as averiguações necessárias (que incluem, mais uma vez, a audição do organismo representativo da profissão), nos termos do nº 2 do artigo 135º do Código de Processo Penal. Trata-se de saber se o segredo foi legitimamente invocado – não o terá sido se, por hipótese, o objeto do depoimento for completamente estranho ao exercício da profissão. Importa ter presente que, neste contexto, a autoridade judiciária pode ser o Ministério Público (no decurso do inquérito) ou um juiz, como decorre do artigo 1º, alínea b), do Código de Processo Penal.

c) O segredo religioso apresenta importantes especialidades de regime que justificam uma análise autónoma, ainda que sumária. O fundamento constitucional deste segredo é a liberdade religiosa, que o artigo 41º da Constituição consagra como um valor quase-absoluto e resistente à ponderação de interesses conflitantes. Com efeito, o nº 3 desse artigo estabelece que “ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder”.

Com inteira coerência, o n° 5 do artigo 135° do Código de Processo Penal subtrai o segredo religioso ao âmbito de aplicação dos n°s 3 e 4 do mesmo artigo, ou seja, não permite que ele ceda, em algum caso, perante valores considerados prevaletentes pelo tribunal superior àquele em que foi suscitado o incidente. Deste modo, nenhum tribunal pode obrigar um padre católico, por exemplo, a revelar factos de que tomou conhecimento através de confissão. Todavia, o regime do n° 2 do artigo 135° continua a ser aplicável. Assim, a autoridade judiciária pode compelir quem invocou tal segredo a prestar depoimento, se considerar ilegítima a invocação do segredo religioso (imagina-se que se trata de uma conversa de cariz social que o ministro de uma religião travou ou de que tomou conhecimento fortuitamente, fora do contexto da prática religiosa).

No plano substantivo, o segredo religioso também apresenta especialidades de vulto. Cabe observar, desde logo, que o crime tipificado pelo artigo 195° do Código Penal não abrange a sua violação. Efetivamente, não estão em causa segredos de que alguém tenha tomado conhecimento em razão do seu “estado, ofício, emprego, profissão ou arte”. Assim, não pode ser aplicada qualquer pena pública ao ministro de uma religião que viole o seu dever de sigilo, por força do princípio da legalidade penal e da proibição de analogia *in pejus* (artigos 29°, n° 1, da Constituição e 1°, n°s 1 e 3, do Código Penal). A sanção aplicável à violação do segredo religioso será do próprio foro religioso.

Neste preciso domínio, o Código de Direito Canónico estipula, no cânone 983, que “o sigilo sacramental é inviolável, pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma”, cominando, no cânone 1388, a excomunhão *latae sententiae* para o confessor que o violar “diretamente” e uma pena variável segundo a gravidade do delito para o confessor que o violar apenas “indiretamente”. Aparentemente, o Código de Direito Canónico consagra, por conseguinte, um dever absoluto de

sigilo, que não tem correspondência na lei penal. Por isso, o padre católico que violar esse dever (religioso) não é punível pela prática de um crime, apesar de nenhum tribunal lhe poder pedir que o viole.

Ainda assim, a violação do segredo religioso não está condenada a ser um ilícito estritamente religioso. A consagração jurídico-constitucional da liberdade religiosa como direito, liberdade ou garantia, no âmbito dos direitos fundamentais, permite configurar as suas violações como ilícitos civis extracontratuais (dificilmente se concebe a confissão católica como um contrato). Assim, o ministro que violar o sigilo sacramental pode estar a violar um direito de outrem (designadamente a liberdade religiosa e a reserva da intimidade da sua vida privada ou familiar) e, se assim for, ficará obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação, nos termos gerais do artigo 483º do Código Civil.

Ressalva-se, contudo, a possibilidade de o segredo ter sido quebrado ao abrigo de uma causa de justificação, como a legítima defesa ou o direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal, respetivamente). Nessas situações, a violação do sigilo sacramental, por exemplo, será lícita – apesar de nunca ser exigível processualmente nem ser admitida no Código de Direito Canónico – e o padre que a pratique não incorre no dever de indemnizar pelos prejuízos eventualmente causados.

d) Tem sentido questionar, ainda, se o regime da liberdade religiosa se aplica noutros contextos de algum modo similares, como, por exemplo, e de um modo muito atual, o das organizações maçónicas - o que tornaria ilegítimas as próprias perguntas sobre filiação maçónica, nos termos do artigo 41º, nº 3, da Constituição. Para responder a tal questão, é necessário averiguar se a maçonaria é uma religião ou se, pelo menos, o regime constitucional lhe deve ser aplicado por analogia.

Embora não se apresente como religião (e admita, aliás, a filiação dos seus membros em Igrejas), a maçonaria apresenta traços de identidade com uma religião na perspectiva da norma constitucional precedentemente citada⁴⁷. O aperfeiçoamento espiritual, assumido como propósito, e a crença no “Grande Arquiteto do Universo”, genericamente compartilhada, parecem situar-se numa esfera íntima de pensamento e consciência que pode justificar a proibição de perguntas. Por outro lado, o rito tem uma carga que apresenta semelhanças com um culto religioso.

Se atribuirmos um valor argumentativo determinante ao facto de maçonaria não ser uma religião, ainda poderemos concluir que o regime do n.º 3 do artigo 41.º da Constituição lhe pode ser aplicado por analogia⁴⁸. Na verdade, a Constituição não se refere expressamente à maçonaria, ou seja, há uma lacuna. Por outro lado, a norma do artigo 41.º, n.º 3, não é excepcional, o que impediria a sua aplicação analógica, nos termos do artigo 11.º do Código Civil. Por fim, e decisivamente, pode identificar-se uma identidade de razões de procedência, com base no posicionamento sobre a espiritualidade e sobre Deus, que viabiliza a aplicação analógica, ao abrigo do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

Todavia, para quem recuse esta analogia constitucional, a solução consistirá em aplicar ao segredo maçónico o regime mais amplo e difuso da liberdade de consciência. Tal liberdade permitirá, decerto, incluir no seu âmbito o segredo sobre a iniciação, os ritos, os símbolos e as sessões rituais, por um lado, e o direito de cada maçom se identificar ou não como maçom, por outro lado. A alternativa entre a aplicação analógica do regime da liberdade religiosa e a aplicação residual do regime da liberdade de consciência à maçonaria concretiza-se na

⁴⁷ Veja-se, sobre tudo isto, a interessante obra de Robert Kalbach, *Le Grand Architecte de l'Univers - du symbole à la fracture*, Paris: Vega, 2011.

⁴⁸ Sobre a integração de lacunas constitucionais, cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, volume I, 5ª ed, Coimbra: Almedina, 2013, p. 602 e ss.

seguinte particularidade: considerando-se que é aplicável por analogia o regime da liberdade religiosa, um maçom não pode ser questionado sobre a sua condição; entendendo-se que deve ser aplicado um regime distinto, genericamente derivado da liberdade de consciência, um maçom pode ser questionado sobre a sua condição, mas tem o direito de não responder.

Esta alternativa repercute-se ainda, como é óbvio, na relevantíssima questão da aplicabilidade do regime do artigo 135º (incluindo o nº 5) do Código de Processo Penal a este segredo específico. Todos os argumentos que militam a favor da analogia precedentemente referidos servem para fundamentar tal aplicabilidade. Uma resposta negativa pode equivaler a negar tal proteção ao segredo maçónico, no âmbito do processo penal, envolvendo, eventualmente, se necessário, a obrigação de prestar depoimento sobre a iniciação, os ritos, os símbolos e as sessões rituais.

e) O segredo de Estado beneficia de um regime que reúne três características essenciais: em primeiro lugar, as autoridades judiciais não podem inquirir as testemunhas sobre factos que constituam segredo de Estado (artigo 137º, nº 1 do Código de Processo Penal); em segundo lugar, a inclusão de matérias no âmbito do segredo de Estado é feita *ope legis*, ou seja, resulta diretamente da lei, sem necessidade de classificação casuística, e abrange, amplamente, os dados e as informações cuja difusão for suscetível de causar dano aos interesses fundamentais do Estado, bem como os registos, documentos, *dossiers* e arquivos dos serviços de informações relativos a esses interesses (artigo 31º, nºs 1 e 2, da Lei Quadro do SIRP); em terceiro lugar, a última palavra sobre a sujeição de uma matéria ao segredo de Estado e sobre a permissão ou proibição de prestar depoimento cabe ao Primeiro-Ministro (artigos 33º, nº 2, e 33º-A, nº 3, da Lei Quadro do SIRP), ao qual compete, igualmente, “desclassificar” as matérias sujeitas ao segredo.

Deve observar-se, no entanto, que a alteração operada pela Lei Orgânica nº 2/2014, de 6 de agosto (Regime do Segredo de Estado), no artigo 137º do Código de Processo Penal criou um vazio na proteção processual do segredo de Estado, quando a inquirição recair sobre quem não seja dirigente, funcionário ou agente dos serviços de informações (pense-se, por exemplo, na “pessoa de confiança” ou em alguém que tomou conhecimento fortuito de um facto coberto pelo segredo de Estado, que até pode ser, por exemplo, um jornalista). De facto, antes de tal alteração (que remeteu o regime de confirmação do segredo de Estado, *in totum*, para a Lei-Quadro do SIRP), o nº 3 do artigo 137º do Código de Processo Penal fazia depender do Ministro da Justiça a confirmação do segredo de Estado quando este fosse invocado por qualquer pessoa. Este regime geral coexistia com o regime especial consagrado pelo artigo 33º, nº 2, da Lei-Quadro do SIRP (na versão anterior à Lei Orgânica nº 4/2014), que fazia depender a autorização do Primeiro-Ministro quando estivessem em causa funcionários ou agentes dos serviços de informações.

