



Universidade do Minho
Escola de Direito

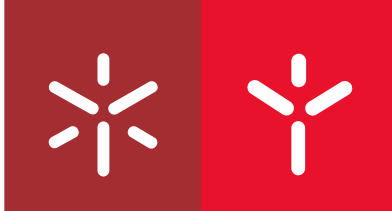
Ana Rita Leal da Costa Pereira

**Poder Judicial e Comunicação Social: para
uma Visão Atualista**

Ana Rita Leal da Costa Pereira **Poder Judicial e Comunicação Social: para uma Visão Atualista**

UMinho | 2015

outubro de 2015



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Leal da Costa Pereira

**Poder Judicial e Comunicação Social: para
uma Visão Atualista**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do
**Professora Doutora Joana Maria Madeira de
Aguiar e Silva**

Nome: Ana Rita Leal da Costa Pereira

Endereço electrónico: aritalcp@gmail.com

Número do Bilhete de Identidade: 236710184

Título dissertação:

Poder Judicial e Comunicação Social: para uma Visão Atualista

Orientador:

Professora Doutora Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado:

Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária)

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

Um especial agradecimento à Senhora Professora Doutora Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva, minha orientadora, por todo o apoio, dedicação, disponibilidade, compreensão, rigor e partilha do Saber.

PODER JUDICIAL E COMUNICAÇÃO SOCIAL: PARA UMA VISÃO ATUALISTA

Com o presente estudo, analisaremos, numa perspetiva atual, a relação problemática entre o Poder Judicial, mormente no âmbito penal, e os meios de Comunicação Social. Entendemos que os *media* interferem com a *praxis* judiciária e, conseqüentemente, com o Direito. No seu todo, para além da problematização, iremos apresentar uma proposta de solução que contribua para o melhor exercício da justiça.

Os problemas judiciários que surgem da relação supracitada são vários e de natureza distinta. Neste estudo, cingir-nos-emos apenas a dois que acabam por ter, inevitavelmente, repercussões a nível jurídico, dando origem, de igual modo, a dois problemas jurídico-constitucionais.

Assim, dividiremos esta dissertação em duas partes.

Numa primeira parte, exporemos e analisaremos os problemas judiciários detetados: a influência dos *media* na determinação judicial da pena e na isenção do juiz; e os problemas jurídico-constitucionais que, na nossa opinião, decorrem dos primeiros: violação do princípio da culpa em matéria de penas e do princípio da presunção de inocência. Chegaremos à conclusão de que existe um conflito entre os princípios *supra* referidos e a liberdade de expressão e de informação.

Para uma melhor contextualização da problemática em causa, recorreremos a estudos sociológicos que se debruçam sobre a influência dos *media* nas sociedades modernas, bem como a análises da Psicologia que versam sobre os processos de tomada de decisão dos juízes.

Na segunda parte, começaremos por apresentar uma primeira hipótese de solução – restrição legislativa da liberdade de expressão, na vertente do direito de informação. Tomaremos como exemplo o *criminal contempt of court*, do direito inglês, e exploraremos a hipótese de medida semelhante ser adotada em Portugal, tendo em consideração o princípio da proporcionalidade e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente ao direito de informação por parte dos *media*.

Por último, na tomada de posição, optaremos pela adoção do diálogo entre os atores judiciais e os jornalistas. O diálogo que proporcione a aproximação, a cooperação, a compreensão mútuas, assim como a partilha de saberes. Este será o caminho que melhor cumprirá a função social de ambos: servir o cidadão.

JUSTICE AND MEDIA: FOR AN UPDATED APPROACH

The main purpose of this study is to analyse the problematic relationship between Judiciary, specially in criminal law, and Mass Media. We think that media interferes with law praxis and therefore, with Law as a whole. For that reason, we will not only analyse the problem as we will also try to offer a solution for a better administration of justice.

There are several judicial problems caused by the relationship between justice and media. In this study, we will focus on two of them and also on the constitutional problems caused by them.

Therefore we will divide this study in two parts.

On the first part we will analyse the judicial problems both the fact that mass media influence the determination of judicial punishment and the judge's own impartiality and the constitutional problems which are caused by the previous: violation of the principles of guilt with regard to punishment and presumption of innocence. There is a conflict between these principles and the right to freedom of expression and information.

For a better contextualization of this issue we will use sociological studies on the effects of mass media on modern society as well as psychological analysis about judicial decision making.

On the second part we will try to present a first solution hypothesis: the legal restriction of freedom of expression and information. We will analyse the criminal contempt of court institute from english law and we will explore the hypothesis of the implementation in Portugal of a similar measure, considering the principle of proportionality and the jurisprudence of European Court of Human Rights regarding the right to freedom of expression and information used by mass media.

At last, in our making position, we will go for adoption of dialogue between judicial actors and journalists. A dialogue which may be able to provide proximity, cooperation, mutual comprehension, as well as knowledge sharing. This will be the better way to fulfil the social function of both of them: to serve the citizen.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	xiii
INTRODUÇÃO.....	15
PARTE I - PODER JUDICIAL E COMUNICAÇÃO SOCIAL: UMA RELAÇÃO CONTURBADA. PROBLEMAS JUDICIÁRIOS E JURÍDICOS.	17
CAPÍTULO I - OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NAS DEMOCRACIAS MODERNAS	19
1. Contributo da Sociologia	19
1.1. Introdução	19
1.2. Critérios de noticiabilidade: consequências para o público	23
1.3. Distinção entre comunicação social e justiça aquando da análise de crimes e casos judiciais.....	25
2. Comunicação social como ‘Quarto Poder’	27
2.1. Introdução	27
2.2. Normatividade plural – concorrência entre o poder judicial e o poder da comunicação social	28
2.3. A mediatização da justiça: deslegitimação dos tribunais?	33
2.4. Apontamentos conclusivos	37
CAPÍTULO II - PROBLEMAS JUDICIÁRIOS	39
1. Determinação concreta da pena	39
1.1. Questões preliminares contextuais	39
1.2. Procedimento de determinação da pena	42
1.2.1. Fases da determinação judicial da pena	43
1.3. Influência do mediatismo na determinação concreta da pena	51
2. Isenção do juiz.....	57
2.1. Poder Judicial enquanto Terceiro Poder do Estado de Direito Democrático	57
2.2. O paradigma oitocentista da interpretação jurídica	59
2.3. A mudança do paradigma oitocentista: a discricionariedade judicial	61
2.4. A influência da comunicação social sobre o processo de tomada de decisão judicial	67
CAPÍTULO III - PROBLEMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS RESULTANTES DOS PROBLEMAS JUDICIÁRIOS	77
1. Princípio da culpa em matéria de penas	77
1.1. Notas introdutórias	77
1.2. Enquadramento sistemático.....	81
1.3. Apresentação do problema: violação do princípio da culpa em matéria de penas	81
2. Princípio da presunção de inocência.....	83
2.1. Notas introdutórias	83

2.2. Enquadramento sistemático.....	90
2.3. Apresentação do problema: violação do princípio da presunção de inocência	91
CAPÍTULO IV - O DIREITO DE INFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO.....	93
1. Nota introdutória	93
2. Evolução constitucional	93
3. Enquadramento sistemático	97
CAPÍTULO V - ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO DE INFORMAÇÃO, PRINCÍPIO DA CULPA EM MATÉRIA DE PENAS E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	101
1. Considerações iniciais sobre os direitos fundamentais em geral.....	101
1.1. Processo de reconhecimento	101
1.2. Contexto histórico: o surgimento	102
1.3. Atualidade.....	108
1.4. Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa	110
2. Ponto da situação: direitos fundamentais em conflito	112
PARTE II – PODER JUDICIAL E COMUNICAÇÃO SOCIAL: PARA O (R)ESTABELECIMENTO DA RELAÇÃO. PROPOSTA DE SOLUÇÃO.....	113
CAPÍTULO I - RESTRIÇÃO LEGAL DO DIREITO DE INFORMAÇÃO – UMA POSSIBILIDADE EM ANÁLISE	115
1. Regime de restrições de direitos, liberdades e garantias: art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa	115
1.1. Nota introdutória.....	115
1.2. Requisitos substanciais das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.....	115
2. Liberdade de expressão (em sentido amplo) no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	120
3. A aplicação do regime de restrições legislativas ao direito de informação.....	122
3.1. O caso do direito inglês: <i>criminal contempt of court</i>	122
3.2. Verificação dos requisitos substanciais da lei restritiva do direito de informação	123
CAPÍTULO II - TOMADA DE POSIÇÃO: A APROXIMAÇÃO PELO DIÁLOGO COM BASE NA FUNÇÃO SOCIAL	127
1. Nota introdutória	127
2. Princípio da publicidade em processo penal e direito de informação dos meios de comunicação social.....	128
2.1. Princípio da publicidade em processo penal.....	128
2.2. Potencialização do princípio da publicidade do processo através da atuação da comunicação social: benefícios para a realização da justiça.....	131
3. Tomada de posição: a aproximação pelo diálogo com base na função social	132
3.1. Teorização	133
3.2. Aplicação prática	135
3.3. Apontamentos conclusivos.....	136
CONCLUSÕES	137

BIBLIOGRAFIA.....	143
JURISPRUDÊNCIA.....	151
ANEXOS.....	153

ABREVIATURAS

CRP - Constituição da República Portuguesa

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

INTRODUÇÃO

O **objeto** deste estudo consiste na análise dos problemas judiciários e jurídicos resultantes da relação entre o poder judicial e os meios de comunicação social, bem como na apresentação de possíveis soluções. Abordaremos, sobretudo, os problemas judiciários existentes no âmbito do processo penal, devido ao facto de este ser o mais explorado pelos *media*, pelo seu carácter de espetacularidade.

Assim, optaremos pela seguinte estrutura: na primeira parte vamos expor os problemas judiciários que detetámos e os seus consequentes problemas jurídico-constitucionais; na segunda parte, apresentaremos hipóteses de solução e a opção que consideramos ser a que melhor satisfaz os interesses dos cidadãos, isto é, que contribui para a melhor realização da justiça, sem deixar de garantir o direito de informação dos *media*.

Relativamente à **metodologia** adotada, começaremos pela enunciação dos problemas que os meios de comunicação social geram nas democracias modernas. Para tal, recorrer-se-á a estudos sociológicos, pois é a Sociologia que constata e estuda os problemas da sociedade e que alerta para a influência que os meios de comunicação social exercem sobre todas as áreas da sociedade e para a imiscuição dos mesmos no poder judicial, assumindo-se, desta forma, como Quarto Poder.

De seguida, recorreremos ao Direito Penal, à Metodologia do Direito e à Psicologia que nos auxiliarão na análise dos problemas judiciários. São eles, respetivamente, a influência dos *media* na determinação judicial da pena e na isenção do julgador.

Os problemas jurídico-constitucionais detetados, que decorrem dos supracitados problemas judiciários, baseiam-se, por um lado, na violação dos princípios constitucionais da pena de multa em matéria de penas e da presunção de inocência e, por outro lado, no conflito entre estes e a liberdade de expressão, na vertente do direito de informação. É através do Direito Constitucional que detetamos estes problemas e é com ele que pretendemos solucioná-los. Deste modo, após o enquadramento constitucional dos princípios elencados, analisaremos a possível restrição legislativa do direito de informação, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. No entanto, devido à nossa integração europeia, não nos poderemos cingir ao direito interno, pelo que analisaremos, igualmente, a legislação e a jurisprudência europeias, mormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e alguns acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que versam sobre a possibilidade de restrição do direito de informação (direito integrado na liberdade de expressão em sentido amplo).

Na apresentação de propostas de solução, recorreremos ao Direito Comparado, uma vez que uma das nossas hipóteses será a possibilidade de adoção de uma medida restritiva do direito de informação, à semelhança do *criminal contempt of court* do direito inglês. Concluiremos pela impossibilidade de adoção de norma semelhante no nosso país, devido ao nosso regime restritivo de direitos, liberdades e garantias e também porque entendemos que os meios de comunicação social podem prestar o seu contributo para o melhor exercício da justiça, sobretudo por poderem potenciar o princípio da publicidade, exigido no Processo Penal.

Por último, a **escolha** deste tema justifica-se pela sua atualidade e pertinência. De facto, no mundo globalizado, os meios de comunicação social são os principais transmissores de notícias, dominando o espaço da opinião pública. No que à Justiça diz respeito, os *media*, por vezes, extrapolam a sua função de mediadores entre aquela e os cidadãos. Tal provoca o descrédito e, com ele, a deslegitimação do poder judicial. Para além disso, enquanto Quarto Poder fático, acabam por interferir na própria *praxis* judiciária, causando os problemas já referidos. Entendemos que a continuação desta relação conturbada entre o poder judicial e os meios de comunicação social, em última *ratio*, acaba por prejudicar aqueles por quem os mesmos deveriam, primordialmente, atuar: os cidadãos.

Urge encontrar uma solução que, se não conseguir pôr fim, pelo menos reduza este problema, através do estabelecimento de uma relação harmoniosa e de cooperação entre o poder judicial e a comunicação social, para o prosseguimento de uma função comum a ambos: a função social.

PARTE I

PODER JUDICIAL E COMUNICAÇÃO SOCIAL: UMA RELAÇÃO CONTURBADA.

PROBLEMAS JUDICIÁRIOS E JURÍDICOS

CAPÍTULO I

OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NAS DEMOCRACIAS MODERNAS

1. CONTRIBUTO DA SOCIOLOGIA

1.1. Introdução

Se, por um lado, os meios de comunicação social geraram a abundância de informação e a democratização da cultura para a generalidade dos cidadãos, por outro lado, não deixa de ser verdade que os mesmos trouxeram o aparecimento de “desequilíbrios que estão a verificar-se no relacionamento entre o poder político democrático e o sistema mediático e entre os cidadãos, desequilíbrios geradores de distorções no princípio da representação democrática e na proteção de direitos fundamentais dos cidadãos”¹. É este o postulado que serve de ponto de partida para a nossa investigação.

A expressão *mass media*, vulgarmente difundida, significa massas e meio, respetivamente, tendo origem no inglês e no latim. Deste modo, pretende-se gerar uma cultura de massas, caracterizada pela homogeneidade.

A comunicação social acaba por conduzir à estandardização das massas, ou seja, um conjunto de indivíduos anónimos, sem rosto e sem traços distintivos que, após receberem a informação, vão destrinchá-la no seu quotidiano, quer individualmente quer em grupo². Os órgãos de comunicação social transmitem informação, através de entrevistas, reportagens ou telejornais, destituída de neutralidade, atuando como “mecanismos de formação de opiniões”³, dissuadindo e persuadindo aquando das suas mediações.

A partir de 1939, desde um estudo publicado por Serge Tchakhotine, prevaleceu a corrente, designada por teoria hipodérmica, segundo a qual os *media* tinham um poder quase ilimitado para modelar as consciências, exercendo uma ‘persuasão clandestina’, associada a uma ideia de

¹ Daniel Proença de CARVALHO – *Os Meios de Comunicação Social nas Democracias Modernas* [Em linha]: Conselho Nacional de Educação. [Consult. 07 Maio 2014]. Disponível em WWW:URL:<http://cnedu.pt/content/artigo/files/pub/EducacaoComunicacaoSocial/5-MeiosComunicacao.pdf>.

² Carla SILVEIRA e António NUNES – *Justiça, Comunicação Social e Poder*. Lisboa: Livros Horizonte, 2000, p. 12.

³ *Idem*, p. 12.

manipulação, em que o emissor era o único ator da comunicação e o recetor recebia a mensagem de forma passiva. Tal corrente baseava-se na ideia de que a relação entre os *media* – emissores – e os cidadãos – recetores – se baseava num esquema de estímulo-resposta, idêntico à reflexologia pavloviana⁴.

Mais tarde, e até 1960, a teoria hipodérmica foi substituída por um novo paradigma, o paradigma dos ‘efeitos limitados’, segundo o qual a mensagem transmitida pelos *media* não é diretamente difundida, sendo sujeita a uma filtragem por parte do tecido social. Recusava-se a ideia de ‘sociedade de massa’; ao invés, o indivíduo passava a ser considerado como um ser “socialmente situado, integrado ou identificado com grupos que têm algum poder ou influência sobre as ideias e é capaz de descodificar e criticar as mensagens”⁵.

A teoria dos ‘efeitos limitados’ desdobrava-se em duas versões:

- i. a que defende que a influência exercida pelos *media* é passível de filtragem por determinados fatores (fórmula ‘*two-step flow of communication*’). Deste modo, “certas pessoas que são relativamente mais expostas aos média transmitem o que vêem, ouvem ou lêem àqueles que lhes estão mais próximos e que se encontram menos expostos” (Katz e Lazarsfeld)⁶. Estas pessoas designam-se por ‘*leaders de opinião*’ e funcionariam como filtros, estando, contudo, a potencial influência que exercem sujeita “à personificação de certos valores (quem é quem), à sua competência (o que sabe quem) e à posição social estratégica que ocupa”⁷.
- ii. a que defende que os *media* desempenham funções com utilidades e proveitos (*uses and gratifications*). Desta forma, os efeitos dos *media* estariam associados a uma estrutura de necessidades do destinatário: necessidades cognitivas, necessidades afetivas e estéticas, necessidades de integração a nível da personalidade, necessidades de integração a nível social e necessidades de evasão⁸.

A década de 70 foi marcada pelo regresso à ideia de influência massiva e direta dos órgãos de comunicação social, derivada do surgimento dos conceitos ‘*agenda-setting*’ e ‘*espiral do silêncio*’⁹. O paradigma dos ‘efeitos limitados’ deu lugar à corrente dos ‘efeitos cumulativos’, em que os *media*

⁴ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*. Coimbra: Minerva, 1999, p. 68.

⁵ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 69.

⁶ Autores citados por Gregory DERVILLE *apud* Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit. p. 69.

⁷ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 69.

⁸ Mauro WOLF – *Teorias da comunicação*. 4ª ed., Lisboa: Editorial Presença, 1995, pp. 62 e 65 *apud* Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 69.

⁹ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 69.

desempenham um importante papel na construção da realidade e, conseqüentemente, na formação da opinião pública.

Devido à complexidade e diferenciação social das sociedades industriais, são os *media* que definem o que é importante, prioritário e atual¹⁰.

Sendo a ‘agenda’ de acontecimentos e informações determinada pelos órgãos de comunicação social (quer pelo jornalista isoladamente considerado, quer pela instituição ou organização, ou pelo sistema comunicativo em geral¹¹), o público só conhece e valoriza os aspetos da vida coletiva que aqueles transmitem, deixando de possuir mecanismos de defesa, o que põe em causa a teoria dos ‘efeitos limitados’¹².

Quanto à hipótese da ‘espiral do silêncio’, sustentada por Elisabeth Noelle-Neumann, esta consiste em não transmitir ideias que poderão ser suscetíveis de marginalização no futuro. Para tal, é avaliada a relação de força entre os diversos pontos de vista do espaço público e procede-se a uma antecipação do sentido em que seguirá a opinião pública algum tempo mais tarde. Como defende a referida autora, “a tendência para exprimir num caso e guardar silêncio no outro engendra um processo em espiral que instala gradualmente uma opinião dominante”¹³.

A sociologia aceita que as comunicações de massa se caracterizam, maioritariamente, por desigualdade, solipsismo, irracionalidade e disfuncionalidade. Os seus efeitos e conseqüências projetam-se a longo prazo, uma vez que, mesmo sem intervir diretamente, as comunicações influenciam o modo como o destinatário vê a realidade¹⁴.

Neste mesmo sentido, YVONNE JEWKES¹⁵ menciona um certo grau de distorção que está patente nas visões do mundo proporcionadas pelos meios de comunicação social, constituindo estas *prismas*, e não espelhos ou janelas, o que revela a existência de diferentes perspetivas de uma mesma realidade, cuja variação depende do ângulo em que são observadas.

Nos termos desta autora, essa distorção depende de dois fatores, que são a apetência das audiências e o interesse público.

Estes decorrem da avaliação de jornalistas e editores em contextos organizacionais e estruturais que constituem um condicionalismo ao processo de produção de notícias¹⁶.