O que resultou, pois, da citada reforma de 2014 foi uma paradoxal – e, decerto, involuntária – lacuna na proteção do segredo de Estado, originada por uma tentativa de reforçar o seu regime. Sem embargo, no plano substantivo, o artigo 316º do Código Penal continua a prever a violação do segredo de Estado como crime que pode ser cometido por qualquer pessoa, incluindo jornalistas - embora a pena seja agravada quando for praticado por alguém que tem um especial dever de guardar segredo, em razão de função, serviço ou missão. Ora, seria absurdo entender que o segredo de Estado, apesar de digno de tutela penal, perdera a relevância processual. Devemos concluir, pois, que a confirmação do segredo de Estado, quando for invocado por qualquer pessoa, também passou a depender do Primeiro-Ministro, por aplicação analógica dos artigos 33º, nº 2, e 33º-A, nº 3, da Lei-Quadro do SIRP.

Questão diversa é a da eventual inconstitucionalidade de um regime de levantamento de um segredo no âmbito de um processo judicial em que a última palavra é confiada ao executivo e não aos tribunais. Sem entrar numa análise de pormenor, que não tem interesse decisivo para o presente parecer, embora possua óbvia relevância na ótica da liberdade de informação, dir-se-á que o regime descrito apresenta como ponto crítico a desconsideração relativa do poder judicial. Por isso, é discutível que o referido regime possa passar pelo crivo dos princípios da separação e interdependência de poderes (artigo 2º da Constituição) e da independência dos tribunais (artigo 203º da Constituição).

É certo que artigo 32º da Lei-Quadro do SIRP estabelece, no seu nº 3, que “as informações e os elementos de prova respeitantes a factos indiciários da prática de crimes contra a segurança do Estado devem ser comunicados às entidades competentes para a sua investigação ou instrução” – apesar de admitir, compreensivelmente, no nº 4, que o Primeiro-Ministro autorize que seja retardada a comunicação pelo “tempo estritamente necessário à salvaguarda da segurança interna ou externa do Estado”. Porém, nem sequer se prevê esse dever de comunicação – oposto à preservação do segredo de Estado – quando se trate de outros crimes (por exemplo, crimes contra as pessoas, como o próprio homicídio), o que sugere a conclusão inaceitável de que o segredo de Estado poderia servir, objetivamente, de biombo legal para encobrir a prática desses crimes.

No âmbito do exercício do direito de defesa, também se atribui o poder de fazer a ponderação dos interesses conflitantes ao Primeiro-Ministro e não aos tribunais, como resulta do nº 3 do artigo 33º-A da citada lei-quadro: “entendendo que a informação sob segredo de Estado pode revestir-se de relevância fundamental para o exercício da defesa, a autoridade judicial comunica o facto ao Primeiro-Ministro, que autoriza, ou não, o seu levantamento”. Significa isto que, perante uma divergência sobre a relevância de um depoimento para o exercício do

direito de defesa entre um tribunal e o executivo, é a posição deste último que prevalece, o que também pode colidir com os princípios da separação e interdependência de poderes e da independência dos tribunais.

É claro que a atribuição do poder de levantar o segredo de Estado a qualquer tribunal, independentemente da instância, e a sua partilha por todos os sujeitos processuais criariam um perigo de devassa muito real, com grave prejuízo para os bens jurídicos tutelados por esse segredo - a legalidade democrática, a segurança interna e a defesa nacional. Assim, para minimizar tal perigo, recomendar-se-ia, numa perspectiva de Direito a constituir, a criação de uma comissão restrita de juizes, na dependência do Conselho Superior da Magistratura, que se pronunciasse sobre a estrita necessidade de levantamento do segredo de Estado, em casos excepcionais de exercício do direito de defesa ou perseguição de crimes graves. Esse levantamento deveria ser rigorosamente restringido no plano das matérias e dos sujeitos processuais - que ficariam também vinculados ao segredo de Estado e não só ao segredo de justiça.

Resta acrescentar que o regime processual híper protetor do segredo de Estado que a nossa legislação consagra é complementado, ao nível substantivo, por uma incriminação de difícil aplicação. O artigo 316º do Código Penal prevê um crime de violação do segredo de Estado que, na sua forma base, é um crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa, incluindo jornalistas, mas a pena é agravada quando é praticado por alguém que teve acesso à matéria sujeita a segredo, em razão da sua função ou serviço ou de missão que lhe foi conferida - nºs 1 e 5). O tipo de crime abrange, amplamente, o ato de “transmitir, tornar acessível a pessoa não autorizada, ou tornar público, no todo ou em parte, e independentemente da forma de acesso, informação, facto ou documento, plano ou objeto que devem, em nome daqueles interesses, manter-se secretos” e corresponde-lhe uma penalidade

relativamente severa – de 2 a 8 anos, na forma básica e dolosa. No entanto, requer-se sempre a colocação em perigo de “interesses fundamentais do Estado Português”, numa lógica de crime de perigo concreto, em que o resultado perigo tem de ser provado caso a caso⁴⁹ (o que é difícil, em sede de prova, dada a natureza desse resultado).

f) Por seu turno, a violação do segredo de justiça, prevista no n.º 1 do artigo 371.º do Código Penal, é punível com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. Trata-se de um crime comum, isto é, pode ser cometido por qualquer pessoa e não apenas, por exemplo, por “operadores judiciais” (juizes, magistrados do Ministério Público e advogados), agentes de polícia criminal ou funcionários judiciais. Isso mesmo é revelado pela expressão “quem”, com a qual se inicia a descrição típica do crime.

Antes da reforma introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, o n.º 4 do artigo 86.º do Código de Processo Penal esclarecia que estavam sujeitos ao segredo de justiça os participantes processuais e as pessoas que tivessem contacto com o processo “e” (cumulativamente, segundo uma interpretação possível; em alternativa, segundo a interpretação contrária) tomassem conhecimento dos respetivos elementos. Ora, era difícil provar que quaisquer terceiros (incluindo jornalistas) haviam mantido contacto (direto) com o processo. A própria publicação de peças processuais não provava esse contacto, já que elas poderiam ter sido fornecidas de variadíssimas formas.

A publicação de notícias sobre factos abrangidos pelo segredo de justiça provaria, apenas, que ele teria sido violado, mas não que o jornalista fosse autor ou participante no crime. Na verdade, ele poderia ter tomado conhecimento do facto de modo fortuito e, quando se remetesse

⁴⁹ Neste sentido se pronuncia A. Medina de Seiza, *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, Tomo III, p. 118.

ao silêncio, os princípios da presunção de inocência (artigo 32º, nº 2, da Constituição) e *in dubio pro reo* deveriam bastar para lhe proporcionar a absolvição. Por outro lado, a invocação do sigilo profissional constituiria um modo plausível de o jornalista preservar as suas fontes. É de recordar, todavia, que o sigilo profissional cede, mesmo que legitimamente invocado, se o tribunal superior àquele perante o qual for invocado entender que há um valor mais importante a defender. É este o regime consagrado no artigo 135º, nº 3, do Código de Processo Penal, cuja aplicabilidade à comunicação social é expressamente reconhecida pelo nº 1 do artigo 11º do Estatuto do Jornalista.

Por conseguinte, o caminho mais seguro para um jornalista que quisesse preservar as suas fontes era remeter-se ao silêncio. Se fosse arguido, poderia fazê-lo, pois isso constitui uma garantia de defesa [artigos 32º, nº 1, da Constituição, e 61º, nº 1, alínea c), 141º, nº 4, e 343º, nº 1, do Código de Processo Penal]. Se fosse testemunha, também se poderia recusar a responder, alegando que das respostas resultaria a sua responsabilização penal (artigo 132º, nº 2, do Código de Processo Penal, cujo sentido é idêntico ao da 5ª Emenda da Constituição norte-americana⁵⁰). E até poderia pedir para ser constituído arguido, a fim de poder exercer os direitos de defesa, quando fosse alvo de diligências de investigação (artigo 59º, nº 2, do Código de Processo Penal).

⁵⁰ Introduzida em 1791, a Quinta Emenda determina que: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. O direito ao silêncio deduz-se do direito à não-auto incriminação.

A reforma penal de 2007 alterou os dados do problema. Com efeito, a Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, introduziu uma alteração ao artigo 371º do Código Penal (a última alteração a este Código foi aprovada pela Lei nº 69/2014, de 29 de agosto)⁵¹ que pretende garantir que o crime de violação pode ser cometido também por quem não tomou contacto com o processo, desde que aja dolosamente, nos termos gerais do artigo 13º do Código Penal: “quem, *independentemente de ter tomado contacto com o processo*, ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de ato de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, salvo se outra pena for cominada para o caso pela lei de processo”.

Acresce que o nº 8 do artigo 86º do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de agosto (a última alteração a este Código foi aprovada pela Lei Orgânica nº 2/2014, de 6 de agosto)⁵², também passou a prescrever, expressamente, que o segredo de justiça vincula todos os sujeitos e participantes processuais, bem como as pessoas que, *por qualquer título*, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes. Além disso, o nº 1 do artigo 88º do mesmo Código só permite aos órgãos de comunicação social, “dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de atos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral”. Os demais números deste artigo têm um cunho restritivo da liberdade de informação, para além do que seria imposto pelo próprio segredo de justiça, com base, designadamente, na tutela da reserva da intimidade da vida privada e familiar.

⁵¹ Esta última lei, que introduziu alterações pontuais, não modificou o artigo 371º do Código Penal.

⁵² Esta lei não alterou, igualmente, o artigo 88º do Código de Processo Penal.

7 – Liberdade de informação e sigilo profissional dos jornalistas

a) O sigilo profissional dos jornalistas tem um significado ambivalente, à luz do respetivo Estatuto. Na realidade, a alínea c) do artigo 6º inclui-o no âmbito dos direitos, como “garantia de sigilo profissional”, em princípio oponível *erga omnes*, ou seja, ao titular do órgão de comunicação social, à sua direção, aos colegas de ofício, ao público em geral e às próprias autoridades judiciais, dentro dos limites legalmente admitidos. Todavia, sem contradição, a alínea a) do nº 2 do artigo 14º prevê como dever a proteção da confidencialidade das fontes de informação, “na medida do exigível em cada situação”.

É certo que o sigilo profissional constitui, em ambas as facetas, condição do livre desempenho da atividade de jornalista e das próprias liberdades de informação e de imprensa. A sua tutela é imposta, em última instância, pelos artigos 37º e 38º da Constituição. A configuração da violação do dever de sigilo ou do segredo profissional como um ilícito disciplinar, civil (que desencadeia o dever de indemnizar, nos termos gerais) e penal é uma expressão dessa tutela. A dignidade penal da violação do dever profissional, em geral (e não apenas no caso dos jornalistas), resulta da importância dos bens jurídicos tutelados e da necessidade de fazer corresponder penas públicas às respetivas violações, tal como requer o princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, derivado do nº 2 do artigo 18º da Constituição⁵³.

A proteção destes bens jurídicos é completada por normas jurídicas de natureza diversa, ou seja, por normas jurídicas não sancionatórias, que

⁵³ Sobre a necessidade da pena e, em geral, os princípios constitucionais de Direito Penal, ver José de Sousa e Brito, “A Lei Penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, ed. Jorge Miranda, II, Lisboa, Petrony, 1978, p.197 e ss. Desenvolvidamente sobre o tema e sobre a jurisprudência constitucional, cf. a monografia de Fernanda Palma, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006 (reimp. 2011).

atribuem aos jornalistas o direito de se oporem à quebra do sigilo perante terceiros – incluindo as autoridades judiciais, nos termos previstos no artigo 11º do Estatuto e na lei processual. O sigilo transfigura-se, pois, num direito. No fundo, a Ordem Jurídica delega nos jornalistas, em certa medida, a defesa dos interesses acautelados pelo sigilo - mesmo contra o próprio poder judicial.

Cabe observar ainda que o direito-dever de sigilo abrange, amplamente, “arquivos jornalísticos de texto, som ou imagem das empresas ou quaisquer documentos suscetíveis de as revelar”, de acordo com o disposto no artigo 11º, nº 5, do Estatuto do Jornalista. O que interessa, decisivamente, é a substância do sigilo – e, em especial, a proteção das fontes – e não o seu suporte, como já salientou o Parecer nº 38/95, de 22 de fevereiro de 1996, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República⁵⁴.

b) Na dimensão de dever, cuja violação implica responsabilidade penal (nos termos gerais do artigo 195º do Código Penal), mas também responsabilidade civil (artigo 483º do Código Civil) e disciplinar deontológica (artigo 21º, nº 1, do Estatuto do Jornalista), o dever de sigilo pode ser violado, licitamente, em várias situações. A primeira está logo prevista na alínea a) do nº 2 do artigo 14º do Estatuto, que afirma que o dever de proteção das fontes cessa quando tentarem usar o jornalista para obter benefícios ilegítimos ou para veicular informações falsas.

Esta causa de justificação especial – é disso que se trata - vale para excluir a responsabilidade disciplinar, mas também a responsabilidade civil e a própria responsabilidade penal. Nestes casos, o jornalista não pode ser punido pela prática do crime previsto no artigo 195º do Código Penal, porque beneficia de uma causa de justificação – causa de

⁵⁴ Este parecer pode ser consultado numa base de dados, que é acessível através do endereço eletrónico www.pgr.pt.

justificação extrapenal, mas com eficácia penal, ante o disposto no artigo 31º, nº 1, do Código Penal: “o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela Ordem Jurídica considerada na sua totalidade”.

Num outro plano, as várias causas de justificação consagradas na Ordem Jurídica portuguesa também podem excluir, nos termos gerais, a ilicitude da violação do segredo profissional⁵⁵. Porém, tal como se referiu anteriormente, têm uma particular apetência justificadora desta conduta instituídos como a legítima defesa e o direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal). É lícito o jornalista quebrar o segredo para repelir uma agressão atual e ilícita contra si próprio ou outra pessoa e é igualmente lícito fazê-lo quando se revelar necessário para salvaguardar um interesse manifestamente superior (por exemplo, para evitar um atentado terrorista).

Diferente será a consequência jurídica do estado de necessidade desculpante (artigo 35º do Código Penal), embora também conduza à impunibilidade do jornalista. Com efeito, esse instituto pode eximir o jornalista de responsabilidade, mas não exclui a ilicitude do seu facto (tornando-o, se isso for materialmente viável, por exemplo, um alvo possível de legítima defesa). Assim, o jornalista que violar o dever de sigilo mediante coação (dita “psicológica” ou “moral” e prevista no artigo 255º do Código Civil) será desculpado, mas a sua conduta não é justificada (ou seja, não é considerada valiosa ou neutral pela Ordem Jurídica, ainda que não seja exigível, naquela situação, conduta diversa)⁵⁶.

⁵⁵ Ver, neste sentido, referindo expressamente o direito de necessidade, Alberto Arons de Carvalho, António Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo, *ob. cit.*, pp. 365-6.

⁵⁶ Acerca do tema da culpa em Direito Penal, são essenciais, na doutrina portuguesa, as obras de Jorge Figueiredo Dias, *Liberdade – Culpa - Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1977, e Fernanda Palma, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2008.

Por fim, a violação do dever de sigilo também se há de ter como justificada quando resultar de determinação de autoridade judiciária, emitida no âmbito das respectivas competências. Se um juiz ou um magistrado do Ministério Público impuserem ao jornalista a quebra do segredo – por exemplo, ao abrigo do artigo 135º do Código de Processo Penal, por considerarem, ainda que erroneamente, ilegítima a sua invocação –, esse jornalista não pode ser responsabilizado, em caso algum, pela violação de um dever, seja no âmbito criminal seja em sede disciplinar. Tal conclusão é logo imposta pela alínea c) do n.º 2 do artigo 31º do Código de Processo Penal, uma vez que está em causa uma “ordem legítima da autoridade”. A legitimidade que aqui se requer é formal, não podendo o jornalista ser punido devido vícios materiais da ordem dada por autoridade judiciária (por exemplo, errônea apreciação dos requisitos).

Além disso, não pode recair sobre o jornalista o ónus de exercer o direito de resistência contra a autoridade judiciária de que emana a ordem. Nos termos do artigo 21º da Constituição, “todos têm o direito (mas não o *dever*) de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias...”. Por seu turno, a possibilidade de oposição à decisão de mandar quebrar o segredo profissional está acautelada em termos processuais e, designadamente, através do instituto dos recursos (hoje configurado, de forma expressa, como garantia de defesa no processo penal, por força do n.º 1 do artigo 32º da Constituição). Essa possibilidade constitui o exercício de um direito processual, mas nunca implica a corresponsabilização pela decisão da autoridade judiciária.

Por outro lado, em matéria de ordens hierárquicas (na Função Pública), os artigos 271º, n.º 3 da Constituição, 38º, n.º 2, do Código Penal e 177º, n.º 5, Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho (Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas), determinam, numa norma de igual teor, que “cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou

instruções implique a prática de qualquer crime”⁵⁷. Esta norma, que constitui uma resposta à sacralização da obediência hierárquica na vigência da Constituição de 1933, é complementada por outras que excluem, em certas circunstâncias, a responsabilidade de quem acate uma ordem ilegítima, como os artigos 37º do Código Penal (que contempla uma modalidade especial de erro sobre a ilicitude⁵⁸) e 177º, nº 1, e 190º, nº 2, alínea e), da Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas (que consagram situações de isenção de responsabilidade disciplinar quando o trabalhador pediu a transmissão da ordem ilícita – mas que não conduz à prática de crime – por escrito ou com “boa intenção”, respetivamente).

Mas não é este, na verdade, o regime que temos chamar à colação quando uma autoridade judiciária determina a violação de um dever de sigilo. A obediência nunca pode acarretar, nesses casos, a responsabilização que se traduziria numa grosseira manifestação de má-fé por parte do Estado (tratar-se-ia de uma situação de *venire contra factum proprium*). Aliás, tratando-se de decisões de tribunais, o artigo 205º, nº 2, da Constituição prescreve que “... são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”.

Esta conclusão implica que a resposta às questões formuladas no pedido de parecer aponte, sobretudo, para o direito de recusar a cedência das chamadas imagens “em bruto”. Perante uma ordem formalmente legítima de autoridades judiciárias, não há, em rigor,

⁵⁷ Na verdade, a fonte desta norma foi o Projeto de Parte Geral de Código Penal português apresentado, em 1963, por Eduardo Correia.

⁵⁸ Ao estabelecer que “age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas”, a norma torna, aparentemente, mais compreensivo o critério geral de desculpa, baseado na não censurabilidade do erro, o que se explica pela posição de “subalternidade” do agente.

qualquer dever de resistência e, por conseguinte, quem acate tal ordem (proprietário, diretor, jornalista ou outro trabalhador) não será passível de responsabilidade – seja disciplinar, civil ou penal.

c) Na condição de direito, o sigilo profissional implica que os jornalistas se possam recusar, genericamente, a prestar declarações sobre matérias cobertas pelo segredo – protegendo, nomeadamente, a confidencialidade das suas fontes de informação. Esse direito perpassa, sobretudo, pelas disposições conjugadas dos artigos 135º do Código de Processo Penal e 11º do Estatuto do Jornalista – que densifica e, de certa forma, regula a citada norma processual penal.

Como vimos, o regime do Código de Processo Penal permite que o segredo profissional seja quebrado perante valores prevalecentes. Só o tribunal superior àquele em que foi suscitado o incidente pode determinar que o depoimento seja prestado, nos termos do artigo 135º, nº 3, do Código de Processo Penal. O nº 4 desse artigo obriga à prévia audição do organismo representativo, que é o Conselho Deontológico do Sindicato dos Jornalistas. Num outro plano, que não implica a quebra do segredo, porque se entende que ele foi indevidamente invocado, a autoridade judiciária perante a qual a questão se põs - juiz ou magistrado do Ministério Público - pode obrigar o jornalista a depor, nos termos do nº 2 do artigo 135º do Código de Processo Penal, depois de ouvir, também nessa situação, Conselho Deontológico do Sindicato dos Jornalistas.