¹⁰ *Idem*, p. 71.

¹¹ Enric SAPERAS – *Os efeitos cognitivos da comunicação de massas*. 2ª ed. Porto: Edições Asa, 2000, pp. 57 e ss.

¹² Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 70.

¹³ Gregory DERVILLE *apud* Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴ Mario WOLF – *Teorias da comunicação*, *op. cit.*, pp. 126 *apud* Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵ Yvonne JEWKES – *Media & Crime*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004, p. 37.

¹⁶ *Idem*, p. 149.

Relativamente à apetência de audiências, esta é mensurável. O problema coloca-se na determinação do interesse público. É aos jornalistas, enquanto intermediários ou mediadores, que cabe a responsabilidade de ponderar e gerir os vários interesses em questão, “... quer sejam o interesse público, o interesse da fonte ou, diríamos até, o interesse comercial inerente à divulgação de determinada informação”¹⁷.

Relativamente às fontes, a sociologia entende que o processo da informação recebida não é linear, produzindo, por outro lado, ‘efeitos circulares e de retorno’.

De acordo com CUNHA RODRIGUES, os conceitos de informação e opinião, que deveriam ser bem demarcados¹⁸, confundem-se, os jornalistas estão sujeitos à pressão das redações e os processos de utilização das fontes são menos criteriosos¹⁹. Daí que seja “notório o pessimismo de alguns autores quanto à possibilidade de se harmonizar a liberdade de expressão com a liberdade ilimitada de mercado”²⁰.

Quanto aos efeitos da comunicação, por um lado, destaca-se a importância dos ‘*leaders de opinião*’ enquanto filtros das mensagens, por outro lado, a atenção e transmissão da informação seletiva por parte dos *media* contribui para a fixação de objetivos económicos, sociais, culturais ou políticos²¹.

Assim, os meios de comunicação social exercem duas funções muito importantes:

- i. no que toca à absorção da incerteza, que se realiza “quando as consequências deduzidas de um conjunto de provas, são comunicadas no lugar das próprias provas”, provocando a inexactidão da comunicação e a dificuldade do recetor de a valorar e ajuizar²²;
- ii. no que se refere à formação de representações simbólicas, os *media* exercem um forte poder de persuasão ao legitimar, descredibilizar, reforçar ou transformar “representações que exprimem a diferença, o contraste ou o antagonismo entre grupos ou correntes de opinião”²³.

¹⁷ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*. Porto: Edições Afrontamento, 2011, p. 149.

¹⁸ Vide ponto 1 do Código Deontológico do Jornalista, de 4 de Maio de 1993 *apud* Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar, op. cit.* p. 175.

¹⁹ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar, op. cit.*, pp. 46-47.

²⁰ *Idem*, p. 72.

²¹ *Ibidem*.

²² Lucien SFEZ – “A Comunicação”. *Col. Epistemologia e Sociedade*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 59.

²³ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar, op. cit.*, p. 72.

1.2. Critérios de noticiabilidade: consequências para o público

Essencialmente, os órgãos de comunicação social fazem a cobertura de casos judiciais, de âmbito criminal, “transmitindo para o cidadão um retrato parcial, fragmentado e frequentemente distorcido”²⁴. Os casos criminais têm uma maior cobertura mediática pelo facto das questões penais se relacionarem “com aspetos essenciais da vida em comunidade mas também pela maior adesão que suscitam dos consumidores dos produtos noticiosos”²⁵.

Cumpra compreender quais são os casos merecedores de destaque mediático, ou seja, quais os critérios de noticiabilidade que permitem a escolha de determinados casos criminais e judiciais em detrimento de outros.

Os sociólogos HELENA MACHADO e FILIPE SANTOS²⁶, partindo de YVONNE JEWKES²⁷, elencam doze critérios ou fatores associados a um crime ou caso judicial que conduzem à sua exposição e respetivo escrutínio público: (i) limiar; (ii) previsibilidade; (iii) simplificação; (iv) individualismo; (v) risco; (vi) sexo; (vii) celebridades ou pessoas de elevado estatuto; (viii) proximidade; (ix) violência; (x) espetacularidade ou imagens fortes; (xi) crianças; (xii) ideologia conservadora e manobras políticas.

O ‘limiar’ relaciona-se, por um lado, com o grau percecionado do conteúdo dramático de uma história (que pode variar, dependendo da escala local, nacional ou global do órgão noticioso) e, por outro lado, com “... critérios adicionais de noticiabilidade ou com o relacionamento com outras estórias, constituindo uma série. Ex: «vaga de assaltos»...”.

Quanto ao primeiro aspeto do limiar, este pode ser concretizado da seguinte forma: uma estória pode ter interesse público a nível local ou regional, devendo, nesse caso, ser transmitida pela rádio ou jornal locais, mas já não ter interesse a nível nacional e, nessa medida, não ser difundida pelos canais de televisão, que operam nesse nível. Neste caso, a estória não ultrapassou o limite de importância a nível local. Se tivesse ultrapassado, poderíamos estar já no âmbito do interesse público a nível nacional

Relativamente ao segundo aspeto, tomando como análise o exemplo supracitado, quando ocorrem pequenos crimes locais, à partida, a sua notícia teria interesse, apenas, para os meios de comunicação locais. Contudo, na existência de, não somente um crime, mas série de pequenos

²⁴ Filipe SANTOS – “Tensões e equilíbrios na mediatização da justiça: as perspetivas dos atores”. In *VII Congresso Português de Sociologia* [Em linha]. Porto: Faculdade de Letras, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, 19 a 22 de junho de 2012, p. 7 [Consult. 19 nov. 2015]. Disponível em WWW:URL:http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0486_ed.pdf.

²⁵ Rui do CARMO – “Os Tribunais administram a justiça em nome do povo”. In Rita Basílio Simões, Carlos Camponez e Ana Teresa Peixinho (org.) – *Justiça e Comunicação: o diálogo (im)possível*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 151-152.

²⁶ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, op. cit., pp. 148-149.

²⁷ Yvonne JEWKES – *Media & Crime*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004 *apud* Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, op. cit., p. 148.

crimes (como, por exemplo, uma vaga de assaltos), o limite de interesse local, parece ser ultrapassado, pelo que, a estória obtém uma importância merecedora de ser difundida a nível nacional.²⁸

A ‘previsibilidade’ tem que ver com eventos programados de que os meios de comunicação social tomam conhecimento de antemão e que, pressupõe, *a priori*, a seleção do enquadramento. De acordo com YVONNE JEWKES, os *media* determinam previamente a abordagem que pretendem dar a determinado caso, influenciando o prisma através do qual este será visto pelo público²⁹. Quando está em causa a cobertura mediática de casos judiciais, a construção do caso que permite a definição da situação ocorre em fases anteriores ao julgamento, tendo-se, muitas vezes, em consideração informação que nem sempre encontra correspondência na efetiva situação jurídica.

A ‘simplificação’ constitui “a redução da complexidade de um caso judicial a termos que nem sempre estão conformes com a realidade jurídica”³⁰, tornando-se a estória mais sucinta, com o objetivo de lhe atribuir maior clareza. A falta de informação completa poderá acarretar interpretações acríicas por parte do público, bem como unanimidade nas suas reações emocionais, condenando moralmente os transgressores³¹.

O critério ‘individualismo’ leva a que o relato mediático, por um lado, enfatize o indivíduo e as suas características, enquanto criminoso, vítima ou pessoas próximas da vítima e, por outro lado, desvalorize a responsabilidade social relativamente ao ato moralmente condenável, praticado por um indivíduo que é considerado desajustado por adotar uma conduta desviante face à maioria³².

No tocante ao ‘risco’, destaca-se a exploração de sentimentos de insegurança que determinada notícia provoca no público, por ter presente uma forte carga dramática de espetáculo, potenciando-se a ideia da aleatoriedade da vitimização. “A ideia de que somos todos potenciais vítimas é um fenómeno [...] bastante associado ao enquadramento centrado na vítima conferido pelos média”³³ e que sabemos ser erróneo, uma vez que a maioria dos crimes graves é cometida contra pessoas do mesmo círculo do agente que praticou o crime, existindo, nesse sentido, uma distorção da realidade que é apresentada pelos meios de comunicação social.

Os casos que resultam da combinação de ‘sexo’ com violência adquirem valor noticioso, quer na imprensa tabloide quer na imprensa de referência. Estas narrativas mediáticas denotam o fator

²⁸ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia, op. cit.*, p. 149.

²⁹ Yvonne JEWKES – *Media & Crime, op. cit.*, p. 42.

³⁰ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia, op. cit.*, p. 150.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia, op. cit.*, p. 151.

‘risco’, centrando-se no indivíduo e, desse modo, destacando o binómio predador sexual-vítimas inocentes³⁴.

No que diz respeito ao critério ‘celebridades’, este permite o preenchimento praticamente imediato do critério ‘limiar’, independentemente do tipo de acontecimento, podendo até este ser trivial, existindo, contudo, um maior destaque relativamente a factos que reúnem o presente critério e o desvio sexual³⁵. Para além de figuras públicas, preenchem, igualmente, este critério pessoas pertencentes a classes consideradas superiores pela audiência, como médicos, clero, professores ou magistrados³⁶.

Quanto à ‘violência’, este critério de seleção engloba qualquer acontecimento ou crime que resulte em espetáculo e imagens fortes e chocantes que, noutra contexto, não seriam apresentados³⁷.

Na maioria das vezes em que a ‘criança’ integra um crime, quer como agressora quer como vítima, existindo ofensa da moral dominante, o acontecimento tem maior probabilidade de ser noticiado. Por seu turno, a criança é, também, utilizada em campanhas morais mediáticas, como forma de se conseguir “... mudanças legislativas, punições exemplares para os criminosos ou incremento e vigilância pública”.³⁸

Relativamente à ‘ideologia conservadora’ esta é levada a cabo pelos meios de comunicação social que, ao determinarem um comportamento convencional, marginalizam e reivindicam a criminalização e a punição dos comportamentos considerados desviantes. No entanto, como ressalva JEWKES³⁹, esse discurso mediático poderá apenas servir de manobra política, com o intuito de camuflar outros problemas sociais graves.

1.3. Distinção entre comunicação social e justiça aquando da análise de crimes e casos judiciais

Se é certo que os objetivos da justiça e dos meios de comunicação social podem considerar-se paralelos, é também verdade que as suas culturas profissionais são muito diferenciadas⁴⁰. De acordo com o Professor e Sociólogo do direito, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, os meios de

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia, op. cit.*, p. 152.

³⁸ *Idem*, p. 153.

³⁹ Yvonne JEWKES – *Media & Crime, op. cit.*, pp. 59-60.

⁴⁰ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar, op. cit.* p. 94.

comunicação social e a justiça atuam tendo em conta diferentes lógicas quer ao nível temporal quer ao nível gramatical⁴¹.

A lógica temporal da comunicação social é marcada pela instantaneidade e imprevisibilidade, uma vez que depende de critérios de noticiabilidade, da estrutura organizacional e da produção noticiosa. Devido a essa lógica, por vezes, um determinado caso judicial é fortemente noticiado no início do processo e depois ignorado pelos *media* na fase judicial final⁴².

Por seu turno, a justiça faz-se num tempo que é pautado pelos rigores processuais, burocracias e racionalidade diferentes da comunicação social. Cada fase processual, desde o início do processo até ao seu trânsito em julgado, tem as suas especificidades.

Assim, no confronto entre ambos os *tempos*, a justiça aparenta ser mais morosa e essa imagem – nem sempre correspondente à realidade – que os meios de comunicação social transmitem às suas audiências, tende a formar juízos unânimes.

Ao nível da gramática discursiva, a justiça privilegia o discurso escrito, retórico, formal e profundamente técnico. Já os meios de comunicação social, que se pautam pelas regras da oralidade, socorrem-se, nos seus discursos, de uma linguagem simples e direta. Por conseguinte, usam da ‘simplificação’, de modo a tornarem a linguagem técnico-jurídica da justiça mais acessível ao público leigo, não demonstrando toda a complexidade que envolve o caso exposto. Deste modo, o público apenas tem acesso à informação acerca do caso sob o *prisma* do jornalista que transmite a sua interpretação sobre o mesmo.

Outro facto que concorre para a simplificação é a necessidade de tornar a informação mais apelativa, uma vez que os meios de comunicação social atuam, também, de acordo com uma lógica económica que tem, como última *ratio*, por objetivo, a venda de informação e o incremento das audiências.

Existem dois aspetos comuns entre a justiça e a comunicação social: a dicotomia entre ganhadores e perdedores; a potencialidade de os processos judiciais serem dramas.

Quanto ao primeiro ponto em comum, se, por um lado, este resultado final os une, por outro lado, a forma de alcançá-lo é divergente. Vejamos. A justiça segue um caminho mais moroso, por exponenciar o princípio do contraditório (consagrado no n.º 5 do art. 32.º da CRP) e por exigir provas convincentes, devido à presunção de inocência de que o arguido goza até ao trânsito em julgado da

⁴¹ Boaventura de SOUSA SANTOS – “Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação”. *Sociologias* [Em linha]. Porto Alegre. Ano 7, Janeiro-Junho 2005, n.º 13, pp. 98-99. [Consult. 19 Nov. 2014]. Disponível em WWW:[URL:http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais_e_novas_tecnologias_Sociologias_2005\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais_e_novas_tecnologias_Sociologias_2005(1).pdf).

⁴² Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, op. cit., p. 156.

sentença de condenação, isto é, até prova em contrário (conforme o n.º 2 do artigo referido *supra*). Já a comunicação social tende a investigar, acusar, julgar e condenar de modo praticamente imediato.

No que se refere ao segundo ponto, o processo judicial, enquanto drama, constitui um “teatro para um auditório muito seletivo, um teatro de culto profissional”. Hoje, contudo, esse teatro foi transformado pelos meios de comunicação social em “teatro de boulevard, espectáculo como entretenimento segundo uma linguagem directa e acessível a grandes massas”⁴³.

Em suma, do confronto entre estas duas lógicas, que tem por base a oposição de interesses entre jornalistas e atores judiciais, resultam tensões entre o poder judicial e a comunicação social, ocorrendo uma distorção da realidade, no tocante ao volume e percepção de crime e à eficácia das autoridades em manter a ordem e paz social.

2. COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO ‘QUARTO PODER’

2.1. Introdução

Há quem defenda que os meios de comunicação social constituem, atualmente, um quarto poder fáctico, devido à influência que exercem sobre os cidadãos.

A expressão de Quarto Poder é atribuída a Edmund Burke⁴⁴ que a utilizou para mencionar a galeria do parlamento britânico reservada aos jornalistas. Mais tarde, em 1828, Lord Macaulay utilizou a mesma expressão⁴⁵, embora quando a proferiu não tenha explicado o alcance e o sentido da mesma. Certo é que, desde então, são vários os autores que se debruçam sobre o estudo dos meios de comunicação social como Quarto Poder. Veja-se, a título de exemplo, José António Cabral e Raquel Alexandra Castro⁴⁶.

Se há autores que compreendem e aceitam este Quarto Poder, por considerarem que os meios de comunicação social contribuem para o fortalecimento do poder democrático quando fiscalizam e controlam os três poderes do Estado, outros há que o declinam e o consideram inadmissível.

⁴³ Boaventura de SOUSA SANTOS – “Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação”, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁴ Carlos CAMPONEZ – “Os Impasses sobre a Liberdade de Imprensa no Pensamento Utilitarista”. In *Reflexões sobre a Liberdade. 150 anos da obra de John Stuart Mill*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 71.

⁴⁵ Flavia Azevedo PITELLA – *O Quarto Poder: um estudo sobre o jornalismo e sua influência na sociedade* [Em linha]. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2009, p. 8. Pós-graduação [Consult. 30 Jun. 2014]. Disponível em WWW:URL:http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/b001253.pdf.

⁴⁶ António Pedro Barbas HOMEM (org.) – *Comunicar a Justiça. Retórica e Argumentação*: eBook da Coleção Formação Contínua [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. [Consult. 30 Jun. 2014]. Disponível em WWW:URL:http://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest.

O sociólogo Gérard MERMET, na sua análise social⁴⁷, conclui que a maioria dos países democráticos mais desenvolvidos economicamente (como Portugal) se encontram no ‘estádio pós-democrático’, em que existe uma influência determinante dos *media*, os quais detêm um poder real sobre os atores políticos, através da informação confeccionada e de opiniões formadas, podendo, se assim quiserem, exercer uma manipulação sobre um público que se tornou dependente dos meios de comunicação social e que aceita, *a priori*, a informação que recebe como verdadeira. Segundo este autor, no estágio pós-democrático coexistem as vantagens da democracia e os vícios da ditadura.

Também Alain MINC tece acusações à *informação-espetáculo*, acusando-a de fabricar a uniformidade e o sensacionalismo, de provocar efeitos perversos na política, no poder judicial, no mundo económico e na vida intelectual⁴⁸. Este autor afirma que os *donos da Informação*, ao serem detentores de um instrumento tão poderoso, creem que têm uma missão superior à dos poderes políticos e económicos e que estes estão submetidos ao seu juízo, aos seus meios de investigação e à possível condenação sem recurso.

2.2. Normatividade plural – concorrência entre o poder judicial e o poder da comunicação social

Recentemente, estudos sobre o direito e a justiça têm vindo a constatar que não existe somente a ordem jurídica que deriva do sistema jurídico-formal, pelo que o poder estatal e o direito formal estatal não são as únicas formas de regulação.

Segundo GRIFFITHS⁴⁹, existem duas formas de pluralismo jurídico: o ‘fraco’, que passa pelo reconhecimento, por parte do Estado, de outra ordem normativa; o ‘forte’, quando subsistem outras ordens normativas na sociedade, que não são reconhecidas pelo Estado e não estão sujeitas às suas sanções.

O primeiro baseia-se numa ideologia de ‘centralismo legal’, segundo a qual, para além da lei do Estado, este reconhece outras ordens normativas que se aplicam a grupos determinados, de acordo com critérios étnicos, religiosos, nacionais ou geográficos. Contudo, estas situar-se-iam numa

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ John GRIFFITHS – “What is Legal Pluralism”. *Journal of Legal Pluralism*, n.º 24, pp. 1-55 *apud* Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia, op. cit.*, p. 134.

posição hierárquica inferior relativamente à lei e instituições do Estado, estando, por isso, aquelas subordinadas a estas.

A forma forte de pluralismo jurídico pressupõe que, a par do sistema normativo estadual, subsistem outros sistemas normativos que não dependem, obrigatoriamente, do reconhecimento por parte do Estado. Trata-se, portanto, do pluralismo que existe de facto, no quotidiano e que não precisa de ser reconhecido pelas instituições oficiais nem, conseqüentemente, está sujeito a sanções impostas por estas.⁵⁰

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, partindo do conceito de pluralidade jurídica, *desenha* aquilo que designa por ‘mapa de estruturação-ação’, onde integra os vários poderes jurídicos não estatais. Estes são denominados de ‘espaços estruturais’ que, embora dotados de autonomia, se correlacionam entre si, através de um sistema de ‘constelação’, segundo o qual o poder “nunca é exercido numa forma pura e exclusiva, mas sim como uma formação de poderes, isto é, como uma constelação de diferentes formas de poder combinadas de maneiras específicas”⁵¹. Por *poder*, o autor entende “qualquer relação social regulada por uma troca desigual”⁵².

Os espaços estruturais, presentes nas sociedades capitalistas contemporâneas, enunciados por este autor são seis: espaço doméstico, espaço da produção, espaço do mercado, espaço comunidade, espaço cidadania e espaço mundial. Cada espaço estrutural é subdividido em distintas dimensões: unidade de prática, instituições, dinâmica de desenvolvimento, forma de poder, forma de direito e forma epistemológica.⁵³

HELENA MACHADO e FILIPE SANTOS, partindo do ‘mapa de estruturação-ação’ proposto por Boaventura de Sousa Santos⁵⁴ adicionam aos espaços estruturais *supra* referidos, um sétimo, “o espaço dos média”, localizando, igualmente, as seis dimensões daqueles⁵⁵. Os autores justificam a inserção deste novo espaço estrutural, na medida em que a comunicação social constitui um intermediário das relações entre o Estado e os cidadãos e por esta assumir uma maior relevância na configuração das diversas constelações de poder.