A especialidade a ter em conta quando está em causa o sigilo profissional do jornalista é de fácil compreensão: não se trata de um direito exclusivamente relacionado com a livre escolha e o exercício da sua profissão (artigo 47º da Constituição), por um lado, e com a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º da Constituição), por outro lado. Estão também em jogo as liberdades de informação e de imprensa. Por isso, na ponderação a fazer, o direito

de sigilo do jornalista tem um peso tendencialmente reforçado em relação a outros direitos de sigilo profissional.

No essencial, é este valor reforçado que explica o regime do artigo 11º do Estatuto, que inclui várias normas inovadoras tendentes a reforçar a tutela do sigilo profissional dos jornalistas. Assim, o nº 2 consagra um direito de informação sobre o regime do sigilo (“as autoridades judiciais perante as quais os jornalistas sejam chamados a depor devem informá-los previamente, sob pena de nulidade, sobre o conteúdo e a extensão do direito à não revelação das fontes de informação”); o nº 3 prevê um direito de informação sobre o próprio depoimento (“... o tribunal deve especificar o âmbito dos factos sobre os quais o jornalista está obrigado a prestar depoimento”); o nº 4 permite que o depoimento sobre matéria sujeita a segredo seja prestado sem publicidade e fique sujeito ao segredo de justiça; o nº 5 proíbe os diretores de informação dos órgãos de comunicação social e os administradores ou gerentes das respetivas entidades proprietárias, bem como qualquer pessoa que nelas exerça funções, de divulgar as respetivas fontes de informação, incluindo os arquivos jornalísticos de texto, som ou imagem das empresas ou quaisquer documentos suscetíveis de as revelar, salvo mediante autorização escrita dos jornalistas envolvidos.

Esta última disposição, em especial, tem direta relevância para responder às questões formuladas no presente parecer, uma vez que impõe a audição prévia e formal dos jornalistas antes da cedência de gravações “em bruto”, na medida em que tais gravações podem estar, no todo ou em parte, sujeitas ao sigilo profissional. E a interpretação da norma estatutária tem de assentar no reconhecimento de que, *prima facie*, só o próprio jornalista pode ajuizar sobre a pertinência da invocação do direito-dever de sigilo.

d) Questão diversa, mas contígua ao tópico do sigilo profissional, é o relacionamento do jornalista com os outros segredos. Está obrigado um

jornalista (sempre, em alguns casos ou nunca) a guardar e não divulgar segredos – profissional, de funcionário, religioso, de Estado e de justiça – de que tenha tomado conhecimento? Estes segredos, que analisámos anteriormente, merecem o mesmo tratamento, quando confrontados com as liberdades de informação e de imprensa?

É necessário estabelecer uma distinção entre os segredos profissional, de funcionário e religioso, por um lado, e os segredos de Estado e de justiça, por outro. Os primeiros são segredos assentes em deveres especiais e a sua violação, quando punível, está prevista em crimes de dever. Os segundos referem-se a bens jurídicos tipicamente supra individuais, conexonados com a defesa do próprio Estado de direito democrático. Por isso, os deveres de sigilo profissional são tendencialmente incomunicáveis aos jornalistas, mas os jornalistas também estão vinculados, em certa medida, aos segredos de Estado e de justiça.

Um jornalista tem conhecimento de uma doença eventualmente incapacitante que atinge o titular de um órgão de soberania, por causa de uma inconfidência do seu médico assistente. Está vinculado ao segredo médico? E, se o “violar”, pode ser punido como participante num crime de violação do segredo profissional (de acordo com as disposições conjugadas dos artigos 195º e 28º do Código Penal)? Noutra situação, um jornalista descobre que alguém relatou a um padre um crime que cometeu, a coberto do segredo da confissão. Está vinculado a algum dever de sigilo?

Em todos estes casos, o jornalista não está obrigado por um dever de sigilo nem pode ser responsabilizado pela divulgação dos factos (ao contrário do médico, nos planos disciplinar, civil e penal, e do padre, nos termos do Código de Direito Canónico. As liberdades de informação e de imprensa constituem uma barreira que se opõe à expansão dos crimes de dever, cuja violação sustenta a tipificação dos ilícitos em presença. Esta conclusão é imposta logo pelo artigo 18º da

Constituição: a sujeição das liberdades de informação e de imprensa a tais restrições violaria as exigências de necessidade, adequação e proporcionalidade formuladas nesse artigo.

No plano infraconstitucional, estando em causa crimes específicos, podemos aplicar aqui a cláusula de restrição do artigo 28º: “se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respetiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, exceto se outra for a intenção da norma incriminadora”. Pode afirmar-se que a intenção da norma incriminadora (e do sistema penal no seu conjunto, ao tutelar a liberdade de imprensa) é contrária à extensão da tipicidade a “participantes” jornalistas, quando eles próprios não estejam sujeitos ao sigilo profissional, ou seja, quando se tratar de qualquer outro segredo profissional.

Diferentemente, um jornalista pode estar vinculado aos segredos de Estado e de justiça e ser responsabilizado pela respetiva violação. Com efeito, ao contrário do que sucede com o crime de violação do segredo de funcionário, que é específico próprio, os crimes de violação do segredo de Estado (artigo 316º do Código Penal) e de violação do segredo de justiça (artigo 371º do Código Penal) são comuns, isto é, podem ser cometidos por qualquer pessoa. No que respeita à violação do segredo de justiça, a alteração do artigo 371º do Código Penal introduzida pela Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, “reforçou”, como já vimos, a natureza comum, ao prever que o crime pode ser cometido por quem não tenha tomado contacto com o processo. E, como também observámos, o nº 8 do artigo 86º do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de agosto, determina que o segredo de justiça vincula as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes. Por fim, dissipando quaisquer dúvidas sobre a sujeição

dos jornalistas ao segredo de justiça, o n° 1 deste último artigo dirige injunções aos órgãos de comunicação social.

De todo o modo, apesar de poderem, sem dúvida, cometer os crimes de violação do segredo de Estado e do segredo de justiça no exercício da sua profissão, os jornalistas estão sujeitos a um crivo específico na delimitação desses ilícitos. As liberdades de informação e de imprensa geram uma lógica de justificação mais extensa, porque está em causa a procura de concordância prática entre direitos conflitantes, que tem de preservar, obrigatoriamente, a extensão e o alcance do conteúdo essencial daquelas liberdades, que beneficiam do regime do artigo 18º, n° 3, da Constituição. No plano jurídico-penal, esta afirmação encontra apoio na alínea b) do n° 2 do artigo 31º, que determina a exclusão da ilicitude quando o facto típico for praticado no exercício de um direito. O direito de informar gera aqui uma leitura restritiva da responsabilidade penal dos jornalistas, que não serão puníveis quando publiquem ou divulguem notícias com relevante interesse público.

A importância destas conclusões na dilucidação das questões colocadas na presente consulta concretiza-se na introdução de um elemento de ponderação relacionado com os segredos de Estado e de justiça. Afinal, embora, porventura, nos moldes restritivos que propusemos, proprietários, diretores, jornalistas e demais trabalhadores de órgãos de comunicação social estão vinculados a esses segredos e não se pode excluir a hipótese de a cedência de gravações “em bruto” os pôr em causa em alguma situação.

8 – A natureza jurídica das “gravações em bruto”

a) Depois de percorrer um conjunto de institutos jurídicos com relevância para o esclarecimento das questões formuladas - direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada; liberdades de expressão, de informação e de imprensa; direitos de reunião e de manifestação; crimes na comunicação social; liberdade de informação e

segredos, incluindo o sigilo profissional dos jornalistas -, interessa abordar agora o problema da natureza jurídica das “gravações em bruto”, isto é, das gravações cujo conteúdo não foi tornado público por operadores televisivos. A quem pertencem essas gravações? Quem pode dispor delas? Como se colocam, em relação a elas, os direitos de autor, o sigilo profissional dos jornalistas e direitos de terceiros constantes das gravações?

É indispensável começar por esclarecer a natureza jurídica dessas coisas corpóreas, à luz do Direito Civil português. Encarando os suportes materiais propriamente ditos, concluímos com facilidade que são coisas móveis, simples, não fungíveis, não consumíveis, indivisíveis, principais e presentes, para esgotar as classificações expressamente previstas no artigo 203º do Código Civil e procedendo a uma aplicação formal das definições contidas nos artigos subsequentes do mesmo Código.

Esta classificação não é irrelevante. Permite, por exemplo, concluir que as “gravações em bruto” podem ser objeto de vários crimes previstos no Código Penal, que requerem, como objeto da ação típica, a existência de uma “coisa móvel e alheia”⁵⁹. Estão em causa crimes contra a propriedade como o furto, o abuso de confiança, a apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada, o roubo e o dano, tipificados nos artigos 203º, 205º, 209º, 210º e 212º, respetivamente, do Código Penal.

Significa isto, no que interessa ao presente parecer, que as “gravações em bruto” podem ser furtadas, ilicitamente apropriadas, roubadas ou danificadas, como outra coisa móvel e alheia qualquer, nos termos gerais. Assim, se alguém as subtrair (com ou sem violência ou ameaça

⁵⁹ Sobre a distinção entre a obra e o seu suporte (e entre os direitos que recaem sobre uma e outro), ver Luís Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Coimbra: Almedina, 2011, pp, 71-4.

de violência), se apropriar delas após um empréstimo ou por simplesmente as ter achado ou as destruir ou inutilizar, é responsabilizado penalmente pela prática de um dos referidos ilícitos criminais. Esta afirmação vale, também, para os próprios agentes da autoridade que praticarem, fora do exercício das suas funções e competências, qualquer de tais condutas.

b) No entanto, o significado e a relevância jurídica das “gravações em bruto” transcendem, em muito, a classificação tradicional dos seus suportes à luz do Direito Civil. Estão em causa obras intelectuais, cuja autoria pode ser protegida. Neste preciso sentido, o n.º 1 do artigo 10.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, com a redação dada pela Lei n.º 82/2013, de 6 de dezembro) estabelece que “o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação”. E o n.º 1 do artigo 1.º do mesmo diploma legal define como obras, em termos amplos, “...as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas...”.

O direito de autor no âmbito da atividade jornalística é regulado pelos artigos 7.º-A, 7.º-B e 7.º-C do Estatuto do Jornalista e 174.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, que consagram um regime específico para os “jornalistas assalariados” ou vinculados por contrato de trabalho. Estes jornalistas “...têm direito a uma remuneração autónoma (da remuneração que lhes é devida nos termos do respetivo contrato de trabalho) pela utilização das suas obras protegidas pelo direito de autor” (artigo 7.º-B, n.º 1 do Estatuto do Jornalista).

Porém, “considera-se incluído no objeto do contrato de trabalho o direito de utilização de obra protegida pelo direito de autor, para fins informativos e pelo período de 30 dias contados da sua primeira disponibilização ao público, em cada um dos órgãos de comunicação

social, e respectivos sítios eletrônicos...” (artigo 7º-B, nº 3, do Estatuto do Jornalista). Fora deste contexto, a utilização da obra depende de disposições contratuais específicas (artigo 7º-B, nº 2, do Estatuto do Jornalista).

Em todas as situações, o direito de autor sobre trabalho jornalístico assalariado que comporte identificação de autoria, por assinatura ou outro meio, pertence ao autor, nos termos do artigo 174º, nº 1, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Todavia, o exercício das faculdades inerentes a este direito sofre restrições, porquanto “salvo autorização da empresa (...) o autor não pode publicar em separado o trabalho (...) antes de decorridos três meses sobre a data em que tiver sido posta a circular a publicação em que haja sido inserido” (artigo 174º, nº 2, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos).

Quando, pelo contrário, os trabalhos não estiverem assinados ou não contiverem identificação, o direito de autor será atribuído à empresa (artigo 174º, nº 3, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos). Importa observar, contudo, que os jornalistas têm sempre o direito de assinar, ou de identificar através do seu nome profissional (registado na Comissão da Carteira Profissional de Jornalista), as obras de que sejam autores ou em que tenham participado, bem como o direito de reivindicar a todo o tempo a sua autoria (artigo 7º-A, nº 2, do Estatuto do Jornalista).

As dificuldades suscitadas por este regime jurídico, essencialmente resultante da conjugação de dois diplomas legais, advêm de duas aparentes lacunas, de difícil preenchimento. A primeira resulta de as normas legais citadas só se referirem, literalmente, a jornais, esquecendo a rádio e a televisão. A genérica inclusão das “obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas”, a par das “obras fotográficas”, no elenco de obras originais a tutelar, por força das alíneas f) e h) do nº 1 do artigo 2º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, está longe de solucionar todos os

problemas. É certo que se poderá sustentar a aplicação analógica dessas normas à rádio e à televisão, mas a falta de regulação específica gera dificuldades interpretativas.

Em segundo lugar, a legislação referida – tanto o Estatuto do Jornalista como o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – não responde a uma questão crucial, que se coloca quando está em causa a atividade jornalística. Onde começa, materialmente, a “obra original” que justifica a tutela conferida ao direito de autor? A descrição formal de uma reunião, a filmagem de uma tomada de posse ou a fotografia da fachada de um tribunal incluem-se, sempre, nesse âmbito, desde que a sua autoria esteja determinada?

Será viável traçar uma distinção entre, por exemplo, uma escrita que parece não envolver criação e uma obra com dignidade e carência de tutela. São, decerto, critérios culturais e de adequação social que permitem traçar a fronteira. Porém, em caso de dúvida, deve recorrer-se ao mecanismo previsto no artigo 7º-C do Estatuto do Jornalista, procedendo-se a uma interpretação extensiva do seu âmbito: “na ausência de acordo quanto às condições de utilização das obras protegidas e aos montantes devidos, qualquer dos interessados pode solicitar a intervenção de uma comissão de arbitragem, a constituir por iniciativa e junto da Comissão da Carteira Profissional de Jornalista”.

De qualquer forma, é manifesta a necessidade de o legislador intervir nesta matéria, para suprir as referidas lacunas. O direito de autor assume hoje uma importância e uma mobilidade que reivindicam a atualização de regimes legais concebidos na era do suporte escrito por excelência (que ignoram as novas formas de criação e comunicação que habitam a internet e as redes sociais). Da inércia legislativa, só poderá resultar um agravamento da crise do direito de autor⁶⁰.

⁶⁰ Esta crise é potenciada, presentemente, pelas amplas oportunidades de aceder a obras musicais, literárias ou cinematográficas através da internet.

c) As “gravações em bruto” podem estar sujeitas ao regime do direito de autor, embora não tenham sido editadas. Apesar do disposto no artigo 174º, nº 3, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, a falta de assinatura não pode assumir aqui um significado decisivo, tendo em conta que se trata de gravações cujo conteúdo não foi ainda tornado público. De resto, como vimos, os jornalistas têm sempre o direito de assinar ou identificar através do seu nome profissional, e de reivindicar a todo o tempo, as obras de que sejam autores ou em que tenham participado (artigo 7º-A, nº 2, do Estatuto do Jornalista).

Ora, se as gravações estiverem sujeitas ao regime do direito de autor, a sua cedência a terceiros para visionamento ou exibição depende não só de ato de cedência do operador televisivo mas também de autorização do próprio autor. No entanto, se estiver em causa um pedido ou uma ordem de autoridade judiciária ou de polícia criminal, a questão não se coloca no plano do direito de autor, mas antes ao nível dos direitos (e deveres) dos jornalistas – incluindo o direito (e dever) de sigilo e o direito (e dever) de proteção das fontes.

Com efeito, as imagens de uma manifestação, por exemplo, podem revelar uma fonte do jornalista, ao indicar o lugar onde estão alguns agentes provocadores ou até polícias não fardados. Só quem participou na recolha das imagens pode avaliar se a sua cedência ou exibição põe em causa o direito-dever de sigilo profissional e o direito-dever de proteção das fontes. Por isso, a eventual cedência das “gravações em bruto” não pode processar-se sem prévia audição, em matéria de sigilo profissional e proteção das fontes, dos jornalistas que as produziram.

Aplica-se, neste caso, o nº 5 do artigo 11º do Estatuto do Jornalista, que proíbe os diretores de informação dos órgãos de comunicação social e os administradores ou gerentes das respetivas entidades proprietárias, bem como qualquer pessoa que nelas exerça funções, de divulgar as respetivas fontes de informação, incluindo os arquivos jornalísticos de texto, som ou imagem das empresas ou quaisquer

documentos suscetíveis de as revelar, salvo mediante autorização escrita dos jornalistas envolvidos. Esta norma não diz apenas respeito a declarações, mas também, como é óbvio, a imagens constantes de fotografias ou gravações.

9 - Os poderes das autoridades judiciárias e dos órgãos e autoridades de polícia criminal

a) Em que condições podem as autoridades judiciárias ou de polícia criminal ordenar que lhes sejam entregues “gravações em bruto”? A resposta a esta questão envolve o esclarecimento dos poderes e competências dos juizes, magistrados do Ministério Público e autoridades e órgãos de polícia criminal relativamente à obtenção de um eventual meio de prova que pode colidir com os direitos, liberdades e garantias precedentemente referidos. Por outro lado, importa questionar se os agentes de forças e serviços de segurança podem determinar a entrega daquelas gravações fora do contexto da investigação criminal e do processo penal.

No domínio do processo penal, o pedido de cópias ou de visionamento das gravações inscreve-se na atividade probatória regulada no artigo 171º e seguintes do Código de Processo Penal. Em última instância, se documentar a prática de um crime, a gravação pode ser apreendida, ao abrigo do artigo 178º, nº 1, parte final, do Código de Processo Penal: “são apreendidos os objetos (...) suscetíveis de servir a prova”. A identificação das entidades competentes para determinar ou efetuar a apreensão dá-nos a chave da resposta para a pergunta sobre as entidades que têm legitimidade para pedir (ou exigir) a cedência (ou o visionamento) de “gravações em bruto”.

Em geral, e nos termos do artigo 178º, nº 3, do Código de Processo Penal, as apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho de autoridade judiciária, ou seja, de juiz ou de magistrado do Ministério Público - circunscrevendo-se as competências destes últimos

à fase de inquérito, de que detêm a direção, por força do artigo 263º do Código de Processo Penal e em conformidade com o disposto no artigo 219º, nº 1, da Constituição.

Contudo, os órgãos de polícia criminal - todas as entidades e agentes policiais a quem caiba praticar atos ordenados por uma autoridade judiciária ou atinentes ao processo penal, nos termos da alínea c) do artigo 1º do Código de Processo Penal - também podem, a título excepcional, efetuar apreensões no decurso de revistas ou de buscas ou quando houver urgência ou perigo na demora - por exemplo, perigo de destruição da coisa a apreender (artigos 178º, nº 4, e 249º, nº 2, do Código de Processo Penal). Todavia, o órgão de polícia criminal terá de sujeitar a apreensão a validação pela autoridade judiciária competente, no prazo máximo de 72 horas (artigo 178º, nº 5, do Código de Processo Penal).

b) O regime descrito sofre, no entanto, um importante desvio por causa do direito-dever de sigilo profissional dos jornalistas (e também, mais remotamente, do segredo de Estado, ao qual, como vimos, também os jornalistas podem estar sujeitos, nos termos gerais). Na verdade, a invocação do segredo profissional ou do segredo de Estado perante a autoridade judiciária paralisa a apreensão, nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 182º do Código de Processo Penal.

Aplicar-se-á, então, o regime dos segredos profissional e de Estado, que analisámos anteriormente (artigos 135º e 137º do Código de Processo Penal). No caso do segredo profissional, a autoridade judiciária pode entender que a invocação é ilegítima (imaginem-se que está em causa, por exemplo, material pornográfico que envolve menores) e determinar que se proceda à apreensão. Contudo, terá de ser ouvido antes o organismo representativo - o Conselho Deontológico do Sindicato dos Jornalistas -, o que deve inviabilizar uma apreensão imediata. No caso de se considerar legítima a invocação, só a intervenção do tribunal superior, após audição do organismo representativo, pode determinar a quebra

do segredo profissional, com fundamento na existência de um interesse preponderante (na descoberta da verdade, realização da justiça ou prevenção da criminalidade).