Em relação aos seis componentes elementares de expressão, consideram os autores que:

- i. a *unidade de prática social* diz respeito ao consumo-audiência;

⁵⁰ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.*, p. 134.

⁵¹ Boaventura de SOUSA SANTOS – “A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência”. In *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Porto: Edições Afrontamento, 2000, Vol. I, p. 246.

⁵² Boaventura de SOUSA SANTOS – “A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência”, *op. cit.*, p. 248.

⁵³ *Vide* Anexo 1 da presente dissertação. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, *vide* Boaventura de SOUSA SANTOS – “A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência”, *op. cit.*, pp.253-285.

⁵⁴ Boaventura de SOUSA SANTOS – “A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência”, *op. cit.*, p. 254.

⁵⁵ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.*, pp. 137 e ss.

- ii. a *forma institucional* corresponde aos órgãos e meios de comunicação social que, no seu espaço estrutural, se regem de acordo com os seus procedimentos e as suas rotinas de produção jornalística;
- iii. o *modo de racionalidade* ou dinâmica de desenvolvimento passa por maximizar a influência social;
- iv. o *mecanismo de poder* corresponde à supremacia das representações, significados e sentidos transmitidos no espaço dos *media* e à força e amplitude com que estes podem ser disseminados na sociedade;
- v. a *forma do direito* é o direito de opinião que tem como finalidades a criação, a resolução ou prevenção de litígios. O direito de opinião é expresso através do discurso argumentativo e contra-argumentativo que ocorre dentro de determinado ‘tempo de antena’, atribuído pelos *media*;
- vi. a *forma epistemológica* é a lógica mediática e, por isso, tudo o que lhe subjaz: ritmo, gramática e enquadramentos típicos dos meios de comunicação social.

Como é referido por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁵⁶, a comunicação social tem adquirido maior força, sobretudo nas últimas décadas, afirmando-se como uma estrutura socialmente relevante que produz direito, senso comum e detém poder, capaz de desencadear grandes transformações sociais. A cobertura mediática de determinada discussão de matérias públicas ou privadas pode ser considerada uma forma de resolver problemas pessoais, contextualizados pela comunicação social como problemas sociais⁵⁷.

O autor *supra* referido propõe uma ‘pirâmide de litigiosidade’, com o intuito de perceber os fatores que interferem na variação das relações litigiosas de sociedade para sociedade. No topo da pirâmide estão as relações litigiosas que chegam a julgamento, pois existem litígios cuja resolução não passa pelo processo judicial. Sendo o litígio uma construção social, a sua conceção é variável consoante a classe, o género, o nível de escolaridade e a etnia, isto é, de acordo com o contexto social em que as relações ocorrem⁵⁸.

⁵⁶ Boaventura de SOUSA SANTOS – “A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência”, *op. cit.*, p. 244.

⁵⁷ Vincent SACCO – “Media Constructions of Crime”. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1995, N.º 539, pp. 141-154 *apud* Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.* p. 139.

⁵⁸ Filipe SANTOS – *Jornalistas e Magistrados: Perspectivas Cruzadas nas Relações entre os Média e a Justiça*. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2009, p. 110. Dissertação de Mestrado.

De acordo com o autor supracitado, dentro dos meios de resolução de litígios, os tribunais tendem a ser os mais oficiais, formais, especializados e menos acessíveis⁵⁹. Os tribunais têm funções instrumentais, políticas e simbólicas.

Quanto às funções instrumentais, o autor menciona o papel de resolução de litígios, controlo social, administração e criação do direito.

No que diz respeito às funções políticas, os tribunais legitimam o poder político.

Relativamente às funções simbólicas, estas decorrem “do próprio garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade, da possibilidade de recurso”⁶⁰ e asseguram a credibilidade dos tribunais.

Assim, os *media* ao realçarem a ineficácia da justiça formal aquando da aplicação da lei no caso concreto, contribuem para a descredibilização dos tribunais na prossecução das suas funções. Consequentemente, o público reivindica meios alternativos de resolução de litígios⁶¹.

Destarte, surgem os designados ‘julgamentos paralelos’, referentes tanto à fase do julgamento (na terminologia anglo-americana, *trial by newspaper*) como às fases anteriores, nomeadamente, a da investigação.

A investigação jornalística influencia a investigação oficial, uma vez que aponta pistas, suspeitos e eliminação de alibis. Contudo, a informação veiculada pelos *media* pode conter erros ou desvios, seja intencionalmente, seja pela forma em que ocorreu a transmissão dos factos. Note-se, neste sentido, que o modo de escrutínio das fontes é, muitas vezes, precário, influenciando negativamente a investigação por parte dos órgãos de polícia criminal⁶².

A investigação jornalística pode, ainda, interferir na espontaneidade das testemunhas, que diminui quanto mais vezes forem inquiridas e se o seu testemunho for publicitado. Acresce que as testemunhas entrevistadas pelos jornalistas são, frequentemente, as que depõem no âmbito processual e, deste modo, os referidos riscos transmitem-se para o processo judicial.

Os meios de comunicação social exercem pressão e tentam condicionar os agentes do processo, na fase do julgamento, na medida em que, “A antecipação de juízos de valor sobre o sentido da prova ou sobre a credibilidade das testemunhas ou o “julgamento” pré-datado dos factos trazem para dentro do tribunal o elemento “opinião pública” e produzem tentações de reinterpretção

⁵⁹ Boaventura de Sousa SANTOS *et al.* – *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 47.

⁶⁰ *Idem*, pp. 55-56.

⁶¹ Richard V. ERICSON *et al.* – *Representing Order: Crime, Law and Justice in the News Media*. Buckingham: Open University Press, 1991, p. 229 *apud* Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.* pp. 141.

⁶² Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.* p. 87.

do real, de adesão às expectativas da comunidade ou de conformação com o mediadamente correcto”⁶³.

Assim, do exposto e também de acordo com COMMAILLE⁶⁴, resulta que, nas sociedades contemporâneas, as funções dos *media* e da justiça poderiam ser complementares. Uma relação de cooperação, e não de temor, entre as duas instituições, contribuiria para a melhor prossecução das suas respectivas finalidades⁶⁵. Contudo, embora ambas se aproximem quanto ao objeto (reconstituição da realidade), distanciam-se substancialmente quanto aos estatutos, objetivos e métodos⁶⁶. Desta forma, na prática, verifica-se a existência de uma pontual *concorrência* de funções entre ambos, que se afere do seguinte modo:

- i. existem lutas simbólicas pelo direito ao poder de nomeação entre os órgãos de comunicação social e a justiça⁶⁷. O ato de nomeação consiste no veredito, enunciado por uma autoridade socialmente mandatada, que resolve os antagonismos entre pontos de vista e diferentes visões do mundo. “O poder judicial, por meio dos veredictos acompanhados de sanções [...] manifesta esse ponto de vista transcendente às perspectivas particulares que é a visão soberana do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima”⁶⁸. O veredito do juiz é, portanto, a palavra pública e oficial, devendo a sua visão ser universalmente reconhecida.
- ii. os *media*, enquanto espaço estrutural, são vistos e utilizados pelos cidadãos como meio alternativo de resolução de litígios;
- iii. os *media* assumem uma postura de concorrência relativamente à prática da normalização. É certo que é ao direito que cabe a consagração da ordem social dominante⁶⁹, no entanto, os meios de comunicação social noticiam os casos em que está presente um comportamento desviante quanto às regras e aos procedimentos judiciais e, desse modo, co-constroem e reafirmam as normas e a moral dominante⁷⁰.

⁶³ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit. p. 88.

⁶⁴ Jacques COMMAILLE – “L’exercice de la fonction de justice comme enjeu de pouvoir entre justice et médias”. *Revue Droit et Société*, 1994, n.º 26, pp. 11-18 apud Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, op. cit., p. 144.

⁶⁵ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 47.

⁶⁶ *Idem*, p. 73.

⁶⁷ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, op. cit., p. 148.

⁶⁸ Pierre BOURDIEU – *O Poder Simbólico*. 2ª ed. (rev. e act.). Lisboa: Edições 70, 2011, p. 247.

⁶⁹ *Idem*, p. 147.

⁷⁰ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, op. cit., p. 147.

2.3. A mediatização da justiça: deslegitimação dos tribunais?

Para perceber os motivos sociológicos que estão na base da opinião pública acerca da justiça e do direito é importante analisar a proximidade dos cidadãos ao sistema político moderno, isto é, quais os seus conhecimentos a respeito das matérias sobre o direito e a justiça, qual a sua avaliação acerca do desempenho e eficácia dos tribunais na resolução dos seus próprios conflitos ou dos conflitos dos seus conhecidos.

As matérias da justiça estão afastadas da vida quotidiana dos cidadãos, pelo que a transmissão das mesmas é realizada pelos meios de comunicação social, isto é, segundo MCCOMBS⁷¹, a informação recebida pelo público não o é em primeira mão, passando por um processo de formatação. Assim, os meios de comunicação social, enquanto transmissores da informação, influenciam a opinião pública, projetando “realidades mítico-simbólicas”⁷².

Em Portugal, as opiniões dos cidadãos acerca dos tribunais são maioritariamente negativas, pese embora o diminuto recurso direto a estes, pelo que os *media* ao destacarem os tempos mediáticos e os tempos judiciais acabam por transmitir a imagem de uma justiça morosa⁷³.

Para além de que, na maior parte das vezes, os meios de comunicação social comunicam os indícios e consequências de um determinado caso, mas não as provas concretas, pelo que os cidadãos especulam sobre a decisão judicial e, posteriormente, esta pode não corresponder às expectativas geradas, pondo-se em causa a eficiência da justiça⁷⁴.

Como anteriormente explicado, a lógica mediática baseia-se, sobretudo, em propósitos económicos. Deste modo, se, por um lado, os *media* são um forte contributo na redução do distanciamento entre o sistema judicial e os cidadãos, por outro lado, o seu propósito último – rentabilidade comercial – poderá conduzir à transformação dos cidadãos em meros consumidores⁷⁵.

Os meios de comunicação social têm, em potência, um papel importante a nível de intervenção social, contudo, ao noticiarem apenas os casos judiciais e as fases processuais com maior rentabilidade económica, como as detenções, interrogatórios ou divulgação de indícios⁷⁶, põem em causa as funções simbólicas dos tribunais e prejudicam o desenvolvimento da cidadania.

⁷¹ Maxwell MCCOMBS – *Setting the Agenda*. Cambridge: Polity Press, 2004, p. 1.

⁷² Boaventura de Sousa SANTOS *et al.* – *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁷³ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.* pp. 142-143.

⁷⁴ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁵ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.*, p. 144.

⁷⁶ *Ibidem*.

Se é certo que estudos⁷⁷ comprovam a crise da justiça, decorrente da sua morosidade, ineficácia e inacessibilidade, provocada pela crescente litigiosidade e pelas dificuldades de cariz financeiro, a verdade é que, mais do que uma crise, existe a ‘mediatização da crise’⁷⁸.

Nesse sentido, como refere CUNHA RODRIGUES, “... o sentimento de crise que despertam na actualidade muitos sistemas de justiça corresponde mais à sua maior visibilidade que a uma alteração estrutural de circunstâncias”⁷⁹. Essa maior visibilidade é potenciada pela mediatização da justiça. Os *media* interagem, diretamente, com os fenómenos sociais e, desse modo, aproximam-se das crenças e sentimentos comunitários, contrariamente à justiça que utiliza um discurso normativo afastado da realidade.

“É frequente verificar-se alguma tensão e discrepância entre a justiça nos tribunais e as suas representações nos média”⁸⁰. De acordo com o autor supracitado⁸¹, a seleção fracionária de casos judiciais, de acordo com os critérios de noticiabilidade e empresariais, pode conduzir a uma desvalorização e desautorização da justiça.

Há autores⁸² que afirmam que da oposição de interesses entre os jornalistas e os atores judiciais decorre o efeito da ‘desinstitucionalização’, ou seja, a existência de formas plurais de direito e de poder, que pode levar a uma desconstrução, por parte do público, das hierarquias da autoridade judiciária.

A socialização do discurso judicial e o seu ingresso no universo dos eventos sociais promove⁸³ o designado ‘fator de absorção da incerteza’⁸⁴ que leva a que os cidadãos, com base na emocionalização dos discursos, comecem a reivindicar medidas repressivas e punitivas e a demonstrar atitudes negativas relativamente ao sistema de justiça e órgãos policiais⁸⁵.

A emocionalização dos discursos acerca do crime é, no entender de SUSANNE KARSTEDT⁸⁶, uma característica da modernidade tardia e deriva da *infotainment* (simbiose entre informação e

⁷⁷ Diogo F. AMARAL – “A Crise da Justiça”. *Análise Social*, 2000, n.º XXXIV (154/155), pp. 247-257; Artur R. COSTA – “Justiça e Comunicação Social”. *Revista do Ministério Público*, 2006, n.º 27, pp. 5-26; Boaventura de Sousa SANTOS *et al.* – *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

⁷⁸ Artur R. COSTA – “Justiça e Comunicação Social”, *op. cit.*, pp. 5-26.

⁷⁹ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁰ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.* p. 159.

⁸¹ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁸² Richard V. ERICSON *et al.* – *Representing Order: Crime, Law and Justice in the New Media*. Buckingham: Open University Press, 1991 *apud* Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.*, p. 159.

⁸³ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁴ Realiza-se “quando as consequências, deduzidas de um conjunto de provas, são comunicadas no lugar das próprias provas”. Por esta via, o receptor de uma comunicação tem possibilidades muito limitadas de ajuizar da sua exactidão. (Cfr. Lucien SFEZ – “A Comunicação”, *op. cit.*, p. 59).

⁸⁵ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.*, p. 160.

⁸⁶ Susanne KARSTEDT – “Emoções e justiça criminal”. In Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Justiça, ambientes mediáticos e ordem social*. V. N. Famalicão: Edições Húmus, 2010, pp. 17-34.

entretenimento) causada pela competição pelas audiências entre órgãos de comunicação social, que se acentuou aquando do aparecimento dos ‘novos *media*’⁸⁷.

Os meios de comunicação social não se limitam a transmitir uma informação puramente fáctica e objetiva dos acontecimentos, mas antes procuram entrevistar as alegadas vítimas de crimes, os suspeitos e arguidos.

O discurso emocionalizado e o ‘sofrimento distante’ desencadeia no público sentimentos antagónicos: compaixão pelas vítimas e revolta/repulsa pelos suspeitos e arguidos⁸⁸. Para além de que, sendo a linguagem jurídica dotada de tecnicidade e complexidade, o jornalista, sobretudo aquele menos especializado, transmite a informação com explicações apelativas, o que conduz a uma reinterpretação e, até, a novas significações. Assim, o entendimento e a posição das pessoas relativamente aos factos e à ação da justiça podem ser influenciados⁸⁹.

“Os magistrados raramente dominam a lógica e os modos de produção jornalística. Os jornalistas têm, por regra, um conhecimento limitado do direito, da organização judiciária e das regras do processo”⁹⁰. As atuações dos jornalistas e dos atores judiciais são divergentes. Estes agem com distanciamento e imparcialidade relativamente às partes processuais, já aqueles apelam à emoção na transmissão de casos extraordinários, o que “poderá tender a generalizar e amplificar visões de desordem, impunidade e arbitrariedade, com impactos na credibilidade e legitimidade das instituições judiciais”⁹¹.

De facto, em Portugal, nos julgamentos mediáticos, sobretudo na fase de investigação, quando esta se encontra em segredo de justiça, a publicitação dos indícios e dos envolvidos provoca a credibilização daqueles e a estigmatização destes. Note-se que alguns efeitos de estigmatização são decorrentes do próprio processo penal, contudo, a publicidade a nível mediático de determinado caso provoca o aumento do espaço de reprovação social, uma vez que o processo passa a ser do conhecimento do público em geral e não apenas da comunidade em que o arguido ou agente se insere.

Ainda dentro dos efeitos da mediatização da justiça como fenómeno de massa, destacam-se as “alterações da conduta por parte de agentes do processo, o do desgaste profissional provocado

⁸⁷ Richard L. FOX et al. – *Tabloid Justice: Criminal Justice in the Age of Media Frenzy*. Boulder CO: Lynne Rienner Publishers, 2007, p. 200 e Ray SURETTE – *Media, Crime and Criminal Justice: Images and Realities*. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 1998, p. 53 *apud* Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*, *op. cit.*, p. 161. Também Yvonne JEWKES se refere aos ‘novos *media*’ (Cfr. Yvonne JEWKES – *Media & Crime*, *op. cit.*, p. 26).

⁸⁸ Susanne KARSTEDT – “Emoções e justiça criminal”, *op. cit.*, pp. 17-24.

⁸⁹ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁰ *Idem*, p. 97.

⁹¹ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Justiça, ambientes mediáticos e ordem social*, *op. cit.*, p. 161.

pela sobreexposição e o da criação de estereótipos que insinuam ou estabelecem ligações entre o judicial e outros poderes ou interesses”⁹². É com a designada ‘diabolização da justiça’ que se pretende atingir os magistrados do processo, a par da estigmatização dos arguidos, e, conseqüentemente, alterar fortemente as representações sociais sobre a justiça.

Contudo, não se assiste, somente, à decrescente confiança pública no terceiro poder, na verdade, esta tem vindo a ser acompanhada pela aparente ‘crise da democracia’, nas sociedades ocidentais, nas últimas décadas do século XX⁹³.

Dentro das várias hipóteses de explicação para tal, há quem atribua a responsabilidade aos *media* que, ao ecoar os discursos populares de desconfiança no poder e nas instituições, gera uma certa homogeneidade na opinião pública. É, na opinião de SARA PINA, a ‘mediacracia’ – o poder dos *media* – que contribui para a crise da democracia, ou seja, das instituições e dos atores políticos⁹⁴.

Tendo os denunciante a consciência disto, não raras vezes, os próprios órgãos de comunicação social são utilizados por aqueles, com interesses pessoais. Tal sucede, por exemplo, quando uma determinada queixa é enviada, simultaneamente, para os órgãos policiais e para os *media*⁹⁵, com o intuito de se obter maior visibilidade, a adesão dos cidadãos à sua causa, bem como uma forma de resolução alternativa de litígios.

A questão que se coloca é a de saber qual a importância da legitimidade dos tribunais ser posta em causa pelos *media*, por estes provocarem uma descredibilização generalizada nas instituições judiciais.

Importa, portanto, entender, como ocorre a atribuição da legitimidade aos tribunais, no Estado de Direito Democrático. A questão, a este respeito, é formulada por FIGUEIREDO DIAS: “se o poder legislativo e o poder executivo têm a sua fonte de legitimidade na vontade popular – e por aí no cidadão – onde encontra essa fonte o poder judicial...?”⁹⁶, ou seja, de onde decorre a legitimidade dos juizes para julgar e punir?

⁹² Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 85.

⁹³ Luis Felipe MIGUEL – “A mídia e o declínio da confiança na política”. *Sociologias*. [Em linha]. Porto Alegre, cap. 9, n.º 10, jan./jun. 2008, p. 252 [Consult. 4 Fev. 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://www.scielo.br/pdf/soc/n19/a11n19.pdf>.

⁹⁴ Sara PINA – *Média e Leis Penais*. Porto: Almedina, 2009, p. 83.

⁹⁵ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 79.

⁹⁶ Figueiredo DIAS – “Do “Governo da Justiça” ao “Governo dos Juizes” no Portugal de Hoje”. In *El Gobierno del Poder Judicial*. Ed. Universidad Vallaloid, 1996, p. 88 *apud* Wladimir BRITO – *Teoria Geral do Processo*. Braga: AEDUM, 2012, Parte. I, p. 105.

Existem três teses para responder a esta pergunta, formuladas de acordo com diferentes tipos de legitimidade: legitimidade pela função; legitimidade pelo processo; legitimidade pela designação por parte dos demais órgãos do poder político⁹⁷.

A primeira é a legitimidade tradicional. Baseia-se na crença na necessidade social da função de julgar, desde a antiguidade até aos dias de hoje, e de esta ser entregue aos magistrados que a exercem como função soberana, de acordo com o princípio da independência em relação aos demais poderes soberanos do Estado.

A segunda é uma legitimidade legal, defendida nos países anglo-saxónicos, que entende que a legitimidade para julgar é conferida quando as partes recorrem ao tribunal, solicitando-lhe uma decisão judicial que resolva o seu litígio.

De acordo com WLADIMIR BRITO⁹⁸, a terceira consistiria numa legitimação democrática indireta, ou seja, “os Juizes dos Tribunais Superiores [...] e os titulares do órgão de Governo do Poder Judicial devem ser designados, por eleição pelo Parlamento e por indigitação presidencial (do Presidente da República)...”⁹⁹. Essas designações seriam, depois, sujeitas ao reconhecimento e à aceitação por parte dos juizes da Magistratura Judicial do respetivo país.

Assim, a descrença da sociedade, estimulada pelos *media*, na função de julgar por parte de um corpo de magistrados, bem como a possível diminuição do recurso aos tribunais por parte dos cidadãos que começam a utilizar os meios de comunicação social como forma alternativa de resolução de litígios podem pôr em causa a própria legitimidade dos tribunais e, conseqüentemente, a sua existência enquanto órgão de soberania de um Estado de Direito Democrático.

2.4. Apontamentos conclusivos

Assumindo-se os meios de comunicação social como Quarto Poder, pelo poder e influência que detêm sobre a sociedade, a verdade é que esta realidade não encontra correspondência teórica.

Os poderes estatais instituídos são três, contudo, na prática, surgiu mais um quarto poder que, por não estar previsto enquanto tal, escapa ao regime de interdependência/fiscalização entre os três poderes. Se aquele, por um lado, está fora de qualquer tipo de controlo, por outro lado, exerce uma fiscalização sobre estes, de acordo com os seus intuítos e interesses.

⁹⁷ Wladimir BRITO – *Teoria Geral do Processo*, op. cit., p. 106.

⁹⁸ *Idem*, pp. 107-108.

⁹⁹ *Idem*, p. 107.

Acresce que os meios de comunicação social, ao *fabricarem* maiorias, põem em causa o princípio democrático e o próprio Estado de Direito Democrático.

Como diz JOSÉ ANTÓNIO CABRAL, “a comunicação é, efetivamente, o lugar onde se constrói o comum, mas este comum tem muito pouco valor de realidade e resulta de um dispositivo de construção social”¹⁰⁰. A mediatização da justiça pode reduzir a participação democrática, sob a ilusão da participação e da transparência, uma vez que esta visa o entretenimento e o maior consumo por parte dos cidadãos ao invés de pretender contribuir para a educação e formação cívica das audiências.

Neste mesmo sentido, veja-se ANTOINE GARAPON¹⁰¹ que considera que os *media* distorcem o quadro judicial, paralisam o tempo e desacreditam a autoridade, o que conduz ao enfraquecimento das autoridades instituídas e, conseqüentemente, à perda da soberania da democracia. Para este autor, os *media* são uma autoridade real, mas inconsistente, inconstante e inconsequente, contrariamente às instituições reconhecidas, que são estáveis e operantes, acrescentando, ainda, que o “...recurso selvagem à opinião pública é igualmente prejudicial porque incute a ideia de que, numa democracia, o melhor juiz é a opinião pública”. Note-se que já BENTHAM, em 1822-1823, entendia a imprensa como o ‘Tribunal da Opinião Pública’ que, numa visão utilitarista, deveria estar ao serviço da ‘maior felicidade da maioria’.

Mais ainda, os *media* operam como poder indireto, influenciando os decisores ao gerarem ‘climas de opinião’¹⁰².

Assim, dentro dos vários problemas que se detetam, debruçar-nos-emos sobre dois de carácter judiciário e dois de carácter jurídico-constitucional, que resultam como conseqüências dos primeiros:

- i. A influência dos *media* na determinação concreta da pena (problema judiciário) e a correspondente violação do princípio da culpa em matéria de penas (problema jurídico-constitucional);
- ii. A influência dos *media* na formação da livre convicção do julgador como pressuposto da sua isenção (problema judiciário) e a correspondente violação do princípio da presunção da inocência (problema jurídico-constitucional).

¹⁰⁰ José António CABRAL – “Tribunais e Comunicação Social”. In *Comunicar a Justiça. Retórica e Argumentação*: eBook da Coleção Formação Contínua [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. [Consult 30 Jun. 2014]. Disponível em WWW:URL:http://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comicar_Justica.pdf?id=9&username=guest.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia, op. cit.*, p. 162.

CAPÍTULO II

PROBLEMAS JUDICIÁRIOS

1. DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA

1.1. Questões preliminares contextuais

A título preliminar, cumpre esclarecer que o problema da determinação da pena pertence à doutrina das consequências jurídicas do crime e, segundo ZIPF, é a determinação destas que realiza a decisão político-criminal no caso concreto (*in casu*), pois só a correta aplicação das consequências jurídicas do crime permite a efetividade do programa político-criminal do sistema. Falamos em consequências jurídicas em sentido estrito, não em sentido amplo, nomeadamente, as culturais, sociais ou económicas¹⁰³.

A problemática das consequências jurídicas do crime tem fortes implicações práticas para o delinvente que sofre a consequência jurídica, para a sociedade, sendo que a justiça é aplicada em nome do povo, e para a vítima do crime.¹⁰⁴

O nosso Código de Processo Penal “atribui autonomia às operações de determinação da sanção – sem contudo constituir com elas uma particular «fase» do julgamento – no contexto da deliberação e votação da decisão; e permite mesmo a reabertura da audiência para produção de prova suplementar sobre a determinação da espécie e da medida da sanção a aplicar (CPP, art. 371.º)”, pelo que, segundo FIGUEIREDO DIAS, as operações que conduzem à determinação da sanção penal devem ter um especial relevo, mesmo em termos formais, no decurso da fase do julgamento penal.¹⁰⁵

Como objeto da doutrina das consequências jurídicas do crime, temos as reações ou sanções criminais que, no nosso sistema jurídico-penal, são as penas e as medidas de segurança, que correspondem à matéria constante dos artigos 40.º a 130.º do Código Penal.¹⁰⁶

¹⁰³ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1993, pp. 41-42.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 41.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 42.

¹⁰⁶ *Idem*, pp. 42 e 44.

Encontramos no estudo institucional de penas, três tipos de penas: as principais, as acessórias e as de substituição, aplicáveis a pessoas singulares e a pessoas coletivas equiparadas.¹⁰⁷

As principais subdividem-se em pena privativa da liberdade ou pena de prisão e em pena pecuniária ou pena de multa. As acessórias dependem sempre de uma pena principal, cominada na sentença condenatória, pelo que ambas são simultaneamente determinadas. Já as de substituição, como a própria designação indica, são as penas que substituem a pena principal, isto é, são aplicadas, em concreto, em vez das penas principais, *maxime* das penas de prisão, que encontram a sua previsão nos crimes constantes da parte especial do Código Penal.

O problema da determinação da pena em sentido amplo, que abarca a escolha e a medida da pena, é fundamental na doutrina das consequências jurídicas do crime.¹⁰⁸

Quanto às medidas de segurança, estas situam-se, já, fora do âmbito da presente dissertação, pelo que iremos apenas defini-las. A sua aplicação depende: da especial perigosidade de delinquentes imputáveis especialmente perigosos e de delinquentes de imputabilidade diminuída, quando a pena se mostra insuficiente em termos de prevenção especial; da especial perigosidade de delinquentes inimputáveis, devido a anomalia psíquica, sendo a pena, em relação a estes, inadequada¹⁰⁹. As medidas de segurança subdividem-se em medidas detentivas ou privativas da liberdade (internamento de inimputáveis) e medidas não detentivas (interdição de profissões, suspensão da execução do internamento, expulsão de estrangeiros).¹¹⁰

A reforma penal começou, a nível nacional e internacional, a partir do fim 2.^a Guerra Mundial, sobretudo desde os anos sessenta, tendo sido operada a nível legislativo, quer através de reformas globais quer através de reformas parciais ou de leis avulsas.

A linha político-criminal seguida por todas as reformas baseava-se em algumas ideias tidas como essenciais, enunciadas na obra de FIGUEIREDO DIAS¹¹¹: restrição do âmbito e da frequência de aplicação das penas privativas da liberdade; luta decidida contra as penas de prisão de curta duração na generalidade dos casos ou mesmo na totalidade dos casos, a favor de penas não detentivas ou não institucionais; enriquecimento da panóplia e aumento sensível do campo e da frequência de aplicação das penas não detentivas, em particular da pena de multa; tentativa de limitar, por todos

¹⁰⁷ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 7.

¹⁰⁸ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁹ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 71-72.

¹¹⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 43.

¹¹¹ *Idem*, pp. 50-51.

os meios, o efeito estigmatizante das reações criminais, sem por isso frustrar as expectativas sociais que subjazem às normas violadas; esforço para revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes à ideia de Estado de Direito, sem por isso prejudicar ou deixar de aprofundar o seu conteúdo social.

Em Portugal, o movimento da reforma do direito penal português foi partidário das ideias subjacentes à reforma internacional. Assim, encontramos as seguintes características gerais do sistema sancionatório português¹¹²:

- a) Consagração constitucional da recusa das penas de morte e da prisão perpétua (artigos 24.º e 30.º da CRP) que imana do princípio da humanidade. Em Portugal a doutrina é unânime em não encontrar justificação para a pena de morte, de acordo com os fins das penas, e em considerar cruel e desnecessária a prisão perpétua. Esta ideia vem já do direito penal tradicional português e manteve-se após a reforma. Aliás, o direito penal português foi pioneiro no tocante à integração do princípio da humanidade no seu programa político-criminal.
- b) A política criminal entende que as penas privativas da liberdade constituem a sua última *ratio*, efetivando-se, assim, os princípios político-criminais da necessidade, proporcionalidade e da subsidiariedade (artigos 70.º e 98.º do Código Penal, entre outros). As consequências desta conceção manifestam-se a dois níveis: por um lado, quanto à pena de prisão, existe a valorização do seu efeito socializador e a limitação do seu efeito negativo e criminógeno, pelo que o Código Penal passa a consagrar uma pena de prisão única e simples; por outro lado, o juiz deveria dar preferência, sempre que possível, de acordo com a culpa e com as exigências de prevenção (artigo 71.º), à pena não detentiva ao invés de optar pela pena privativa da liberdade.
- c) Surge a ideia político-criminal de que as penas não deveriam ter um efeito estigmatizante, pelo que se consagrou, constitucionalmente¹¹³, a não automaticidade dos efeitos das penas (artigos 30.º, n.º 4 da CRP e 65.º do CP). Assim, “nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos”¹¹⁴. Estão comprovados os efeitos negativos e criminógenos associados à condenação penal, nomeadamente, porque potencia as carreiras delinquentes, bem como provoca distintas

¹¹² As características que se seguem encontram-se enunciadas em Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 52-54 e Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 8.

¹¹³ Na revisão constitucional de 1982.

¹¹⁴ Artigo 30.º, n.º 4 da CRP.

consequências em função do nível socioeconómico dos condenados¹¹⁵. Pese embora o efeito estigmatizante ser, em certa medida, inevitável, a política criminal, porque integrada num Estado de Direito Democrático e Social, pretendeu limitá-lo.

- d) Opção por um sistema tendencialmente monista ou de via única das reações criminais. Isto é, ao mesmo agente não podem ser aplicadas, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança privativa da liberdade, afastando-se o sistema do duplo binário¹¹⁶. Segundo Maria João Antunes¹¹⁷, esta caracterização do sistema sancionatório deve ter em conta “o regime da pena relativamente indeterminada (artigo 83.º e ss. do CP), do qual decorre a natureza mista desta sanção; a declaração de inimputabilidade (art. 20.º, n.º 2 do CP), como resposta à especial perigosidade dos delinquentes de imputabilidade diminuída; e o regime de execução da pena e da medida de segurança privativas da liberdade, previsto no art. 99.º do CP”. Estas são questões que merecem esclarecimento doutrinário, mas sobre as quais não nos cumpre discorrer na presente dissertação¹¹⁸.
- e) Aplicação de sanções a pessoas coletivas e equiparadas, resultante das alterações à Lei n.º 59/2007, plasmadas nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M do CP. Característica que, por se encontrar já fora do objeto da nossa dissertação, não cumpre desenvolver¹¹⁹.

1.2. Procedimento de determinação da pena

Está excluída da presente dissertação a aplicação de penas a pessoas coletivas, pelo que iremos, apenas, abordar a sua aplicação a pessoas singulares.

O procedimento de determinação da pena consiste numa atividade juridicamente vinculada, não sendo discricionária não vinculada¹²⁰. Como em qualquer processo de aplicação do direito, coexistem a discricionariedade e a vinculação que decorrem de operações que têm em consideração as “regras de direito escritas e não escritas, elementos descritivos e normativos, actos cognitivos e puras valorações”¹²¹.

¹¹⁵ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro III*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1983, pp. 143 e ss.

¹¹⁶ Maria João ANTUNES – *O Internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis: as arts. 103.º, 104.º e 105.º do código penal de 1982*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 26 e ss. 126 e ss., 152 e ss., 170 e ss.

¹¹⁷ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁸ Para mais desenvolvimentos, *vide Idem*, pp. 80 e ss. e 83 e ss.

¹¹⁹ Para mais desenvolvimentos, *Idem*, pp. 9-11.

¹²⁰ Posição seguida por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, *op. cit.*, p. 194). Entende-o, de igual modo, a doutrina dominante italiana e alemã. (*Vide ibidem*, p. 194, nota 26).

¹²¹ *Idem*, p. 195.

Contudo, note-se que o procedimento de determinação da pena encontra especificidades relativamente ao processo comum de aplicação do direito. Na determinação da pena, o juiz é obrigado a traduzir os critérios jurídicos de determinação numa certa quantidade de pena, após fazer as suas valorações.

O legislador estabelece a moldura penal abstrata de cada tipo de factos, constante da parte especial do CP e em legislação avulsa, com a estatuição de um limite máximo e de um mínimo para cada facto, com as circunstâncias modificativas (agravantes ou atenuantes) capazes de alterar os limites fixados, com os critérios de determinação concreta e de escolha da pena.

Ao juiz cabe, primeiramente, determinar a moldura penal para cada caso concreto, baseando-se nos factos provados no processo, determinando, posteriormente, o *quantum* concreto de pena, podendo, ainda, escolher a espécie ou tipo de pena (multa ou prisão como pena principal), caso, e só quando, o legislador tenha previsto essa possibilidade. Por último, já em sede de execução da pena, poderá o juiz aplicar uma pena de substituição, determinando, desse modo, a pena que é efetivamente cumprida.¹²²

1.2.1. Fases da determinação judicial da pena

A primeira fase consiste na determinação da moldura penal aplicável ao caso.

Na segunda fase, o juiz procede à determinação da medida concreta da pena a aplicar, dentro da moldura penal que determinou na primeira fase.

A terceira fase, que não precisa de ser necessariamente posterior à segunda, podendo ocorrer ambas em simultâneo, consiste na escolha da espécie de pena, tendo em conta o mecanismo das penas de substituição.¹²³

O problema judiciário que detetamos situa-se, *maxime*, na primeira fase da determinação judicial da pena, tendo, conseqüentemente, repercussões ao nível da segunda fase.

De seguida, passaremos a explicar, em termos teóricos, a primeira e segunda fases, para melhor enquadramento do problema.

1.2.1.1. Primeira fase: determinação da moldura penal abstrata aplicável ao caso

¹²² Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 24-25.

¹²³ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 198.

Em primeiro lugar, a primeira fase pressupõe, desde logo, a subsunção dos factos dados como provados ao tipo legal de crime, constante da parte especial do CP ou de legislação extravagante que seja aplicável ao caso.

O tipo legal de crime pode não ser um tipo fundamental, podendo ser qualificado ou até mesmo privilegiado, dependendo das “modificações ao nível do tipo ou dos elementos típicos, seja ao nível do tipo-de-ilícito seja ao tipo-de-culpa. Para cada tipo legal de crime o legislador estatuiu uma moldura penal abstrata própria”¹²⁴. Na ausência de indicação, na moldura penal abstrata, do limite máximo ou do limite mínimo, devem aplicar-se os limites legais, previstos nos artigos 41.º, n.º 1 (para as penas de prisão) e 47.º, n.º 1 (para as penas de multa) do Código Penal.

Quanto às penas de prisão, de acordo com o artigo 41.º, n.º 1, o limite mínimo é de um mês e o máximo de vinte anos, podendo, a título excepcional, ir até vinte e cinco anos, mas só nos casos previstos na lei¹²⁵ (artigo 41.º, n.º 2), nunca, em caso algum, podendo exceder este limite (artigo 41.º, n.º 3).

Relativamente às penas de multa, nos termos do artigo 47.º, n.º 1 do CP, o limite mínimo é de 10 dias e o máximo é de 360 dias, podendo este ser superior (600 dias¹²⁶ e 900 dias¹²⁷), a título excepcional. O limite máximo de 900 dias pode ser ultrapassado, no caso das pessoas coletivas, uma vez que o artigo 90.º-B, n.º 2 estabelece a correspondência de 10 dias de multa a 1 mês de prisão.

A cada dia de multa corresponde uma quantia entre 5 a 500 euros, segundo o artigo 47.º, n.º 2 do CP.

Em segundo lugar, o juiz deverá verificar se existem circunstâncias modificativas agravantes ou atenuantes que possam alterar a moldura penal resultante de determinado tipo legal de crime.

“Circunstâncias são, nesta acepção, pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo directamente respeito nem ao tipo-de-ilícito (objectivo ou subjectivo), nem ao tipo-de-culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, todavia contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo relevam por isso directamente para a doutrina da determinação da pena”¹²⁸.

As circunstâncias dividem-se em agravantes e atenuantes, elevando ou baixando, respetivamente, um ou ambos dos limites da moldura penal. As circunstâncias dividem-se, ainda, da seguinte forma: comuns ou gerais, constantes da parte geral do CP e, sendo, por isso, aplicáveis a

¹²⁴ *Idem*, pp. 198-199.

¹²⁵ São, por exemplo, os casos de concurso de infrações (art. 77.º, n.º 2), pena relativamente indeterminada (art. 83.º, n.º 2, 84.º, n.º 2, 86.º, n.º 2) e homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 1), entre outros.

¹²⁶ Prevêem-no, nomeadamente, os artigos 204.º, n.º 1, 205.º, n.º 4, alínea a), 218.º, n.º 1, 235.º, n.º 1 e 295.º, n.º 1 do CP.

¹²⁷ No caso de concurso de infrações (art. 77.º, n.º 2 do CP).

¹²⁸ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 199-200.

qualquer tipo de crime. São, por exemplo, a tentativa, a atenuação especial da pena e a reincidência (artigos 23.º, n.º 2, 72.º e 75.º); especiais ou específicas, constantes da parte especial do CP e que, portanto, se aplicam a um determinado tipo ou tipos legais de crime.¹²⁹

Quando existe concorrência entre circunstâncias modificativas, a lei não prevê o procedimento de determinação da moldura penal abstratamente aplicável tendo em conta aquelas. Como tal, entende FIGUEIREDO DIAS que o juiz deve seguir o princípio-regra segundo o qual o juiz deverá “fazer funcionar todas as circunstâncias modificativas que no caso concorreram”¹³⁰.

Caso estejamos perante a concorrência de circunstâncias modificativas agravantes, o juiz deve fazê-las funcionar sucessivamente, não consistindo tal procedimento numa soma ou cúmulo do valor agravante de cada circunstância. Só não será assim caso a lei tenha outra intenção e preveja outra forma.