Por seu turno, a invocação do segredo de Estado - por um jornalista ou por qualquer outra pessoa - remete a última palavra sobre a apreensão para o Primeiro-Ministro (artigos 33º, nº 2, e 33º-A, nº 3, da Lei Quadro do SIRP), tal como sucede quanto à prestação de depoimento. Como já referimos, este regime, que atribui ao poder executivo a última palavra e desconsidera o poder judicial, mesmo quando está em causa o direito de defesa, parece inconciliável com os princípios da separação e interdependência de poderes (artigo 2º da Constituição) e da independência dos tribunais (artigo 203º da Constituição).

c) O artigo 182º do Código de Processo Penal contempla, pois, a possibilidade de alguém (suspeito, arguido ou qualquer participante no processo) opor a uma autoridade judiciária os segredos profissional e de Estado (e também de funcionário, que aqui não tem relevância), paralisando uma apreensão. Todavia, não se prevê a hipótese de ser um órgão de polícia criminal a pretender efetuar a apreensão, a título excecional, no decurso de revistas ou de buscas ou quando houver urgência ou perigo na demora – por exemplo, perigo de destruição da coisa a apreender (artigos 178º, nº 4, e 249º, nº 2, do Código de Processo Penal). *Quid juris?*

Seria absurdo concluir que um órgão de polícia criminal poderia realizar uma apreensão nestas circunstâncias, atribuindo-lhe um poder superior ao das próprias autoridades judiciárias, das quais depende funcionalmente. Deve entender-se, pois, que a autoridade judiciária goza aqui de uma “competência reservada”, por força das disposições conjugadas dos artigos 182º, nº 1, e 135º, nº 1, do Código de Processo Penal, tal como concluiu o Parecer nº 45/2012, de 4 de janeiro de 2013, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que foi

homologado pelo Ministro da Administração Interna⁶¹ e vincula os órgãos de polícia criminal dependentes dele (Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras), nos termos do artigo 43º, nº 1, do Estatuto do Ministério Público (Lei nº 47/86, de 15 de outubro, com a redação dada pela Lei nº 9/2011, de 12 de abril).

Se dúvidas houvesse, à luz do Código de Processo Penal, quanto a esta conclusão, o artigo 11º, nº 6, do Estatuto do Jornalista dissipá-las-ia por completo: “a busca em órgãos de comunicação social só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz, o qual preside pessoalmente à diligência, avisando previamente o presidente da organização sindical dos jornalistas com maior representatividade para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente, sob reserva de confidencialidade”.

Este regime é similar ao previsto nos nºs 5 e 6 do artigo 177º do Código de Processo Penal para escritórios de advogado, consultórios médicos e estabelecimentos oficiais de saúde e corresponde a uma manifestação da importância das liberdades de informação e de imprensa no âmbito do processo penal. Sendo a busca um pressuposto (crono)lógico da apreensão, torna-se indiscutível a necessidade de intervenção imediata de um juiz – e não, genericamente, de uma autoridade judiciária – na apreensão dos materiais e na ponderação do sigilo profissional dos jornalistas.

De resto, o nº 7 do artigo 11º do Estatuto do Jornalista concebe ainda a hipótese de a apreensão ocorrer fora das instalações dos órgãos de comunicação social e continua a exigir a intervenção de juiz: “O material utilizado pelos jornalistas no exercício da sua profissão só pode ser apreendido no decurso das buscas em órgãos de comunicação social (...) ou efetuadas nas mesmas condições noutros lugares mediante

⁶¹ Cf. *Diário da República*, 2.ª série, nº 14, de 21 de janeiro de 2013.

mandado de juiz, nos casos em que seja legalmente admissível a quebra do sigilo profissional”.

Em suma, no caso específico do direito-dever de sigilo profissional dos jornalistas que seja posto em causa pelo acesso a materiais passíveis de apreensão, é forçoso concluir que o nº 2 do artigo 135º do Código de Processo Penal foi derogado por legislação especial superveniente (precisamente os nºs 6 e 7 do artigo 11º do Estatuto do Jornalista) e que só um juiz (mas já não um magistrado do Ministério Público) pode apreciar a legitimidade da invocação do segredo. E é igualmente obrigatório considerar que a mencionada “competência reservada” para a apreensão dos referidos materiais pertence hoje, afinal, aos juízes e não, genericamente, às autoridades judiciárias, como pretende o Parecer nº 45/2012, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, anteriormente citado.

d) Confinando a consulta que suscitou o presente parecer ao âmbito do processo penal, o que acaba de se expor constitui resposta bastante. Porém, é necessário ter em conta que as polícias, que são órgãos de polícia criminal (nos termos da Lei nº 49/2008, de 27 de agosto, com a redação dada pela Lei nº 34/2013, de 16 de maio – Lei da Organização da Investigação Criminal), possuem uma dupla natureza – são também forças ou serviços de segurança, responsáveis pela manutenção da segurança interna (nos termos da Lei nº 53/2008, de 29 de agosto, com a redação dada pela retificação 66-A/2008, de 28 de outubro – Lei de Segurança Interna). Ora, poderão as forças e os serviços de segurança, à margem do processo penal, pedir (ou exigir) a cedência (ou o visionamento) de “gravações em bruto”?

O artigo 29º da Lei de Segurança Interna inclui no elenco das chamadas “medidas especiais de polícia” “a apreensão temporária de armas, munições, explosivos e substâncias ou objetos proibidos, perigosos ou sujeitos a licenciamento administrativo prévio”. É evidente que esta medida pode ser aplicada a jornalistas, mas não se concebe com

facilidade a hipótese de ela pôr em causa as liberdades de informação e de imprensa, o segredo profissional e a proteção das fontes. Em todo o caso, é absolutamente claro que tal medida não é extensiva à apreensão de “gravações em bruto”.

Sendo esta a única hipótese em que uma apreensão, ainda que temporária, é prevista como medida de polícia, apenas se admite que as forças e os serviços de segurança possam, fora do âmbito do processo penal, pedir ou exigir a cedência ou o visionamento de “gravações em bruto” em situações de estado de necessidade do Estado, impregnadas de uma lógica justificante similar à da legítima defesa ou do direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal).

Assim, se for necessário visionar com urgência uma gravação não editada, para identificar alguém que está prestes a consumir um atentado terrorista ou outro crime grave, é justificado um pedido ou até uma exigência de cedência ou de visionamento. Fora desse contexto, apenas se concebe a possibilidade de uma cedência voluntária e de cortesia, com respeito por eventuais direitos de autor e pelo direito-dever de sigilo (ou seja, com autorização dos jornalistas envolvidos), e desde que não sejam igualmente postos em causa direitos de terceiros – designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. É perfeitamente admissível que os operadores televisivos, por exemplo, forneçam a uma força ou a um serviço de segurança a “gravação em bruto” de uma cerimónia do seu aniversário.

e) Um último cenário a considerar na atividade dos órgãos de polícia criminal, em conexão com os órgãos de comunicação social, é o das ações encobertas. É concebível a utilização de jornalistas em ações encobertas – por exemplo, através da recolha de imagens em que seria difícil ou mesmo impraticável a intervenção da polícia? Um jornalista pode servir de agente encoberto, como “homem de confiança” da Polícia Judiciária ou até, já fora do âmbito da investigação criminal, dos

Serviços de Informações da República Portuguesa – Serviço de Informações de Segurança e Serviço de Informações Estratégicas e de Defesa⁶²?

O regime das ações encobertas para fins de investigação criminal está previsto na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto (com a redação dada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto). Nos termos do n.º 2 do seu artigo 1.º, tais ações são da competência exclusiva da Polícia Judiciária⁶³ – “podem ser desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária”. Por outro lado, o recurso às ações encobertas é restrito à prevenção ou repressão de um (vasto) conjunto de crimes graves, elencados exaustivamente no artigo 2.º da mesma lei.

O catálogo legal engloba os seguintes crimes: homicídio voluntário (se o agente não for conhecido); crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual a que corresponda pena superior a 5 anos de prisão (se o agente não for conhecido ou houver ofendidos menores de 16 anos ou incapazes); tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; tráfico de pessoas; organizações terroristas e terrorismo; captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia, a que corresponda pena igual ou superior a 8 anos de prisão; crimes executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objetos armadilhados, armas nucleares, químicas ou

⁶² Sobre o regime das ações encobertas na investigação criminal e nas informações, ver “O “agente encoberto” na Ordem Jurídica portuguesa”, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, C.E.J., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 11 e ss., e *I Congresso de Processo Penal* (coordenação de Manuel Guedes Valente, Azeredo Lopes *et al.*), Coimbra: Almedina, 2005, p. 225 e ss.

⁶³ Aparentemente há um desfasamento entre esta norma e as normas da Lei de Organização da Investigação Criminal, que atribuem à GNR, à PSP e ao SEF competência para investigar crimes que admitem ações encobertas.

radioativas; roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; associações criminosas; tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; branqueamento; corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada ou através da informática; infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; contrafação ou passagem de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados; crimes relativos ao mercado de valores mobiliários.

As ações encobertas, nas quais ninguém pode ser obrigado a participar (artigo 3º, nº 2), devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais e estão sujeitas a exigências de proporcionalidade (artigo 3º, nº 1), competindo ao juiz de instrução autorizar a sua realização, mediante proposta do Ministério Público (artigo 3º, nº 3). Os agentes que, no âmbito da ação encoberta, observando tais exigências de proporcionalidade, praticarem atos preparatórios ou de execução de uma infração (ou forem coautores ou cúmplices) são isentos de responsabilidade penal. Porém, serão puníveis se tiverem atuado como instigadores ou autores mediatos – isto é, como “agentes provocadores”.