No que toca às circunstâncias modificativas atenuantes, o juiz também as faz funcionar sucessivamente, desde que cada atenuante tenha um autónomo fundamento material (por exemplo, tentativa e menoridade imputável). Se a atenuante for a mesma, então apenas se deve fazer funcionar uma circunstância modificativa (artigo 72.º n.º 3 do CP), devendo ser aquela que tiver um efeito atenuante mais forte. Deste modo, salvaguarda-se o princípio de dupla valoração em matéria de determinação da pena.¹³¹

No caso de existir concorrência de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, defende a doutrina, nomeadamente FIGUEIREDO DIAS, que se deve fazer funcionar primeiro as agravantes, obtendo, assim, uma moldura penal provisoriamente determinada, para nela se fazer funcionar as atenuantes¹³². Contudo, em caso de reincidência, deve funcionar primeiro a atenuante e só depois a agravante, de acordo com as especificidades do artigo 76.º do CP. Tal procedimento permite determinar a medida da pena independentemente da reincidência.¹³³

1.2.1.2. Segunda fase: determinação concreta da pena a ser aplicada *in casu*

Encontrar o *quantum* de pena, ou seja, a pena a aplicar ao caso concreto, é a tarefa mais complexa para o juiz em todo o processo de determinação da pena.

¹²⁹ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 26-27 e Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 201.

¹³⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 205.

¹³¹ *Idem*, pp. 206-207.

¹³² *Idem*, p. 208.

¹³³ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 27.

O artigo 72.º, n.º 1 menciona os critérios que o juiz deve seguir, sendo eles a culpa do agente e as exigências de prevenção.

Certo é que este critério legal não permite uma pura subsunção, não sendo o processo de determinação da pena automático.

No passado, face ao CP anterior (1886), a jurisprudência entendia que para determinar a pena concreta o juiz devia partir do meio da moldura penal aplicável, agravando ou atenuando esta mediante as circunstâncias modificativas que se verificassem no caso. Tal ideia era inspirada na doutrina oitocentista espanhola que defendia a imposição da pena «no grau médio», na ausência de quaisquer circunstâncias modificativas.

Hoje, com a estatuição legal dos critérios gerais no art. 72.º, n.º 1 do CP, a jurisprudência e doutrina têm entendido que o juiz não parte de nenhum ponto médio ou outro da moldura penal, antes da consideração da culpa e das necessidades de prevenção, sendo estas e os seus correspondentes elementos a determinar o *quantum* exato da pena.

As exigências da prevenção dizem respeito à necessidade comunitária da punição do caso concreto, subdividindo-se, no âmbito das finalidades de aplicação de uma pena, em prevenção geral (proteção do bem jurídico) e especial (reintegração do agente). Já a culpa prende-se com a vertente pessoal do crime e surge como limite inultrapassável às exigências de prevenção, uma vez que diz respeito à dignidade da pessoa do agente.¹³⁴

Contudo, tal como refere MARIA JOÃO ANTUNES¹³⁵, levantam-se três questões importantes: 1. qual o conceito de culpa e de prevenção para efeitos de medida da pena?; 2. como ambas se relacionam no processo de determinação da pena?; 3. como se relacionam a prevenção geral e especial?

Como resposta a estas questões surgem várias teorias.

a) Principais teorias para a determinação concreta da pena

A “teoria do valor de posição ou de emprego”, surgida na Alemanha, determinava um âmbito de atuação diferente para a prevenção e para a culpa. A primeira valeria, exclusivamente, para a escolha da pena. A segunda relevaria, apenas, para a determinação concreta da pena. Esta teoria, embora simplifique e resolva o problema da possibilidade de conflito entre culpa e prevenção no processo de medida da pena, é incompatível com o artigo 72.º, n.º 1 do CP, que estatui as considerações de culpa e de prevenção como fatores que devem intervir no *quantum* concreto de

¹³⁴ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 208-216.

¹³⁵ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 28.

pena. Para além disso, uma pena determinada, exclusivamente, em função da culpa seria uma pena justa, mas poderia não ser necessária e adequada, sendo a necessidade de pena, num Estado de Direito Democrático e Social, *conditio sine qua non* de legitimação da pena.¹³⁶

Segundo a “teoria da pena da culpa exata”, a medida da pena é determinada somente pela medida da culpa, a qual corresponde a uma medida exata. As exigências preventivas, a serem tomadas em consideração, sê-lo-iam na determinação da medida exata da culpa. Esta teoria acaba por atribuir o papel mais relevante à culpa, desconsiderando, praticamente, a prevenção no processo de determinação da medida da pena, pois considera que a finalidade da aplicação de uma pena é a retribuição da culpa do agente. Para além disso, por um lado, de acordo com esta teoria, a prevenção não seria autonomamente considerada, uma vez que só relevaria para a medida da culpa (incompatibilidade com os artigos 71.º, n.º 1 e 40.º, n.ºs 1 e 2 do CP) e, por outro lado, a culpa não pode ser traduzida numa medida exata, desde logo devido às limitações próprias do conhecimento humano.¹³⁷

De acordo com a “teoria do espaço de liberdade” ou da “moldura da culpa”, dentro da moldura legal é determinada uma moldura, com um limite máximo e mínimo, tendo em consideração a culpa – moldura da culpa. Segundo a jurisprudência alemã, o limite mínimo corresponde à pena que já é adequada à culpa e o limite máximo corresponde à pena que ainda se revela adequada à culpa. Qualquer pena dentro desta moldura satisfaz as exigências de prevenção geral positiva ou de integração. Quanto às exigências de prevenção especial (ressocialização do agente), estas são tidas em consideração dentro da moldura da culpa estabelecida e são elas que determinam a pena concreta. Em casos especiais, de acordo com a necessidade de socialização do agente, poderá a pena ser inferior ao limite mínimo determinado na moldura da culpa, sem nunca ser inferior ao limite mínimo estabelecido na moldura legal.

As críticas apontadas a esta teoria são as seguintes: as necessidades de prevenção são colocadas em segundo plano, o que se revela desconforme ao artigo 40.º, n.º 1 do CP; a culpa deixa de ser pressuposto e limite da pena (artigo 40.º, n.º 2 do CP); não admite que as necessidades de prevenção geral positiva, no caso concreto, podem não coincidir com as que foram tidas em consideração na moldura legal, nomeadamente, o limite mínimo da prevenção geral pode ser superior ao limite mínimo da moldura legal.¹³⁸

¹³⁶ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 221-222.

¹³⁷ *Idem*, p. 223.

¹³⁸ *Idem*, pp. 224-227.

b) Teoria majoritária em Portugal

A teoria majoritária no nosso país e praticada nos nossos tribunais é a “teoria da moldura da prevenção”, de FIGUEIREDO DIAS¹³⁹.

De acordo com esta, é a prevenção geral positiva que determina a moldura penal.

Nesse sentido, a prevenção prende-se com a necessidade de tutela dos bens jurídicos de acordo com o caso concreto, ou seja, a tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou reforço) da vigência da norma infringida. O limite máximo dessa moldura corresponde ao ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias e o limite mínimo é o ponto abaixo do qual não serão satisfeitas as expectativas comunitárias, pondo-se em causa a função de tutela do ordenamento jurídico da pena. Dentro destes limites, qualquer pena é eficaz em termos de estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada.

Assim, é dentro desta moldura que vão atuar as necessidades preventivas especiais de socialização do agente, sendo elas a determinar a pena a aplicar, tendo-se sempre em consideração que a culpa é o limite inultrapassável de quaisquer considerações preventivas (artigo 40.º, n.º 2 do CP), fornecendo o limite máximo da pena.

Deste modo, o princípio político-criminal da necessidade da pena, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, é respeitado. O legislador teve em consideração a medida da necessidade de tutela de bens jurídicos, em abstrato, isto é, quando estabeleceu a moldura penal aplicável. Contudo, a medida da tutela dos bens jurídicos e da necessidade da pena pode variar *in casu*. O juiz deve proceder a uma valoração no concreto, de acordo com os diferentes fatores presentes no caso, podendo estes ser fatores do ambiente, ligados ao facto e ao agente.

Por seu lado, ao constituir a culpa o limite inultrapassável da medida da pena, está assegurada a proibição do excesso e, com ela, o respeito pela dignidade da pessoa do agente: “a culpa constitui um limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas – sejam de prevenção geral positiva ou antes negativa, de integração ou antes de intimidação, sejam de prevenção especial positiva ou negativa, de socialização, de segurança ou de neutralização”¹⁴⁰.

A medida da pena deve sempre permitir a reintegração do agente na comunidade, pois só desta forma a proteção dos bens jurídicos se torna plenamente eficaz.

¹³⁹ *Idem*, pp. 227-231.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 230.

Coloca-se a questão de saber quais são as “circunstâncias do complexo integral do facto” (os fatores de medida da pena)¹⁴¹ que relevam, durante a aplicação *in casu*, para efeitos de culpa e prevenção, isto é, qual o substrato da medida da pena.

Estabelece o artigo 71.º, n.º 2 do CP que o juiz, para determinar a pena concreta, deve atender a “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele”, passando depois a enumerar, de modo exemplificativo, alguns fatores de caráter geral, isto é, que se aplicam a qualquer disposição da parte especial do Código Penal.

Do teor deste artigo se depreende que o substrato da medida da pena não se encontra apenas no conceito substantivo do facto criminoso, se se considerar que este apenas abarca as categorias do tipo-de-ilícito, do tipo-de-culpa e da punibilidade do facto (princípio regulativo da dignidade penal), cabendo outros fatores de medida da pena que podem estar fora daquele conceito substantivo do facto criminoso, isto é, fatores que cabem na categoria da punição (princípio regulativo da carência punitiva)¹⁴². Deste modo, defende FIGUEIREDO DIAS que é necessário construir-se um tipo complexo total (ou tipo para efeito de medida da pena), “que suporta a consequência jurídica, tendo em vista as exigências não só da culpa, como da prevenção”.

O artigo *supra* referido enuncia, igualmente, o princípio da proibição da dupla valoração, determinando que o juiz, na fixação da medida da pena, não deve ter em consideração as circunstâncias que façam parte do tipo de crime, pois estas foram já valoradas pelo legislador aquando do estabelecimento da moldura penal. Dentro do tipo complexo total devem distinguir-se os elementos relevantes para a medida da pena pela via da culpa ou pela via da prevenção.¹⁴³

Os fatores constantes no artigo 71.º, n.º 2 do CP subdividem-se em fatores relativos à execução do facto (alíneas a), b), c) e e), parte final); fatores relativos à personalidade do agente (alíneas d) e f)); fatores relativos à conduta do agente anterior e posterior ao facto (alínea e)).¹⁴⁴

¹⁴¹ *Idem*, p. 232.

¹⁴² Enquanto a punibilidade integra a doutrina do facto, a punição diz respeito à doutrina da pena ou da consequência jurídica. Um facto é punível se, para além de integrar um comportamento ilícito-típico e culposo, é também digno de pena. O facto pode integrar as categorias do tipo-de-ilícito e tipo-de-culpa e não ter dignidade penal, isto é, o legislador considerar que inexistem exigências preventivas que justifiquem o desencadear da consequência jurídica, sendo exemplo paradigmático o da desistência da tentativa, mas há outros como o incitamento ou auxílio ao suicídio, no caso em que não se tenha verificado o suicídio consumado ou tentado (art. 135.º, n.º 1, *in fine* do CP). De facto, neste último exemplo, há ilicitude e culpa, mas, entende a nossa ordem jurídica que não se preenchem os pressupostos da punibilidade, uma vez que o bem jurídico (vida) acaba por ser preservado e, portanto, não existem exigências preventivas. Contudo, quando os pressupostos da punibilidade se preenchem, não se verifica imediatamente a aplicação de uma pena. O que acontece é que se desencadeia a consequência jurídica e a sua doutrina autónoma. O facto pode ter dignidade penal (ser punível) e não ser punido, não se verificando a aplicação de uma pena. Tal acontece quando a aplicação de uma pena desrespeitaria o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, quando a pena não cumprir, no caso concreto, as suas finalidades de necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito. Cfr. Jorge FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, reimp. 2011. Tomo I. pp. 668-680.

¹⁴³ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, *op. cit.*, pp. 232-235.

¹⁴⁴ Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, *op. cit.*, pp. 32-33.

Se é certo que ao legislador cabe definir as razões de política criminal que subjazem ao estabelecimento da moldura penal, a verdade é que, segundo FIGUEIREDO DIAS, também o juiz deve ter em consideração as razões político-criminais quando determina a pena, uma vez que é ele que concretiza as intenções político-criminais legislativamente definidas. A determinação judicial das exigências político-criminais no caso concreto tem em conta a necessidade e a dignidade penais presentes no facto e no agente do caso *sub iudice*. Assim, a medida da exigência de tutela dos bens jurídicos e de socialização do agente deve ser valorada, para efeitos de medida da pena, no caso concreto.

Contudo, se, por exemplo, o legislador proceder ao agravamento das molduras penais aplicáveis em determinado tipo de crime, motivado por um grande aumento da criminalidade, já não pode o juiz invocar aquelas circunstâncias na determinação da pena no caso concreto. Caso contrário, estaríamos perante a violação do princípio da proibição da dupla valoração.¹⁴⁵

Do exposto obtemos, por um lado, o ponto de vista teórico-dogmático e vimos como se desenvolve a tarefa dogmático-prática da aplicação do modelo de medida da pena.

No entanto, é imprescindível a análise do direito judiciário sobre esta matéria, conseguida pela via da consulta jurisprudencial. É, sobretudo, sobre o modo de preenchimento, na prática judiciária, do critério da prevenção geral positiva, no que toca às consequências extratípicas do facto, que nos vamos ocupar seguidamente.

c) Preenchimento do critério da prevenção geral positiva na praxis judiciária

Dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça analisados extrai-se que contribuem para a maior necessidade de prevenção geral positiva os seguintes factos:

- ressonância negativa, na consciência social, das atividades que consubstanciam determinado tipo de crimes¹⁴⁶;
- satisfação do sentimento de segurança comunitária¹⁴⁷;
- consequências sociais nefastas provocadas por determinado tipo de crime¹⁴⁸;

¹⁴⁵ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime, op. cit.*, pp. 236-237.

¹⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 29 de abril de 2015 (Proc. n.º 47/13.7PAPBL.C1.S1), relatado por Isabel Pais Martins, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/16c8b17351b072fa80257e3b00331e68?OpenDocument> [em linha].

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 11 de junho de 2014 (Proc. n.º 346/13.8JELSB.S1, relatado por Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e3d056c7831b218380257dfd0058c18e?OpenDocument> [em linha]; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 22 de maio de 2014 (Proc. n.º 10/12.5SFPRP.P1.S1), relatado por Helena Moniz, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1d4d3b701891b85280257d10002d39af?OpenDocument> [em linha]; e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 9 de abril de 2015 (Proc. n.º 147/14.6JELSB.L1.S1), relatado por João Silva Miguel, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13b84f51361e8be180257e2300310ad4?OpenDocument> [em linha].

- sentimento comunitário de afetação dos valores¹⁴⁹;
- sentimentos morais da comunidade¹⁵⁰;
- fortalecimento da coesão comunitária¹⁵¹;
- sentimentos afetados na perturbação difusa dos pressupostos em que assenta a normalidade da vivência do quotidiano¹⁵²;
- alarme e insegurança social causados por determinado tipo de crimes¹⁵³;
- forte repulsa na comunidade em geral provocada pela violação de determinado bem jurídico¹⁵⁴;
- sentimento de repulsa ou revolta dos cidadãos pela prática de determinado tipo de crime¹⁵⁵;
- restauração da paz jurídica e pacificação social¹⁵⁶;
- evitar manifestações emotivas à margem do sistema¹⁵⁷;
- expetativas comunitárias, contudo, tendo especial cuidado com a extensão do conhecimento que haja do crime e o pluralismo de valores na nossa sociedade e com o papel que sobre ela exerce a comunicação social¹⁵⁸.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra refere, igualmente, a frequência da prática de determinado tipo de crime¹⁵⁹.

1.3. Influência do mediatismo na determinação concreta da pena

¹⁴⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 14 de janeiro de 2015 (Proc. n.º 976/10.0JACBR.C1.S1.S1, relatado por Pires da Graça, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/29bb6066e8df287d80257dce0041ea12?OpenDocument> [em linha]).

¹⁵⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 12 de setembro de 2013 (Proc. n.º 1/11.3PBPTM-E1.S1), relatado por Souto de Moura, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69d083c8660803780257c040033ab05?OpenDocument> [em linha]).

¹⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 14 de janeiro de 2015, *op. cit.*

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ *Ibidem*; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 9 de abril de 2015, *op. cit.*; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 22 de maio de 2014, *op. cit.*

¹⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 9 de janeiro de 2014 (Proc. n.º 452/13.9TDEVRE.E1.S1), relatado por Helena Moniz, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e9b9542b2deb3d7b80257d93004ea6dd?OpenDocument> [em linha]; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 22 de maio de 2014, *op. cit.* e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 9 de abril de 2015, *op. cit.*

¹⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 12 de setembro de 2013, *op. cit.*

¹⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 2 de outubro de 2014 (Proc. n.º 45/12.8SWSLB.S1), relatado por Helena Moniz, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e9b9542b2deb3d7b80257d93004ea6dd?OpenDocument> [em linha] e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 12 de setembro de 2013, *op. cit.*

¹⁵⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 12 de setembro de 2013, *op. cit.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de março de 2015 (Proc. n.º 30/14.5PAACB.C1, relatado por Vasques Osório, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/7cfb090982f5a7e980257e06004e3500?OpenDocument> [em linha]).

Como mencionámos no Capítulo I, Título 1, Subtítulo 1.1. (da Parte I) desta dissertação, a maioria dos países desenvolvidos, como Portugal, encontram-se num estágio pós-democrático, em que os *media* exercem uma importante influência, podendo, inclusivamente, manipular a maioria do público que aceita toda a informação transmitida por eles como verdadeira.

A comunicação social afirma-se como Quarto Poder, assumindo-se como dona da Informação. Os *media* desempenham um importante papel na construção da realidade e, conseqüentemente, na formação da opinião pública. São os órgãos de comunicação social que determinam a agenda de acontecimentos e informações e, por esse motivo, o público só conhece e valoriza os aspetos da vida coletiva que aqueles transmitem.

Na transmissão dos acontecimentos pelos *media* denota-se um certo grau de distorção relativamente às visões do mundo, motivado pela necessidade de incrementar audiências.

Assim, os órgãos de comunicação social selecionam os casos judiciais criminais a que vão dar cobertura mediática de acordo com determinados critérios de noticiabilidade, amplamente explorados no Capítulo I, Título 1, Subtítulo 1.2. (da Parte I) desta dissertação, e que iremos abordar, sucintamente, de seguida.

Os *media* determinam previamente a abordagem que pretendem dar a determinado caso, influenciando o prisma através do qual este será visto pelo público. Deste modo, a construção social do mesmo basear-se-á na representação da realidade apreendida pelos meios de comunicação social.

Para além de que, para a notícia ser perceptível e clara para a comunidade em geral, os jornalistas reduzem a complexidade do caso judicial, pelo que nem sempre o que é transmitido se encontra em conformidade com a realidade jurídica.

Essa falta de informação completa, como vimos, bem como a interpretação acrítica da maioria do público por desconhecimento, pode gerar reações emocionais unânimes e exacerbadas. Como a notícia possui uma carga dramática de espetáculo, geram-se e exploram-se os sentimentos de insegurança por parte da comunidade.

Por último, os *media* determinam um comportamento que consideram convencional e, depois, marginalizam e reivindicam a criminalização e a punição dos comportamentos que consideram desviantes, levando a comunidade a aderir a esses valores e pensamentos.

Como constata HELENA MACHADO e FILIPE SANTOS, instalou-se a mediatização da crise da justiça, “ampliada pela ênfase mediática atribuída ao aumento da criminalidade violenta, bem como

pela cobertura de alguns casos envolvendo figuras públicas. Ambas as estratégias revertem para uma tendência para a dramatização e sensacionalismo...”¹⁶⁰.

Assim, poderá afirmar-se que a comunicação social interfere na percepção da realidade, transmitindo a ocorrência de determinados factos que, alegadamente, deram origem ao caso judicial. Como refere CUNHA RODRIGUES, “os factos noticiados são apreendidos como se correspondessem a uma versão história genuína”¹⁶¹. Um dos perigos da mediatização da justiça é, nas palavras do autor, a “«sofisticação do escândalo», pela amplificação desproporcionada dos factos, provocando fracturas entre a opinião pública e a realidade”¹⁶².

Uma notícia nunca conseguirá ser um relato puramente objetivo, tendo sempre uma dose de subjetividade que dependerá da percepção do próprio jornalista e das suas fontes. A notícia constitui um processo de construção social da realidade, uma vez que se baseia na representação social do objeto de notícia¹⁶³.

Se nos basearmos na teoria da representação de HERZLICH (1972)¹⁶⁴, o jornalista, enquanto sujeito, situado na realidade subjetiva, em interação com o objeto (caso judicial), irá transmitir uma *representação* desse objeto. Posteriormente, o cidadão, enquanto ser situado na realidade subjetiva, irá formar uma representação, não do objeto, mas uma *representação da representação* do objeto, o que torna a realidade objetiva (o mundo dos objetos) onde se encontra o objeto (o caso judicial) mais distante para o cidadão anónimo do que o foi para o jornalista. Para além de que “... o processo de significação do facto a noticiar reflecte também a filosofia editorial da organização de que [o jornalista] faz parte, que se consubstancia, de entre outros aspectos, nas normas e nos padrões culturais e organizacionais da respectiva estrutura organizativa”¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Helena MACHADO e Filipe SANTOS – “A Moral da Justiça e a Moral dos Média: Julgamentos Mediáticos e Dramas Públicos” [Em linha]. Universidade de Coimbra: *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, Oficina n.º 333, (dezembro de 2009), p. 7. [Consult 12 Jul. 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/333.pdf>.

¹⁶¹ Cunha RODRIGUES – “Justiça e Mediação. Novos problemas de comunicação e linguagem”. In Rita Basílio Simões, Carlos Camponez e Ana Teresa Peixinho (org.) – *Justiça e Comunicação: o diálogo (im)possível*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, p. 168.

¹⁶² Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 51.

¹⁶³ O termo ‘representação social’ ou ‘representação coletiva’ foi proposto por Durkheim. Cfr. Fernando Pinheiro FILHO – “A Noção de Representação em Durkheim”. *Revista Luanova* [Em linha], n.º 61, 2004, pp. 139-155. [Consult. 9 Jul. 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a08n61>.

¹⁶⁴ António João Marques Maia – *Corrupção: Realidade e Percepções. O Papel da Imprensa* [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2010, p. 109. Dissertação de Mestrado. [Consult. 13 Jul. 2015]. Disponível em [WWW:URL:http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-corruptao-realidade-e-percepcoes.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-corruptao-realidade-e-percepcoes.pdf).

¹⁶⁵ *Idem*, p. 102.

Em suma, coloca-se a questão de saber como deverá o juiz entender as necessidades de prevenção geral positiva, tendo consciência que o alarme e insegurança sociais foram exacerbados pelos meios de comunicação social, baseando-se em perceções da realidade.

É importante perceber que os critérios que se coadunam com as necessidades de prevenção geral positiva, enunciados *supra*, na realidade, se preenchem relativamente ao caso mediático.

De facto, um caso judicial, por ser mediático tem uma maior amplitude tanto quanto ao seu conteúdo como quanto ao número de pessoas que atinge, através do conhecimento que dele têm. Acresce que esse conhecimento, não sendo direto, mas apreendido através da perceção dos órgãos de comunicação social, é limitado, podendo até ser distorcido. A informação baseada no *infotainment* (informação e entretenimento) é uma informação-espetáculo, que dramatiza e pretende gerar emoções no recetor ao invés de prestar um esclarecimento factual rigoroso¹⁶⁶.

Assim, devido a essa amplitude que o caso mediático adquire, desde logo por chegar ao conhecimento de um número alargado de pessoas, o alarme e insegurança sociais são, realmente, maiores. O sentimento comunitário de afetação dos valores, as consequências nefastas para a

¹⁶⁶ Veja-se, neste sentido, o seguinte exemplo dado por ANTÓNIO ASCENSÃO RAMOS:

“... relembramos a cobertura mediática que, no verão do ano de 2011, foi dado ao caso denominado de «turista italiana violada», bem demonstrativo de que, sendo alvo de intensa atenção no início, depois caiu no esquecimento, a par da ênfase dada pela maioria dos média aos detalhes com maior capacidade de causarem sensação, em detrimento de um esclarecimento factual mais rigoroso.

Assim, em 10 de agosto de 2011, um diário noticiava que «Juiz solta violador de jovem turista» (<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/juiz-solta-violador-de-jovem-turista220638873>), referindo ainda que o magistrado habitualmente trabalhava com processos de Direito Civil mas que estava de turno no Tribunal de Instrução Criminal, devido às férias judiciais.

Ao longo do dia, ampla cobertura foi dada nomeadamente nos serviços informativos dos canais nacionais de televisão.

Apenas no final desse dia, no jornal das 20.00 horas da TVI, é referido que foi uma juíza quem tomou a decisão – e não um juiz, sendo certo que a distinção do género em casos de violência sexual é muitas vezes realçada como motivação do julgador no momento da decisão – e, mais relevante, que, segundo entretanto informado pelo Conselho Superior da Magistratura, o Ministério Público não tinha pedido a prisão preventiva do arguido (caso em que legalmente estava vedado ao juiz aplicar tal medida de coação).

Entretanto, já se podiam ler comentários na página online do diário referido comentários de leitores como «se fosse a filha do juiz eu gostava de saber se as medidas tomadas seriam as mesmas», «Aqui se vê os bons Juízes que temos em Portugal, e o burro do nosso governo continua dar-lhes mais férias e chorudos ordenados, governo pobre que continua a alimentar estes parasitas, que nada fazem pelo cidadão comum», «Pois é! só quem não está atento é que fica admirado com estas brilhantes atuações, aos senhores intocáveis não lhes pedem responsabilidades. Os pedófilos de colarinho branco, políticos corruptos, esses nem lhes deita a mão» ou «É revoltante, um homem abusa de uma mulher e sequestraa, 3 dias, em vez de ficar preso, porque representa um perigo para a sociedade, há um Juiz que o põe em liberdade. Há algo, muito urgente, que precisa de mudança» (sic).

Adianta-se, a talho de foice, ser do nosso conhecimento que a juíza que proferiu a decisão, ao invés do referido na notícia, não estava colocada em Tribunal Cível (o que inculcava a ideia de que não estaria habituada, ou mesmo apta, a lidar com o caso, de natureza penal).

Semelhante cobertura foi ainda feita por outros jornais, pelo menos em edição online, e blogues, indicando-se os seguintes a título de exemplo: <http://expresso.sapo.pt/italiana-raptada-e-violada-durante-tres-dias-em-lisboavideo=ff667391>, <http://bloguedofirehead.blogspot.pt/2011/08/violador-de-turista-em-liberdade.html>.

Apesar de em 29 de agosto de 2011, o mesmo diário já referir que fora a Procuradora do Ministério Público que não requerera a prisão preventiva (<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/justica-deixa-fugir-violador-deturista211317000>), no entanto a imputação do sucedido ao «juiz» continuava em vários casos, como por exemplo se pode ler num comentário constante da versão online do referido jornal: «Este Senhor Juiz e outros que como ele só fazem asneiradas, deviam ser expulsos e castigados devidamente; mas o que vai acontecer é provavelmente um inquérito e na pior das hipóteses, mais uma reforma dourada à n/custa!».

No mesmo dia, porém, já outro meio de comunicação social referia, ainda que *en passant*, outro facto, a nosso ver importantíssimo, e ao qual os média não deram, nem de perto, nem de longe, a mesma relevância: a turista italiana tinha desistido da queixa (<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/pj-lisboa-italiana-turista-violacao-tvi24/1276409-4071.html>).

Independentemente disso, resta ainda saber o seguinte, considerando que o crime de sequestro não admite desistência de queixa (pressupondo-se assim que o processo respetivo não terminou com a referida desistência): o inquérito já findou? Houve acusação ou arquivamento? Havia provas que sustentassem a notícia inicial? Passado que está um ano, nada mais se sabe”. Cfr. António Ascensão RAMOS – “Tribunais e Meios de Comunicação Social na Diversidade”. *Verbo Jurídico* [Em linha]. Novembro de 2012, p. 8, nota 16. [Consult. 28 Julho 2015]. Disponível em WWW:URL:http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_tribunaismeioscomunicacaosocial.pdf.

sociedade, a forte repulsa ou revolta da sociedade pela violação de determinado bem jurídico, que já existiam e que o juiz tinha de analisar, são ampliados relativamente aos casos mediáticos, uma vez que a construção social destes se baseia em representações dos factos e não na realidade objetiva. Consequentemente são também maiores as necessidades de satisfação do sentimento de segurança comunitária, o fortalecimento da coesão comunitária, a restauração da paz jurídica e da pacificação social, de forma a evitar manifestações emotivas à margem do sistema. Veja-se que, se não houver conhecimento de determinado caso judicial, não existe a *manifestação exterior* da repulsa ou da revolta comunitárias, ou apenas existe numa pequena escala.

O juiz deve entender quais as consequências que determinado crime provoca na sociedade, sem, no entanto, deixar de ter especial cuidado quando verificar que esta reage exacerbadamente, fruto dos discursos fortemente emocionalizados proferidos pelos *media*. Aliás, a isso faz referência o já mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁶⁷ quando menciona, por um lado, “a extensão do conhecimento que haja do crime” e, por outro lado, “o pluralismo de valores da nossa sociedade e nela o papel da comunicação social”. Deve-se, igualmente, ter ciente que os valores comunitários, em que se baseiam as expectativas comunitárias, não são imutáveis, sofrendo alterações ao longo do tempo.

Assim, encontramos-nos num impasse: deve o juiz ignorar a percepção e os sentimentos exacerbados da comunidade relativamente ao caso mediático e observar as necessidades de prevenção geral positiva que existiriam na hipótese do caso não ser mediático?; ou o juiz deve ter em consideração o alarme e insegurança sociais provocados, mesmo sabendo que estes decorrem da transmissão do caso judicial pelos *media*?

Se aceitássemos a primeira hipótese, as reais expectativas comunitárias sairiam frustradas, não se satisfaria o sentimento de segurança comunitária, não se alcançaria a pacificação social e, consequentemente, poderiam existir manifestações emotivas à margem do sistema. Não podemos olvidar que os sentimentos comunitários, mesmo que resultantes da *representação da representação* do caso judicial, são reais; o que gera esses sentimentos – diríamos, a sua origem – é que consiste numa percepção da realidade. Assim, nesta hipótese, não se satisfariam as exigências de prevenção geral positiva e aumentaria o descrédito dos tribunais com as consequências que daí podem advir e já explicitadas no Capítulo I, Título 2, Sub-título 2.3 (da Parte I) da presente dissertação.

¹⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 12 de setembro de 2013, *op. cit.*

Por outro lado, ao aceitarmos a segunda hipótese, corremos o risco de permitir o *trial by newspaper*¹⁶⁸, a partir da mediação do caso pela comunicação social, o que levaria a uma justiça do sentimento. Deste modo, violar-se-iam dois princípios diretores da política criminal de emanação jurídico-constitucional¹⁶⁹:

i) o princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), que se reflete da seguinte forma: exigência da necessidade e subsidiariedade da intervenção jurídico-penal e a ideia de que só as finalidades de prevenção geral e/ou especial justificam a aplicação de uma pena ou medida de segurança.

“A *prevenção geral* assume, com isto, o primeiro lugar como finalidade da pena. Prevenção geral [...] como prevenção *positiva* ou *de integração*, isto é, de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida; em suma, na expressão de Jakobs, como estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade e vigência da norma infringida”¹⁷⁰;

Desta forma, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP sujeita a intervenção penal a um estrito princípio de necessidade.

Caso o juiz tivesse em consideração o alarme e insegurança sociais decorrentes do conhecimento do caso judicial através dos *media*, parece-nos que a necessidade da prevenção geral de integração poderia ser ultrapassada para além do estritamente necessário, uma vez que, se o caso não fosse mediático, o alarme e insegurança poderiam ser menores e, conseqüentemente, as exigências de prevenção geral de integração também diminuiriam. Assim, tanto o ponto ótimo como o ponto mínimo, dentro da moldura de prevenção geral positiva, aumentarão se o caso judicial for mediático.

ii) Princípio da proibição do excesso (princípio da culpa em matéria de penas – artigos 1.º, 13.º e 25.º, n.º 1 da CRP), segundo o qual não pode haver pena sem culpa ou a medida da pena

¹⁶⁸ Designação do sistema anglo-americano.

¹⁶⁹ Embora não o mencione expressamente, a Constituição da República Portuguesa consagra princípios diretores político-criminais, incorporando aquilo que podemos designar de Constituição político-criminal portuguesa: princípio da legalidade (art. 29.º da CRP); princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal (art. 18.º da CRP); princípio da proibição do excesso - princípio da culpa em matéria de penas (arts. 1.º, 13.º e 25.º, n.º 1 da CRP) e princípio da proporcionalidade em matéria de medidas de segurança (art. 18.º da CRP); princípio da socialidade (arts. 2.º e 9.º da CRP); princípio da preferência pelas reações não detentivas face às detentivas (art. 18.º da CRP). Para mais desenvolvimentos, vide Maria João ANTUNES – *Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 11-12 e Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 71-74.

¹⁷⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., pp. 72-73.

ultrapassar a medida da culpa. O princípio da culpa fundamenta-se no princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal, não numa conceção retributiva da pena¹⁷¹.

É este último problema jurídico-constitucional – violação do princípio da culpa em matéria de penas – que iremos analisar *infra*¹⁷².

2. ISENÇÃO DO JUIZ

2.1. Poder Judicial enquanto Terceiro Poder do Estado de Direito Democrático

O conceito de Poder relacionado com o Estado deriva das palavras gregas, *Kratos* (poder) e *Arché* (força, supremacia), servindo para designar a maioria das formas de Estado: monarquia, aristocracia, oligarquia, democracia, entre outros¹⁷³.

No Estado de Direito Democrático entende-se que é na eleição que reside a legitimidade do Poder, mais concretamente, na vontade da maioria. No entanto, “as legitimidades democráticas não advêm todas do voto, nem a democracia se esgota no acto eleitoral [...]. O valor nuclear da democracia reside na liberdade e no respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana e na existência de auto e hetero controlos do Poder”¹⁷⁴.

Alargou-se o âmbito da nova conceção de democracia, que não se esgota na representatividade e no sufrágio universal, tendo como seu elemento constitutivo o Estado de Direito. Por sua vez, o poder judicial é elemento constitutivo do Estado de Direito, pois é aquele que assegura a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da ordem jurídica.

O Estado de direito limita o Estado, sobre o qual se desconfia, recaindo a confiança absoluta sobre o direito, o que conduziu a uma crescente jurisdicização das relações sociais, desde a década de oitenta¹⁷⁵.

“O Estado de direito caracteriza-se por ser um Estado que nas suas relações com os cidadãos, se submete «ao direito»: neste tipo de Estado o Poder não pode usar de outros meios, que não os autorizados pela ordem jurídica vigente e os cidadãos, por

¹⁷¹ *Idem*, p. 73.

¹⁷² *Vide* Parte I, Capítulo III, Título 1, Subtítulo 1.3. (da Parte I), da presente dissertação.

¹⁷³ Orlando Viegas Martins AFONSO – *Poder Judicial: Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 51.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 76.

seu turno, devem dispor de meios de recurso jurisdicionais necessários à reposição de qualquer legalidade violada, à repressão do abuso do poder, ou à protecção dos direitos fundamentais”¹⁷⁶.

A ação dos órgãos estatais depende da habilitação jurídica, pelo que o exercício do poder deve ser enquadrado pelo direito.

São três os planos em que o poder judicial é chamado a atuar¹⁷⁷:

- (i) Garantir o respeito pela hierarquia normativa estabelecida, isto é, assegurar que o exercício das atribuições parlamentares é conforme ao quadro constitucional fixado, uma vez que toda a lei está subordinada à Constituição;
- (ii) Controlar a submissão da administração ao direito, ou seja, às normas que fundamentam e limitam a sua ação.
- (iii) Assegurar os direitos fundamentais consagrados nos textos legais, pois aqueles constituem o núcleo do Estado de direito, estando juridicamente consagrados ao mais alto nível da hierarquia normativa.

Portanto, constitui exigência estrutural do Estado de Direito um poder judicial imparcial e independente.

A nova conceção de independência do poder judicial não se resume, apenas, ao ato de julgar.

Nos termos do artigo 203.º da CRP, importa distinguir três conceitos relacionados entre si: independência, imparcialidade e isenção.

A independência, propriamente dita, tem uma dimensão institucional, pertence aos tribunais, estando consagrada quer na Lei Fundamental quer na legislação ordinária. É um princípio político fundamental, característico do poder judicial pertencente ao Estado de Direito, que implica duas vertentes: a externa, que consagra a independência do poder judicial e dos juízes individualmente considerados face aos restantes poderes do Estado; a interna, segundo a qual a função judicial é exercida por sujeitos independentes entre si¹⁷⁸.

A imparcialidade diz respeito à independência aplicada ao caso concreto, isto é, integra o processo, sendo um requisito processual. O juiz é imparcial na aplicação do direito no caso *sub*

¹⁷⁶ *Idem*, p. 77.

¹⁷⁷ *Idem*, pp. 77-78.

¹⁷⁸ Luigi FERRAJOLI – *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés). Madrid: Editorial Trotta. 1995, pp. 578 e ss.

judice, ou seja, não está comprometido com as partes, nem com as suas causas. É, por isso, um terceiro relativamente às partes, colocando-as em paridade, não tomando partido, salvo o partido da justiça. Como afirma LUIGI FERRAJOLI¹⁷⁹, a imparcialidade representa uma alienação do juiz relativamente aos interesses das partes de um dado processo. Este configura uma relação triangular, na qual o juiz se encontra supra partes.

Já a isenção possui uma dimensão ético-psicológica, sendo um atributo pessoal do juiz (e um dever), é a sua atitude psicológica que lhe permite ser imparcial.

Assim, a isenção garante a imparcialidade, bem como a independência é uma garantia da imparcialidade.

Na presente dissertação vamos debruçar-nos sobre o conceito de isenção do juiz e perceber se esta pode ser afetado com a transmissão dos casos judiciais pela comunicação social e, em caso afirmativo, quais as repercussões jurídicas que daí podem advir.

ORLANDO AFONSO caracteriza esta noção:

“Ser isento significa não estar comprometido, em primeiro lugar, consigo próprio: com os seus pré-juízos, os seus ódios, as suas paixões, as suas simpatias e antipatias aos quais o juiz, enquanto ser humano, tem dificuldade em escapar. Em segundo lugar, não estar comprometido com a comunidade ou sociedade que o envolve: pessoas, organizações, grupos de pressão”¹⁸⁰.

2.2. O paradigma oitocentista da interpretação jurídica

Para o modelo clássico de interpretação jurídica, assente no paradigma legalista de oitocentos, a atividade interpretativa subjacente à conceção de julgar era pautada pelo cognitivismo, profundamente racionalizada, em que cabia ao intérprete tão-somente a reconstituição do pensamento do legislador. Este pensamento, ou seja, o sentido das normas seria imanente às mesmas, pelo que o intérprete – como o julgador – não poderia, nem teria necessidade, de preencher esses sentidos através do recurso a fatores ou elementos externos à própria lei. A lei identifica-se com o seu texto, pelo que o recurso aos elementos normativos seria suficiente para destrinçar os significados da mesma. Não obstante, quando a análise textual fosse insuficiente, considerava-se

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Orlando Viegas Martins AFONSO – *Poder Judicial. Independência in Dependência*, op. cit., pp. 65-66.

lícito recorrer a determinados elementos hermenêuticos, desde que sempre utilizados dentro dos limites dos seus pressupostos.

Um contributo fundamental na enumeração e desenvolvimento destes elementos foi prestado por FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. Os elementos que compõem o quadro criteriológico do autor são o elemento gramatical, o elemento lógico, o elemento histórico e o elemento sistemático. Quanto ao elemento teleológico, Savigny admitia-o com cautela e reserva, uma vez que com este se pretendia alcançar algo não contido na lei. Entendia, pois, o autor que estes elementos esgotavam o conteúdo da norma.