Desta descrição sumária do regime legal não resulta, de modo nenhum, a proibição de um jornalista ser agente encoberto. Assim, se um jornalista atuar como tal beneficiará da cláusula de impunibilidade. Os problemas que se colocam, no entanto, em sede de deontologia são da maior gravidade. O jornalista (como, eventualmente, o advogado, para dar um exemplo paralelo) que se serve do seu estatuto profissional para praticar uma ação encoberta quebra irremediavelmente a sua relação de confiança com o público, no âmbito do exercício dos direitos de informar e ser informado.

Aliás, o Estatuto do Jornalista proíbe expressamente, no artigo 3º, nº 1, alínea c), o exercício de funções em serviços de informação e segurança

ou em qualquer organismo ou corporação policial e, mais amplamente, prescreve aos jornalistas o dever de recusar funções ou tarefas suscetíveis de comprometer a sua independência e integridade profissional, no artigo 14º, nº 1, alínea c). A conclusão a extrair aponta, por conseguinte, para a incompatibilidade do estatuto de jornalista com a condição de agente encoberto. Todavia, essa incompatibilidade só pode gerar, eventualmente, responsabilidade disciplinar, por violação de deveres profissionais – e não responsabilidade penal pela prática de ações encobertas. Este regime compreende-se, uma vez que a responsabilidade disciplinar é mais ampla do que a responsabilidade penal, que é orientada por um princípio de intervenção mínima derivado do artigo 18º, nº 2, da Constituição.

Esta conclusão vale, com as necessárias adaptações, para ações encobertas praticadas em colaboração com os Serviços de Informações da República Portuguesa. Cumpre observar, contudo, que as ações encobertas praticadas neste contexto são apenas pressupostas com “parcimónia”, mas não propriamente reguladas. Na verdade, o nº 1 do artigo 12º da Lei nº 9/2007, de 19 de fevereiro, com a redação dada pela Lei nº 50/2014, de 13 de agosto (Orgânica do Secretário-Geral do SIRP, do SIED e do SIS), prevê a hipótese de os funcionários e agentes do SIED e do SIS que exerçam funções em departamentos operacionais, terem identidades codificadas e categoria e documentos legais de identidade alternativa, o que se traduz na assunção de que podem praticar ações encobertas. No entanto, essas ações não se incluem no âmbito da investigação criminal e os seus autores não beneficiam da já referida cláusula de impunibilidade. Estão por sua conta e risco e apenas poderão justificar as suas condutas através das causas de justificação gerais – nomeadamente, a legítima defesa e o direito de necessidade.

A genérica incompatibilidade do estatuto de jornalista com a condição de agente encoberto só pode ser posta em crise em situações graves de estado de necessidade do Estado, como, por exemplo, a iminência de

atentado terrorista ou de homicídio de reféns. Dificilmente se poderá recusar, nesses casos extremos, a eficácia justificante de institutos como a legítima defesa ou o direito de necessidade para excluir a ilicitude (também) das próprias faltas disciplinares.

10 – Conclusões

a) A consulta questiona, em primeiro lugar, quais são os princípios e normas constitucionais e legais aplicáveis à cedência (ou autorização de visionamento) de “gravações em bruto” por operadores televisivos. Esses princípios e normas foram identificados ao longo do presente parecer, mas serão agora objeto de uma referência sistematizada. Não se trata de mencionar todos os diplomas e artigos citados, mas apenas aqueles que constituem fundamento direto ou indireto das respostas.

Assim, no âmbito Constituição, foram especialmente relevantes para fundamentar as respostas os artigos 18º (Força jurídica – dos direitos, liberdades e garantias), 26º (Outros direitos pessoais), 27º (Direito à liberdade e à segurança), 32º (Garantias de processo criminal), 34º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência), 37º (Liberdade de expressão e informação), 38º (Liberdade de imprensa e meios de comunicação social), 39º (Regulação da comunicação social), 40º (Direitos de antena, de resposta e de réplica política), 41º (Liberdade de consciência, de religião e de culto), 45º (Direito de reunião e de manifestação), 47º (Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública), 203º (Independência – dos tribunais), 205º (Decisões dos tribunais), 219º (Funções e estatuto – do Ministério Público), 266º (Princípios fundamentais – da Administração Pública), 271º (Responsabilidade dos funcionários e agentes), 272º (Policia) e 273º (Defesa nacional).

No domínio do Código Civil, merecem destaque os artigos 70º (Tutela geral da personalidade), 79º (Direito à imagem), 255º (Coação moral),

337º (Legítima defesa), 339º (Estado de necessidade) e 483º (Princípio geral – da responsabilidade civil por factos ilícitos).

Ao nível do Código Penal, importa indicar os artigos 28º (Ilícitude na participação), 31º (Exclusão da ilicitude), 32º (Legítima defesa), 34º (Direito de necessidade), 35º (Estado de necessidade desculpante), 36º (Conflito de deveres), 37º (Obediência indevida desculpante), 180º (Difamação), 181º (Injúria), 183º (Publicidade e calúnia), 192º (Devassa da vida privada), 193º (Devassa por meio de informática), 195º (Violação de segredo), 197º (Agravação - de crimes cometidos na comunicação social), 199º (Gravações e fotografias ilícitas), 316º (Violação do segredo de Estado), 348º (Desobediência) e 371º (Violação de segredo de justiça).

No plano do Código de Processo Penal, cabe referir, em especial, os artigos 61º (Direitos e deveres processuais), 86º (Publicidade do processo e segredo de justiça), 125º (Legalidade da prova), 132º (Direitos e deveres da testemunha), 135º (Segredo profissional), 136º (Segredo de funcionários), 137º (Segredo de Estado), 141º (Primeiro interrogatório judicial de arguido detido), 178º (Objetos suscetíveis de apreensão e pressupostos desta), 182º (Segredo profissional ou de funcionário e segredo de Estado), 187º (Admissibilidade – das escutas), 188º (Formalidades das operações – de interceção de comunicações), 189º (Extensão - do regime das escutas), 249º (Providências cautelares quanto aos meios de prova), 252-A (Localização celular) e 343º (Declarações do arguido).

Passando às leis avulsas, deve mencionar-se um conjunto de diplomas que regulam a atividade dos jornalistas ou lhes dizem respeito: Estatuto do Jornalista (Lei nº 1/99, de 1 de janeiro, com a redação dada pela Lei nº 64/2007, de 6 de novembro, e pela Retificação nº 114/2007, de 20 de dezembro), Lei de Imprensa (Lei nº 2/99, de 13 de janeiro, com a redação dada pela Lei nº 19/2012, de 8 de maio), Lei da Entidade Reguladora da Comunicação Social (Lei nº 53/2005, de 8 de novembro), Lei da Televisão (Lei nº 27/2007, de 30 de julho, com a redação dada

pela Lei n.º 40/2014, de 9 de julho), Regime de Organização e Funcionamento da Comissão da Carteira Profissional de Jornalista e da Acreditação Profissional dos Jornalistas (Decreto-Lei n.º 70/2008, de 15 de abril), Lei da Rádio (Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, com a redação dada pela Lei n.º 38/2014, de 9 de julho).

No campo da utilização de sistemas de videovigilância, merecem realce os seguintes diplomas: Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, sujeita à Retificação n.º 22/98, de 28 de novembro), Lei n.º 1/2005, de 10 de janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2012, de 23 de fevereiro (regula o recurso à videovigilância pelas forças de segurança em locais públicos de utilização comum), Decreto-Lei n.º 207/2005, de 27 de novembro (regula os meios de vigilância eletrónica rodoviária utilizados pelas forças de segurança), Lei n.º 51/2006, de 29 de agosto (regula a utilização de sistemas de vigilância rodoviária pela “Estradas de Portugal - S.A.” e pelas concessionárias rodoviárias), Lei n.º 33/ 2007, de 13 de agosto (regula a instalação e utilização de sistemas de videovigilância em táxis) e Lei n.º 34/2013, de 16 de maio (autoriza a utilização de sistemas de videovigilância pelos serviços de segurança privada e de autoproteção).

No contexto mais geral da legislação penal avulsa e da legislação de justiça e de segurança, temos de considerar os seguintes diplomas: Lei n.º 30/84, de 5 de setembro, com a redação dada pela Lei Orgânica n.º 4/2014, de 13 de agosto (Lei Quadro do Sistema de Informações da República Portuguesa), Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, com a redação dada pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril (Estatuto do Ministério Público), Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, com a redação dada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto (Regime das Ações Encobertas), Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira), Decreto-Lei n.º 238/2004, de 18 de dezembro, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 283/2007, de 13 de agosto (Regime Jurídico Aplicável à Utilização de Aeródinos de Voo

Livre e Ultraleves), Lei nº 9/2007, de 19 de fevereiro, com a redação dada pela Lei nº 50/2014, de 13 de agosto (Orgânica do Secretário-Geral do SIRP, do SIED e do SIS), Lei nº 38/2008, de 6 de agosto, com a redação dada pela Lei nº 26/2010, de 30 de agosto (Orgânica da Polícia Judiciária), Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto, com a redação dada pela Lei nº 34/2013, de 16 de maio), Lei de Segurança Interna (Lei nº 53/2008, de 29 de agosto, sujeita à Retificação nº 66-A/2008, de 28 de outubro), Lei nº 73/2009, de 12 de agosto (Sistema Integrado de Informação Criminal), Lei do Cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de setembro), Decreto-Lei nº 58/2012, de 14 de março, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 146/2012, de 12 de Julho (Orgânica da Inspeção-Geral da Administração Interna), Lei Orgânica nº 2/2014, de 6 de agosto (Regime do Segredo de Estado).

Acrescenta-se ainda a menção de três diplomas que foram relevantes para encontrar as respostas às perguntas da consulta mas não se enquadram nas categorias anteriormente referidas: Decreto-Lei nº 406/74, de 29 de agosto, com a redação dada pela Lei Orgânica nº 1/2011, de 30 de Novembro (Regime das Reuniões e Manifestações), Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de março, com a redação dada pela Lei nº 82/2013, de 6 de dezembro) e Lei nº 35/2014, de 20 de Junho (Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas).