Subjacente a este paradigma oitocentista, estaria a necessidade de certeza e segurança jurídicas. A interpretação da norma e, conseqüentemente, a decisão judicial deveriam ser previsíveis, por forma a excluir qualquer espécie de arbitrariedade por parte do julgador. Este exerceria a atividade de julgar de modo mecanizado, através de um procedimento lógico-dedutivo, recorrendo à fórmula do silogismo de subsunção: à premissa maior subsumir-se-ia uma premissa menor, resultando desta a conclusão adequada ao caso concreto. Conclusão que, entendiam os juspositivistas, ‘jazeria’ na norma *ab initio*, ou, nas palavras de RADBRUCH, referido por JOANA AGUIAR E SILVA, “A tal que dormiria já, desde o início, no texto da lei, como a estátua no interior da peça de mármore”¹⁸¹. O legislador determinaria os limites absolutos do Direito e este seria, portanto, acabado. O direito constituiria um sistema normativo unitariamente consistente (coerente, sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente). Destarte, bastaria a utilização correta dos critérios hermenêuticos para que se alcançasse o sentido da norma.

O pensamento jurídico em si mesmo pertenceria à razão teórica e não à razão prática, porque operaria em termos lógico-analíticos e sistemático-dedutivos, excluindo considerações teleológicas e axiológicas.

Por conseguinte, o discurso jurídico seria meramente sintático, formal e não finalístico: a validade da fundamentação das decisões jurídicas residiria na mera coerência do esquema sistemático-dedutivo, considerando-se apenas razões de coerência sistemática, num quadro dogmático-concetual, ignorando-se qualquer adequação material a finalidades específicas do direito. Deste modo, a realização histórico-concreta do direito reduzir-se-ia a uma aplicação lógico-subsuntiva de um conjunto de leis previamente determinadas de modo geral e abstrato¹⁸². O julgamento cabia à

¹⁸¹ GUSTAV RADBRUCH referido por Josef ESSER – *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956 (trad. esp. Eduardo Valenti Fiol, *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*). Barcelona: Bosch, 1961, pp. 326-327 *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 171.

¹⁸² A. CASTANHEIRA NEVES – “Método Jurídico”. In *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, 1986, Vol. 4, p. 246.

lei e ao direito, o juiz, enquanto mero técnico, dogmaticamente construído e legitimado, apenas declarava o direito do caso¹⁸³.

Para percebermos a razão deste entendimento é necessário compreendermos o contexto em que o mesmo se insere. De facto, até à codificação iluminista, no século XIX, a justiça era monopolizada pelos poderosos, as instâncias judiciais eram consideradas arbitrárias e prepotentes, satisfazendo os interesses daqueles. Diz-nos JOANA AGUIAR E SILVA que “os juristas [eram] considerados malabaristas das palavras, que moldavam o seu discurso e as suas decisões aos interesses dos senhores que invariavelmente serviam”¹⁸⁴.

Foi na época iluminista que Montesquieu teorizou a divisão e independência dos três poderes do Estado – legislativo, executivo e judicial. No entanto, estes poderes atuavam de modo desequilibrado, uma vez que se consagrava a vinculação e total obediência à lei por parte do juiz, tornando-o na ‘mera boca da lei’, sendo o legislador o único criador de Direito (um Direito acabado e pré-determinado). A visão tradicional de que o juiz se devia subordinar, acriticamente, à lei, assentava em duas premissas: “a primeira é que a norma contém um significado próprio e verdadeiro pré-instituído e a segunda é que as normas, pela sua própria natureza, impõem ao aplicador, critérios e cânones determinados, que permitiam descobrir a distinção entre a interpretação verdadeira e a falsa”¹⁸⁵.

Para o período oitocentista este pressuposto era o único capaz de “garantir e assegurar a certeza do Direito, a sua imparcialidade, a sua objectividade e a uniformidade dos seus resultados”¹⁸⁶. Deste modo, o momento da criação seria distinto do da aplicação do direito. O primeiro, levado a cabo pelo legislador, seria anterior a este e este, posterior àquele, caberia ao julgador.

2.3. A mudança do paradigma oitocentista: a discricionariedade judicial

É no século XX que se assiste a uma viragem do paradigma legalista de oitocentos, colocando-se em evidência “a dinâmica normativamente constitutiva que a jurisprudência inequivocamente imprime no universo da juridicidade”¹⁸⁷.

¹⁸³ LABORINHO LÚCIO – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*. 2ª ed. Alfragide: Dom Quixote, 2012, pp. 84-85.

¹⁸⁴ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 168

¹⁸⁵ Orlando Viegas Martins AFONSO – *Poder Judicial - Independência in Dependência*, op. cit., p. 79.

¹⁸⁶ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 168.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 303.

Segundo JOANA AGUIAR E SILVA, os trabalhos linguísticos levados a cabo por HUMBOLDT, no final do século XVIII, põem em evidência a natureza constitutiva da linguagem, pondo, conseqüentemente, em causa os dogmas oitocentistas das fontes e da interpretação jurídica. Para além disso, a filosofia da linguagem, bem como a própria filosofia do Direito contemporânea destacam a plasticidade, natureza contextual, ambiguidade e imprecisão como traços característicos da linguagem¹⁸⁸. Como refere GIOVANNI DAMELE, foi na segunda metade do século XX que se deu a 'viragem linguística' da filosofia ocidental. A dimensão linguística da atividade humana passou a ser considerada fundamental, entendendo-se que a mesma não se limita a representar a realidade, sendo, antes, constitutiva dessa realidade. Se até esta altura a análise da linguagem se limitava à dimensão lógico-sintática e semântica, a partir da viragem linguística, a filosofia da linguagem debruçar-se-ia, igualmente, sobre a dimensão pragmática que consistiria na análise contextual, a fim de compreender as intenções do locutor, bem como os objetivos da comunicação¹⁸⁹. O Direito constitui um importante objeto para a investigação das ciências da linguagem, uma vez que este é feito de palavras, textos e discursos e os juristas são dos profissionais que mais exploram as potencialidades da linguagem¹⁹⁰.

Partindo do conceito de 'textura aberta de linguagem'¹⁹¹, HERBERT HART entende que existe, igualmente, uma textura aberta do Direito (pois ele depende da linguagem) e, nesse sentido, reconhecer-se a discricionariedade do poder judicial é inevitável. Entendia HART, no século XX, numa perspetiva positivista, que existem duas situações na aplicação das normas: na primeira, que consistira na maioria dos casos, os casos simples, a aplicação de uma regra não levantava dúvidas e por isso a sua aplicação é automática, sem necessidade de recorrer à hermenêutica; a segunda abrangia os casos em que a norma seria de incerta aplicação. Estes últimos casos seriam os casos duvidosos e nesses, entendia este autor, seria necessário o juiz usar da sua capacidade discricionária e normativamente criativa para decidir sem recorrer às regras de Direito existentes.¹⁹²

Criticando esta teoria de HART, surge DWORKIN. Este Autor afirmava que para a aplicação do Direito nos casos duvidosos, a ordem jurídica dispunha de princípios jurídicos que fariam com que

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Giovanni DAMELE - "Verdade e Comunicação: notas sobre a argumentação e decisão judiciária". In Rui do Carmo (coord.) - *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 98.

¹⁹⁰ Maria da Conceição Carapinha RODRIGUES - "Linguagem, Discurso e Direito. Algumas questões de Linguística Jurídica". *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 28, n.º 111, (julho-setembro 2007), pp. 6-7.

¹⁹¹ Conceito originariamente utilizado pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann. Cfr. Joana AGUIAR E SILVA - *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas.*, op. cit., p. 304, nota 710.

¹⁹² *Idem*, pp. 304-306.

o direito contivesse a resposta adequada para qualquer caso concreto e, por isso, descartando a hipótese de discricionariedade do poder judicial.¹⁹³

HART, não deixando Dworkin sem resposta, rejeitou a acusação de que a sua teoria jurídica não continha a existência desses princípios jurídicos nos sistemas jurídicos, pelo contrário, afirmou que, na utilização da palavra ‘regra’ incluía não só as regras de ‘tudo ou nada’ ou quase conclusivas, mas também aquilo que designou de ‘padrões jurídicos variáveis’, que consistem em fatores que devem ser levados em consideração e ponderados com outros. Na utilização desses princípios jurídicos ou ‘padrões jurídicos variáveis’, o julgador terá de fazer escolhas dentro daquela margem de variabilidade, pelo que, para HART, o julgador continua a dispor de discricionariedade na aplicação do Direito aos casos duvidosos. Um caso duvidoso poderá ser resolvido mediante diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes e cabe ao juiz a escolha entre eles, atuando como o legislador, tendo consciência do sentido que será melhor empregar, não lhe sendo imposta uma ordem de prioridades que seria definida pelo direito *a priori*.¹⁹⁴

HART distingue dois momentos de criação de Direito: o da criação legislativa e o da criação judicial. Paradigmática desta criação judicial é, para o autor, o recurso à analogia por parte dos tribunais, que ocorre quando estes consideram que não existe, para o caso concreto, previsão legal. O Direito que o poder judicial cria, nestas situações, é novo, mas respeita os princípios que lhe subjazem. Como afirma HART, citado por JOANA AGUIAR E SILVA, “é verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juizes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar sem a subsequente orientação do direito”¹⁹⁵.

Para DWORKIN, embora as teorias interpretativas se baseiem no facto de cada juiz possuir as suas próprias convicções, não podemos olvidar que existem paradigmas de Direito e princípios que integram a ordem jurídica que têm de ser respeitados, sob pena do julgador ser acusado de corrupto ou ignorante¹⁹⁶. Assim, este autor exclui tanto a discricionariedade como a capacidade criadora de Direito por parte do poder judicial, aquando da aplicação do Direito ao caso concreto.

É esta ideia que ‘perturba’ JOANA AGUIAR E SILVA que entende que a prática interpretativa, para além de analisar o objeto a interpretar, implica o sujeito que procede à interpretação, bem como o

¹⁹³ *Idem*, pp. 306-307.

¹⁹⁴ *Idem*, pp. 307-308.

¹⁹⁵ Herbert L.A. HART - *The Concept of Law*, 1961. Trad. port. A. Ribeiro Mendes - *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2ª ed., com um *Pós-escrito* editado por Penelope Bulloch, e Joseph Raz, “O Positivismo Moderado”, pp. 336-337.

¹⁹⁶ Ronald DWORKIN - *El Imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992, 2.ª ed., pp. 72-73 *apud* Joana AGUIAR E SILVA - *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, pp. 311-312.

contexto em que esta ocorre. A discricionariedade está presente na interpretação de normas, de elementos de prova, de situações de facto, ou da formulação de princípios. Mais ainda, para a autora, este espaço discricionário vai para além dos casos duvidosos enunciados por HART, isto é, ele existe mesmo nos casos considerados fáceis. Para sustentar a sua posição recorre a ZACCARIA que defende, tendo em conta a natureza da linguagem, a atividade hermenêutica, o facto de não ser só com leis que a jurisprudência lida, que a distinção entre “aquele núcleo de certeza da norma e a aureola de penumbra, pode ser tudo menos nítida”¹⁹⁷. Nesta senda, ZACCARIA critica Hart afirmando que para que se faça esta distinção é já necessário proceder-se a uma atividade interpretativa, que carrega, inevitavelmente, uma dose de discricionariedade por parte do intérprete¹⁹⁸. Só o juiz dá à norma o seu significado, na aplicação ao caso; tal como só ele, ao julgar segundo o direito, dá o ‘seu direito’ ao caso concreto¹⁹⁹.

Também LABORINHO LÚCIO entende que o juiz cria verdadeiro direito judiciário, quando interpreta as normas aplicáveis ao caso. Acrescentado que “há-de, assim, a decisão encontrar-se [...] dentro da coerência interna do sistema de leis, mas moldada na complexidade do estímulo de facto que a quer ver trabalhada com apelo às virtualidades da dimensão total do julgador. Nomeadamente, à sua razão e à sua emoção”²⁰⁰. O direito judiciário é, para o autor, um direito de resultado, que visa resolver o problema ou conflito concretos, não apenas compreender a norma, em termos gerais e abstratos. É necessária a análise concreta do problema ou conflito, a fim de se adequar “a previsão normativa abstracta no quadro referencial de valores moldado também pelas circunstâncias concretas do caso”²⁰¹.

De igual modo, também nós consideramos que a atividade interpretativa se assume como atividade constitutiva de sentidos. O juiz, no momento da aplicação, é o conformador, o criador de direito, dando origem ao direito judiciário. A conformação do sentido normativo resulta da realização problemática do direito; é com as exigências concretas da realidade histórico-social que a norma se determina, traduzindo-se sempre a interpretação numa ‘constitutiva concretização’. Assim, exige-se a mediação interpretativa por forma a retirar da fonte o critério normativo que permite encontrar a solução para o conflito.

¹⁹⁷ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 314.

¹⁹⁸ Francesco VIOLA, Giuseppe ZACCARIA - *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Editori Laterza, 2004, 5ª ed., p. 179 apud Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 314.

¹⁹⁹ Karl LARENZ – *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamego). 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 134.

²⁰⁰ LABORINHO LÚCIO – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, op. cit., p. 95.

²⁰¹ *Idem*, pp. 204-206.

2.3.1. O arbítrio judicial imanente ao processo de julgar: teorias sobre os processos de tomada de decisões judiciais

Como já afirmado *supra*, todo o processo judicial é pautado pela atividade interpretativa, quer na análise das normas, quer na valoração dos factos, isto é, na determinação da premissa maior e na premissa menor e, conseqüentemente, na conclusão (se atentarmos ao silogismo judiciário clássico). É, mormente, sobre a valoração da prova apresentada em juízo que a doutrina, maioritariamente, considera recair o arbítrio judicial na sua forma mais típica.

Sobre esta questão Joana AGUIAR E SILVA refere as razões apontadas por SEGURA ORTEGA: por um lado, a natureza intermediária subjacente ao conhecimento dos factos, uma vez que o juiz, não os tendo presenciado, terá de recorrer a meios indiretos, de forma a estabelecê-los como correspondentes ou não à realidade e, nessa medida, o seu conhecimento dos mesmos será sempre limitado, dependendo de outrem; por outro, em juízo estão diferentes fontes que, frequentemente, prestam informações contraditórias sobre os mesmos factos. Deste modo, cabe ao juiz apreciar livremente toda a informação que recebe, a fim de estabelecer os factos provados e não provados, sendo que daí decorrem conseqüências jurídicas²⁰². É nisto que consiste o princípio da livre apreciação da prova, consagrado no nosso ordenamento jurídico (artigo 607.º, n.º 5 do Código de Processo Civil e artigo 127.º do Código de Processo Penal).

Parece-nos inequívoco, como parece a JOANA AGUIAR E SILVA e SEGURA ORTEGA, entre outros, que essa apreciação por parte do magistrado será feita com base nas convicções que este vai formando no decurso do processo. Estas convicções, sendo íntimas, variam, naturalmente, de juiz para juiz e, portanto, delas não podemos obter verdades absolutas.

A Psicologia tem vindo a desenvolver estudos sobre os processos mentais de decisão, em geral, e do juiz, em particular, enquanto ser humano que é²⁰³. É sobretudo sobre as decisões judiciais no âmbito do processo penal que a maioria dos estudos se tem vindo a debruçar, uma vez que são

²⁰² Manuel SEGURA ORTEGA - *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 49, 60-61 *apud* Joana AGUIAR E SILVA - *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 362.

²⁰³ De acordo com vários autores (entre os quais, Baum, 2010 e Dhami, Hastie, Koehler, & Wiener, 2007), enunciados por ANDREIA CASTRO RODRIGUES, o processo de tomada de uma decisão judicial deve ser entendido de modo particular face às tomadas de decisão em geral. Essa particularidade resulta do facto de estas serem tomadas por pessoas altamente qualificadas, que não têm acesso ao conhecimento pleno dos factos. Assim, consideram que as teorias psicológicas gerais da tomada de decisão não podem ser aplicadas linearmente, sendo necessário um estudo específico para a tomada de decisão judicial. Cfr. Andreia Luísa Gonçalves Teixeira de Castro RODRIGUES - *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do Direito penal* [Em linha]. Porto: Universidade Fernando Pessoa. 2013, p. 11. Tese de Doutoramento em Ciências Sociais. [Consult. 23 set. 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4264/1/tese%20dout%20Andreia%20Rodrigues.pdf>.

estas decisões as que comportam maior relevância e significância social²⁰⁴. A psicologia tem vindo a investigar a influência da informação extralegal nas decisões dos juizes. Tem-se entendido que “as leituras legais que os juizes realizam dos processos passam inevitavelmente pelo filtro do seu ser individual. As suas experiências de vida e a visão particular do mundo que estas configuram levam inevitavelmente a interpretações diferenciadas da lei e dos casos concretos”²⁰⁵.

Existem várias teorias sobre os processos de tomada de decisão sentencial que têm vindo a ser desenvolvidas ao longo dos tempos²⁰⁶. ANDREIA RODRIGUES CASTRO destaca uma teoria em particular, desenvolvida em 1995 por MICHON e PAKES, não obstante continuar a estar presente na literatura recente, por entender ser esta a que melhor se coaduna com o contexto jurídico português. Estes autores sistematizam os processos de tomada de decisão nos seguintes passos: 1. Reconhecimento do problema; 2. Problema de tomada de decisão; 3. Identificação das consequências; 4. Utilidade e avaliação das probabilidades; 5. Consequências a longo prazo e a curto prazo; 6. Seleção entre alternativas. Estes autores, na conclusão do seu estudo, mencionam as limitações cognitivas humanas, uma vez que o juiz, enquanto Homem não consegue ser racional em sentido estrito, bem como as circunstâncias de pressão de tempo e excesso de informação em que são tomadas as decisões judiciais.²⁰⁷

Uma das ideias sobre as quais versa o realismo jurídico norte-americano consiste na natureza humana do julgador: “os juizes, para vestir as calças, metem primeiro uma perna e depois outra, como toda a gente”²⁰⁸.

Os realistas consideram que a razão que subjaz ao julgador é a razão humana, com as limitações e condicionalismos que lhe são inerentes, mas que o processo de tomada de decisão judicial se socorre de métodos distintos daqueles que são empregues na tomada de decisão das pessoas em geral²⁰⁹. Também Sonia RODRÍGUEZ BOENTE refere a existência, na decisão judicial, de fatores psicológicos e sociológicos, citando, a este propósito, ORTEGA SEGURA, “no se defiende el irracionalismo ni el escepticismo pero la racionalidad a la que se puede aspirar es siempre una

²⁰⁴ Ana SACAU e Andreia de Castro RODRIGUES – “A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – um contributo da Psicologia”. *Revista Antropológica*. [Em linha]. N.º 12, 2011, p. 34 [Consult. 23 set. 2015]. Disponível em WWW: [URL: http://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1034/825](http://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1034/825).

²⁰⁵ *Idem*, p. 34.

²⁰⁶ Não abordaremos todas as teorias, uma vez que tal reveste interesse especial para área da Psicologia, extravasando o objeto desta dissertação. Contudo, para mais desenvolvimentos, *vide* Andreia Luísa Gonçalves Teixeira de Castro RODRIGUES - *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do Direito penal*, *op. cit.*, pp. 19-24.

²⁰⁷ *Idem*, pp. 25-30.

²⁰⁸ James BOYLE – The politics of reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, pp. 685-780 *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 379.

²⁰⁹ Frederick SCHAUER – *Is there a Psychology of Judging?* [Em linha]. John F. Kennedy School of Government - Harvard University, 2007, p. 14. [Consult 24 set. 2015]. Disponível em WWW: [URL: http://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?id=276](http://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?id=276).

racionalidade que tiene carácter relativo pues está condicionada por contexto histórico y social en el que se desenvuelve”²¹⁰. A autora acrescenta que existem fatores que estão fora da possibilidade racional de controlo por parte do juiz e que influenciam a decisão judicial, sendo eles a personalidade do juiz e os valores assumidos pelo grupo social²¹¹.