Por fim, justifica-se uma referência, em sede de direito extra estatal, ao Código de Direito Canónico, promulgado em 25 de janeiro de 1983 pelo Papa João Paulo II, que entrou em vigor em 27 de novembro do mesmo ano.

b) Que entidades têm legitimidade para pedir ou exigir a cedência ou o visionamento de “gravações em bruto”?

No processo penal, o pedido de cópias ou de visionamento das gravações integra-se na atividade probatória prevista no artigo 171º e seguintes do Código de Processo Penal. Se documentar a prática de crime, a gravação pode ser apreendida, ao abrigo do artigo 178º, nº 1, parte final, do mesmo Código. Ora, nos termos do nº 3 desse artigo, as apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho de autoridade judiciária (juiz ou magistrado do Ministério Público). Os órgãos de polícia criminal também podem efetuar apreensões no decurso de revistas ou buscas ou quando houver urgência ou perigo na demora (artigos 178º, nº 4, e 249º, nº 2, do Código de Processo Penal), devendo, nesse caso, sujeitar a apreensão a validação pela autoridade judiciária competente no prazo de 72 horas (artigo 178º, nº 5, do Código de Processo Penal).

Todavia, o artigo 11º, nº 6, do Estatuto do Jornalista determina que as buscas em órgãos de comunicação social só podem ser ordenadas ou autorizadas por juiz, que preside pessoalmente a essas diligências, devendo avisar antes o presidente do Sindicato dos Jornalistas, para ele também poder estar presente ou se fazer representar por um seu delegado. Assim, só com intervenção de juiz (e não de magistrado do Ministério Público ou de órgão de polícia criminal) pode haver apreensão de gravações para visionamento. Aliás, o nº 7 do artigo 11º continua a exigir a intervenção de juiz se a apreensão ocorrer fora das instalações dos órgãos de comunicação social (por exemplo, na residência do jornalista).

Porém, a invocação do segredo profissional perante o juiz paralisa a apreensão, nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 182º do Código de Processo Penal. Aplicar-se-á, então, o regime do artigo 135º do mesmo Código. Se o juiz entender que a invocação é ilegítima pode determinar a apreensão, mas tem de ouvir antes o Conselho Deontológico do Sindicato dos Jornalistas (o que inviabiliza, de novo, uma apreensão imediata). No caso de o juiz considerar, pelo contrário, legítima a

invocação do segredo, só a intervenção do tribunal superior, após audição do Sindicato dos Jornalistas, pode determinar a quebra desse segredo, com fundamento na existência de um interesse mais valioso, que pode estar associado à descoberta da verdade, à realização da justiça ou à prevenção da criminalidade.

Fora do processo penal, apenas se admite que as forças e os serviços de segurança peçam a cedência ou o visionamento de “gravações em bruto” em situações de estado de necessidade do Estado – por exemplo, na iminência de um atentado terrorista. Estará em causa “o exercício de um direito”, nos termos do artigo 31º, nº 1, alínea b), do Código Penal. Trata-se de uma lógica justificante similar à da legítima defesa ou do direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal). Já a Lei nº 53/2008, de 29 de agosto, com a redação dada pela retificação 66-A/2008, de 28 de outubro (Lei de Segurança Interna) não tem aqui aplicação, uma vez que se limita a admitir a apreensão temporária de armas, munições, explosivos e substâncias ou objetos proibidos, perigosos ou sujeitos a licenciamento administrativo prévio, não incluindo gravações.

Para além deste contexto, só é lícita a quaisquer entidades em casos excepcionais de legítima defesa e de direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal), por um lado, e, por outro lado, a título de cortesia, desde que sejam respeitados eventuais direitos de autor, salvaguardado o direito-dever de sigilo e não sejam postos em causa direitos de terceiros, como o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

c) A questão sobre as circunstâncias e os fundamentos com que podem ser formulados os pedidos de cedência ou de autorização de visionamento de “gravações em bruto” já foi objeto de resposta indireta. Vimos que há três “cenários” possíveis para essa cedência ou autorização: investigação criminal, situações de justificação e relações de mera cortesia.

No quadro do processo penal, só pode haver uma busca desses materiais com intervenção de juiz e na presença do Presidente do Sindicato dos Jornalistas ou seu representante. A subsequente apreensão depende de prévia audição do Conselho Deontológico do Sindicato dos Jornalistas e de uma decisão que conclua que não estão em causa matérias sujeitas a segredo profissional ou que esse segredo deve ser levantado em nome de um interesse prevalecente, tomada pelo tribunal superior (artigos 11º, nº 6, do Estatuto do Jornalista e 135º e 182º, nºs 2 e 3, do Código de Processo Penal).

As forças e os serviços de segurança também podem pedir a cedência ou o visionamento de gravações em situações excepcionais de estado de necessidade do Estado para evitar atentados terroristas ou outros crimes graves. Para suportar esta conclusão, pode invocar-se o artigo 31º, nº 1, alínea b), do Código Penal, visto que está em causa “o exercício de um direito”. Além disso, quaisquer entidades, públicas ou privadas, também poderão pedir a cedência ou o visionamento de gravações desde que se verifiquem os pressupostos e requisitos da legítima defesa ou do direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal).

Nas relações de cortesia, pode ser autorizada a cedência ou o visionamento de gravações a quaisquer entidades, com respeito pelos direitos de autor e pelo direito-dever de sigilo e desde que não sejam postos em causa direitos de terceiros, como o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

d) Os pedidos de cedência ou de autorização de visionamento de gravações não editadas não têm uma direta relação com as questões de estatuto, autonomia e responsabilidade editoriais. Na verdade, não se trata de saber como se garante a “observância de uma ética de antena”, quem orienta e supervisiona os conteúdos ou quais são as competências de diretores, responsáveis pela informação e conselhos de redação nessa matéria (artigos 35º e 36º da Lei da Televisão).

Nestas situações, os princípios deontológicos e a ética profissional dos jornalistas (artigo 36º, nº 1) podem estar em jogo, é certo, mas na exata medida em que a cedência ou autorização de visionamento de gravações não editadas possam pôr em causa direitos de autor, o direito-dever de sigilo profissional ou até mesmo, em situações mais improváveis, o próprio segredo de Estado. Por isso, os jornalistas que participaram na recolha das imagens têm de ser consultados antes da cedência ou autorização de visionamento, para se poderem pronunciar sobre tais matérias (e, muito em especial, sobre o segredo profissional).

Porém, a autorização formal de cedência ou visionamento compete ao operador de televisão - alínea n) do artigo 2º da lei da Televisão. O que está em causa, no essencial, é o relacionamento externo de um “serviço de programas televisivo” - alínea t) do artigo 2º da lei da Televisão -, fora do contexto da sua normal atividade. Por conseguinte, a entidade à qual deve ser dirigido o pedido (e que possui competência para lhe dar resposta depois de efetuar as necessárias consultas) é o operador de televisão, que, como é óbvio, pode confiar essa responsabilidade, por exemplo, ao diretor, no âmbito do contrato de trabalho com ele celebrado ou dos regulamentos da empresa.

De todo o modo, seria da maior utilidade os vários serviços de programas televisivos definirem com transparência e clareza as normas internas a seguir na cedência e autorização de gravações – editadas e não editadas – garantindo o respeito por direitos de autor e pelo segredo profissional e definindo, designadamente, quem assume a capacidade de decisão e representação externa. A aprovação destas normas internas evitaria indefinições e eventuais conflitos de competências indesejáveis. Assim, a Entidade Reguladora da Comunicação Social poderia promover a adoção destes mecanismos de auto regulação, ao abrigo do artigo 9º da citada Lei nº 53/2005.

e) Por fim, pergunta-se que procedimentos devem adotar os operadores de televisão na cedência ou autorização de visionamento de “gravações em bruto”, à luz do regime jurídico aplicável.

Como vimos, o artigo 182º do Código de Processo Penal permite que se oponha o segredo profissional (ou o segredo de Estado) a uma autoridade judiciária, paralisando uma apreensão. Porém, o artigo 11º, nº 6, do Estatuto do Jornalista exige que a busca em órgãos de comunicação social seja ordenada ou autorizada por juiz, que preside pessoalmente à diligência, avisando antes o presidente do Sindicato dos Jornalistas, para ele poder estar presente ou se fazer representar por um seu delegado. E esta reserva de juiz estende-se aos casos em que a apreensão ocorre fora das instalações dos órgãos de comunicação social, nos quais se continua a exigir intervenção de juiz, nos termos do nº 7 do artigo 11º.

Assim, o operador de televisão (ou o diretor, se lhe for atribuída essa competência pelo operador) deve consultar os jornalistas que participaram na recolha das imagens acerca da possibilidade de invocar o segredo profissional (e, porventura, o regime do segredo de Estado). Se o direito-dever de sigilo houver de ser invocado, o operador deve fazê-lo perante a autoridade judiciária (*rectius*, juiz). Será aconselhável, também, que o operador e o jornalista informem o Sindicato dos Jornalistas do sucedido, para este poder exercer as suas competências legais.

Nas situações excepcionais de estado de necessidade do Estado, de legítima defesa ou de direito de necessidade (artigos 337º e 339º do Código Civil e 32º e 34º do Código Penal), cabe ao operador de televisão ponderar a justificação da cedência ou da autorização de visionamento, ante a situação concreta que constitui o seu substrato. No entanto, o operador deve consultar, também nesta hipótese, os jornalistas que participaram na recolha das imagens que têm a perceção do valor dos interesses que podem conflitar com a situação de defesa ou

necessidade que foi invocada para justificar a cedência ou o visionamento.

Se apenas estiverem em causa uma cedência ou um visionamento autorizados por razões de cortesia, é necessário respeitar eventuais direitos de autor e o direito-dever de sigilo profissional, para além de se exigir que não sejam postos em causa direitos de terceiros – designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Por isso, também aqui têm de ser consultados os jornalistas que participaram na recolha das imagens.

Rui Pereira

(Professor Catedrático Convidado no ISCSP e no ISCPSI)