Também Manuel SIMAS SANTOS destaca a natureza humana do julgador, na medida em que releva o papel das “reações intuitivas, emocionais ou sentimentais do julgador (intérprete) em face do caso concreto”²¹², existindo uma aproximação entre o julgador e a pessoa julgada. Segundo ANTOINE GARAPON, o julgamento judicial não decorre de uma operação estritamente intelectual, antes “articula-se com base num juízo social prévio, na maior parte das vezes inconsciente”²¹³.

LABORINHO LÚCIO afirma, igualmente, que o julgador, enquanto sujeito, é “colocado no centro de toda a investigação, como seu objeto. Sujeito, ele próprio, dotado de razão e de emoção, convocado a procurar a objectividade requerida no julgamento, implicando no processo de decisão a sua própria subjectividade, enquanto pessoa e sujeito”²¹⁴.

2.4. A influência da comunicação social sobre o processo de tomada de decisão judicial

2.4.1. A relação com as teorias narrativistas

Para o enquadramento dos valores assumidos pelo grupo social desempenham especial relevância os meios de comunicação social.

De acordo com JOANA AGUIAR E SILVA, os meios de comunicação social moldaram a cultura popular, sobretudo a partir do século XX em que estes se generalizaram. Diz-nos esta autora que “estes meios de comunicação social acabam por ser responsáveis não só pelas ideias e pelo conhecimento que se tem de uma certa realidade, como também pelos próprios processos e mecanismos de pensamento e de perceção”²¹⁵. Para SHERWIN, as mensagens que os meios de comunicação social, especialmente os audiovisuais, largamente difundem, podem “promover

²¹⁰ Manuel ORTEGA SEGURA – *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos Editorial, 1998, p. 24 *apud* Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BOENTE – *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2003, p. 121.

²¹¹ Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BOENTE – *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, *op cit.*, p. 121.

²¹² Manuel SIMAS SANTOS – A Construção de uma Decisão. In Rui do Carmo (coord.) – *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 29.

²¹³ Antoine GARAPON – *Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 315.

²¹⁴ LABORINHO LÚCIO – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, *op. cit.*, pp. 88-89.

²¹⁵ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 140.

alguma erosão de crenças que são fundamentais para a generalidade das pessoas conseguir diferenciar a verdade da ficção e a imagem da própria realidade”²¹⁶. Se atentarmos nos noticiários, séries televisas ou filmes, produzidos para o entretenimento das audiências de massas, parecem não restar dúvidas relativamente à importância conferida pela cultura popular às histórias do direito e da atividade judiciária²¹⁷. De acordo com LUHMANN, são os meios de comunicação de massas (audiovisuais ou imprensa) que formam a opinião pública²¹⁸, sendo esta um produto daqueles²¹⁹. É também esta a posição que defendemos, seguindo a linha de argumentação alcançada pelos estudos sociológicos que demos conta no Capítulo I, Título 1 (da Parte I) da presente dissertação.

As teorias narrativistas do direito entendem que este, enquanto atividade comunicativa, implica o contar de histórias. Histórias que decorrem dos relatos dos clientes aos seus advogados, dos depoimentos e declarações prestadas pelas testemunhas no tribunal,...

Tal como diz ANNE MOSES STRATTON, ao recontarmos factos sobre acontecimentos situados no passado, trazendo-os para o presente, estamos a contar histórias. O hiato temporal entre o acontecimento dos factos e o momento do seu relato acaba por constituir uma limitação à atividade judiciária²²⁰. Para além de que a visão sobre os factos ocorridos é sempre perspectivada, subjetiva, de acordo com as vivências, perspicácia e conhecimento do locutor. Nas palavras de JOANA AGUIAR E SILVA, “a história que cada um conta é um reflexo de si mesmo”²²¹, das suas idiossincrasias, das diferentes histórias de vida de cada um. Acresce que o objetivo destas narrativas será sempre provar, em tribunal, a ocorrência de determinados factos, conformando-se estes num determinado quadro jurídico, para que daí advenham as consequências jurídicas que se pretendem²²².

TARUFFO afirma mesmo que, constituindo o facto o que sobre ele se diz, estamos perante a enunciação de um facto e não do objeto empírico enunciado²²³. O juiz, enquanto intérprete, terá de

²¹⁶ Richard SHERWIN – *When law goes pop. The vanishing line between law and popular culture*. Chicago: Chicago University Press, 2000, pp. 5 e 15 e ss. *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 141.

²¹⁷ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 141.

²¹⁸ Embora no tocante ao conceito de opinião pública, a doutrina não seja consensual. Por um lado, há os que a entendem como a consciência coletiva, apurada pelas sondagens e que consistiria no ponto de vista do cidadão comum. Por outro lado, há quem entenda que a opinião pública é aquela que é partilhada pelo maior número de pessoas e, nessa medida, pode ser considerada uma opinião democrática. Cfr. Ana Paula Pinto LOURENÇO – “Justiça e Comunicação Social. Entre a tensão e a tentação recíprocas”. *Revista Jurisimat*. Portimão, n.º 2, (2013), p. 220.

²¹⁹ Niklas LUHMANN – *A Improbabilidade da Comunicação*. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2000, pp. 69 e ss.

²²⁰ Anne Moses STRATTON – *Courtroom Narrative and Finding of Fact: Reconstructing the Past One (Cinder) Block at a Time*. *Quinnipiac Law Review*, vol. 22, pp. 923 e ss., 2004, p. 923 *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 88

²²¹ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 88.

²²² *Idem*, p. 89.

²²³ Michele TARUFFO – *La prova dei fatti giuridice*, 1992, trad. esp. Jordi Ferrer Beltran – *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 114 *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 90.

escolher a história que lhe fará mais sentido e lhe pareça mais aproximada da verdade²²⁴, fixando, também ele, uma história, a que consagra na sua decisão final. Essa história é dotada de autoridade e é coercivamente implementada, uma vez que advém de um magistrado investido dessa autoridade²²⁵.

No mesmo sentido, entende MARIA CLARA CALHEIROS que a descoberta da verdade, para ser plena, dependeria da reunião de toda a prova relevante e das testemunhas terem transmitido os factos que conhecem de forma correta e completa. A autora considera, ainda, que estas limitações que não permitem alcançar conclusões absolutas, não existem apenas no domínio do processo judicial (embora, neste caso, adquiram um carácter específico), integrando, também, o universo das ciências ‘exatas’²²⁶.

Assim, por muito que o objetivo do processo judicial seja o de alcançar a verdade material, torna-se claro que, devido ao facto de a informação ser mediada por quem observou os factos, constituindo enunciações de factos, tendo em vista um propósito – a prova – e depois analisada pelo julgador, de acordo com as suas convicções, a verdade possível será sempre relativa. Segundo GIOVANNI DAMELE, o objetivo do processo judicial consistiria “numa reconstrução factual, o mais aproximada da realidade, ou seja, caracterizada por uma «plausibilidade explicativa»”²²⁷. O mesmo é corroborado por JOANA AGUIAR E SILVA que afirma existir na verdade judicial, mais do que a verdade, uma verosimilhança e mais do que efetiva realidade, uma plausibilidade. Acrescenta, ainda, que no contexto processual (o qual determina regras próprias que os intervenientes terão de respeitar) em que decorre a atividade judiciária, apenas podemos falar em verdade do processo²²⁸. Nem todos os factos interessam ao Direito, apenas os que são juridicamente relevantes. Assim, não é possível separar a factualidade da normatividade. Recorremos a JOANA AGUIAR E SILVA que tão bem explica esta questão: “É o direito que determina aquilo que no processo consta como facto, o que é passível de constituir facto juridicamente relevante. O Direito, por seu turno, não deixa de obedecer àquela

²²⁴ *Idem*, pp. 72-73.

²²⁵ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 102.

²²⁶ Maria Clara CALHEIROS – “Prova e verdade no processo judicial. Aspetos epistemológicos e metodológicos”. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 29, n.º 114, (abril-junho 2008), pp. 73-74. Contudo, a autora considera que tanto existe prova com elevado grau de fiabilidade como altamente falível e, nesse sentido, há factos mais fáceis de dar como provados e outros mais difíceis. Nas suas palavras, “Abdicar, sem mais, da verdade como objectivo é, afinal, tratar tudo isto do mesmo modo, o que representa uma intolerável relativização” (Cfr. *Idem*, p. 75).

²²⁷ Giovanni DAMELE – “Verdade e Comunicação: notas sobre a argumentação e decisão judiciária”, *op. cit.*, p. 107.

²²⁸ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 105.

mesma estrutura narrativa, linguística e situada, consentânea com um dado imaginário político e cultural que se inscreve forçosamente nos horizontes da sua compreensão”²²⁹.

A verdade judicial tem de ser fundamentada, uma vez que os poderes discricionários atribuídos ao julgador não constituem uma absoluta liberdade de ação e de decisão: o arbítrio judicial não se deve confundir com arbitrariedade, que pressupõe irracionalidade, não sendo passível de sindicância²³⁰. O julgador, para decidir, deverá pautar-se pelos critérios hermenêuticos (elemento literal, sistemático, histórico e lógico), que serão analisados casuisticamente, ou seja, é com a concreta utilização prática que estes serão hierarquizados, tendo sempre em consideração o caso *sub judice*.

Afirma ZACCARIA que, no processo de análise do caso e na escolha dos critérios interpretativos, para além de estarem presentes os conhecimentos técnico-jurídicos e profissionais do julgador, nele estão patentes as suas experiências, personalidade, inclinações políticas e éticas e os seus preconceitos e preferências²³¹. É a estes pré-juízos ou pré-conceitos que o juiz tem de regressar antes de progredir no sentido da decisão. Esta formulação de juízo implícito, inconsciente, concorre com a operação consciente. A tomada de consciência daquele será “tanto mais difícil quanto remete o juiz para a sua própria finitude, senão mesmo para a sua impotência”²³². Destarte, os critérios utilizados que justificam as decisões têm um valor tópico e argumentativo²³³. Esta não é uma racionalidade lógico-dedutiva, mas antes hermenêutica, portanto, não existem respostas únicas e as respostas dependem da argumentação. De acordo com PAUL RICOEUR, o juiz deve “tomar posição”, e não limitar-se a “opinar, avaliar, ter por verdadeiro”²³⁴, tendo sempre a consciência da subjetividade do seu pensamento e das motivações não jurídicas que intervêm tanto na fixação dos factos como na decisão. Interpretar, no sentido jurídico, não é um mero ato cognitivo, é um ato de vontade, pois interpretar é tomar uma decisão²³⁵. Esta nossa opinião é corroborada por SIMAS SANTOS que cita DANIEL GOLEMAN, para quem “a noção de que existe pensamento puro, racionalidade desprovida de

²²⁹ Joana AGUIAR E SILVA – “As Narrativas do Direito e a Verdade Judicial”. In Rui do Carmo (coord.) – *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 118-119.

²³⁰ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 367.

²³¹ Giuseppe ZACCARIA e Francesco VIOLA – *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Editorial Laterza, 2004, p. 223 apud Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., pp. 378-379.

²³² Antoine GARAPON – *Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário*, op. cit., p. 315.

²³³ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 385.

²³⁴ Paul RICOEUR – *O Justo ou a Essência da Justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 164.

²³⁵ Giovanni DAMELE – “Verdade e Comunicação: notas sobre a argumentação e decisão judiciária”, op. cit., p. 109.

sentimentos, é uma ficção, uma ilusão baseada na desatenção aos humores subtis que nos perseguem ao longo do dia”²³⁶.

Assim, num Estado de Direito, os magistrados têm o dever de, na decisão final, apresentar os motivos que os levaram àquela. É a motivação que sustenta a sua decisão final, será ela a mostrar o *iter* percorrido pelo magistrado, em que expõe cada decisão hermenêutica, que lhe permitiu chegar às conclusões finais. Na sua justificação, o julgador recorre à argumentação – de modo a fundamentar a justiça e justeza da sua decisão – e deve ficar claro o porquê de ter escolhido determinadas hipóteses em detrimento de outras que tinha ao seu dispor e que decorreram do processo judicial e, assim, chegando a uma conclusão possível, entre várias que poderia obter caso tivesse feito outras escolhas.

Dito de uma forma mais pragmática: por um lado o julgador deve expor os motivos que o levaram a dar como provados determinados factos apresentados em tribunal, factos que ele considerou juridicamente relevantes, em detrimento de outros; por outro lado, importa que fundamente a opção por determinadas consequências jurídicas, quando outras se mostravam igualmente legítimas²³⁷. Como afirma SEGURA ORTEGA, é a motivação que impede que o arbítrio, subjacente ao exercício da discricionariedade, se transforme em pura arbitrariedade²³⁸. No mesmo sentido, entende JOANA AGUIAR E SILVA que talvez seja na motivação, juridicamente sustentada, que se pode encontrar os limites eficazes para a discricionariedade da atividade judiciária²³⁹.

2.4.1.1. A lógica da coerência retórica e da persuasão: o agir estratégico do discurso jurídico e da comunicação social

Seguindo esta linha de argumentação, parece claro que a lógica da coerência retórica e da persuasão desempenham um papel fundamental no processo, abrangendo todos os seus intervenientes²⁴⁰.

GIOVANNI DAMELE distingue ‘agir comunicativo’ de ‘agir estratégico’, situando o discurso jurídico, genericamente, no âmbito deste último. O autor entende por ‘discurso jurídico’, as alegações

²³⁶ Daniel GOLEMAN – *Trabalhar com Inteligência Emocional*. Lisboa: Temas e Debates, 1999, p. 60 *apud* Manuel SIMAS SANTOS – A Construção de uma Decisão. In Rui do Carmo (coord.) – *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 29.

²³⁷ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, pp. 386-389.

²³⁸ Manuel SEGURA ORTEGA – *Sentido y límites de la discricionariedad judicial*, *op. cit.*, p. 40 *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 387.

²³⁹ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, pp. 387-388.

²⁴⁰ *Idem*, pp. 384-385.

finais dos advogados, as motivações de um acórdão ou, até mesmo, a interpretação jurídica por parte de um jurista. Centremo-nos no papel dos advogados.

DAMELE considera que este é “eminente estrategico, sendo partidário por definição”. A dialética existente entre as partes e o juiz ou entre as partes confere a este discurso uma “tonalidade retórica” e, deste modo, a dimensão comunicativa encontra-se sempre subordinada ao intuito estratégico²⁴¹.

Com efeito, também assim o entendemos, uma vez que este discurso jurídico pretende persuadir alguém acerca de algo, ou seja, é utilizado a fim de se alcançar determinado propósito. Para tal é delineada uma estratégia, isto é, a linha de argumentação que culminará na conclusão (objetivo último) que se pretende que o interlocutor – no caso, o julgador – aceite como verdadeira. Para tal, o locutor irá selecionar as informações que considera serem relevantes para a persuasão, contrariamente ao que acontece no ‘agir comunicativo’ em que todas as informações (de que se tem conhecimento) são transmitidas.

Contudo, não é apenas o discurso jurídico que possui uma dimensão estratégica. De igual modo, o discurso utilizado pelos órgãos de comunicação social também a possui, na medida em que, como temos vindo a constatar no decurso desta dissertação, o seu propósito é alcançar o maior lucro possível e a sua estratégia baseia-se numa lógica económica, de mercado.

2.4.1.2. A relatividade da verdade processual: contributo da comunicação social para a formação da convicção-crença do julgador

Partindo da perspectiva defendida pelas teorias narrativistas do direito, com as quais concordamos, a verdade judicial será sempre relativa. Ela consiste na realidade apreensível pelo Homem e, por isso, depende das suas limitações intrínsecas, para além de se basear em histórias por vezes divergentes, tendo em conta a perspectiva individual e os objetivos que se pretendem atingir.

Ora, como se sabe, os *media* podem ser considerados “contadores profissionais de histórias” que nem sempre contam a verdade²⁴², fazendo uso de um discurso predominantemente emotivo que acaba por ser mais persuasivo, uma vez que explora o lado emocional do ser humano, podendo, até, em certa medida, extravasar a persuasão, convertendo-se em manipulação.

²⁴¹ Giovanni DAMELE - “Verdade e Comunicação: notas sobre a argumentação e decisão judiciária”, *op. cit.*, pp. 101-102.

²⁴² Expressão atribuída a Anne Moses Stratton. (Cfr. Anne Moses STRATTON - *Courtroom Narrative and Finding of Fact: Reconstructing the Past One (Cinder) Block at a Time*. *Quinnipiac Law Review*, vol. 22, 2004, pp. 923 e ss. *apud* Joana AGUIAR E SILVA - *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, pp. 95-96).

Assim, se “está em vantagem quem melhor dominar as técnicas narrativas”²⁴³, parece-nos que os meios de comunicação social ao transmitirem os relatos dos factos (sobre os quais versa um processo judicial), obtidos através da investigação jornalística, estão em vantagem.

Como afirma RUI PINTO DUARTE, “o juízo jurídico sobre a prova é um juízo de convicção-crença”, não se baseando em validações científico-experimentais nem em validações lógico-dedutivas²⁴⁴. De igual modo, ANTUNES VARELA, JOSÉ MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA entendem que “a prova, no processo, pode assim definir-se como a atividade tendente a criar no espírito do juiz a convicção (certeza subjectiva) da realidade de um facto”²⁴⁵. Não só na doutrina, mas também na lei é comum encontrar-se o conceito ‘convicção do julgador’²⁴⁶.

A questão que se coloca é a de saber em que medida os relatos dos factos, apresentados diariamente (e, por vezes, exaustivamente) pelos meios de comunicação social acerca de determinado caso judicial, poderão interferir na formação da convicção-crença do julgador.

Entendemos que, atualmente, parece estar desconstruída a conceção oitocentista do juiz enquanto ser totalmente isento, com capacidade de alcançar a verdade material através de exercícios lógico-dedutivos. Uma conceção que pode ser resumida do seguinte modo: juiz enquanto ‘mera boca da lei’, plenamente isento, que se limita a julgar com base num Direito pré-determinado, cujos sentidos lhe seriam imanes desde a criação legislativa.

Hoje, percebemos que a função do juiz não consiste na mera aplicação passiva do direito legislado ao caso concreto. A metodologia hermenêutica lógico-dedutiva não é capaz de dar resposta aos conflitos sociais que exigem poderes discricionários e adequação material ao mérito dos casos decididos, uma vez que a solução daqueles não se pode basear numa tarefa de aplicação mecânica, meramente formal e lógico-silogística da lei positiva. Cabe ao juiz determinar o sentido jurídico-normativo da fonte de direito, isto é, atribuir significado ao conteúdo dessa fonte, uma vez que esta não contém um significado prévio; pelo contrário, o seu conteúdo resulta da interpretação.

Os recentes estudos da Psicologia, da Sociologia e a *praxis* judiciária vêm-nos mostrar que a atividade judiciária não é linear:

²⁴³ Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, op. cit., p. 95.

²⁴⁴ Rui Pinto DUARTE – “Algumas notas acerca do papel «convicção-crença» nas decisões judiciais”. *Revista Themis*. Coimbra: Almedina, ano 4, n.º 6, (2003), p. 7.

²⁴⁵ Antunes VARELA, José Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA – *Manual de Processo Civil*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 436.

²⁴⁶ Vejam-se, por exemplo, os artigos 653, n.º 2 e 655, n.º 1 do Código de Processo Civil e os artigos 355, n.º 1 e 365, n.º 3 do Código de Processo Penal.

- (i) não se pode falar em isenção plena, na medida em que o juiz é um ser humano e “não há ensino universitário, nenhum tipo de formação jurídica, por mais perfeita que seja, capaz de eliminar tal condicionamento. [...] simplesmente pelo dado mais trivial relativo ao pensamento jurídico na prática: os juristas não são menos umas pessoas de carne e osso que qualquer outro ser humano!”²⁴⁷. Por isso, os juízes possuem as mesmas limitações dos restantes seres humanos²⁴⁸;
- (ii) o Direito não está pré-determinado, não constitui uma entidade racional subsistente em si mesma, nem possui a capacidade de abranger todas as situações da vida, porque, desde logo, é feito por Homens e a vida é provida, cada vez mais, de tamanha complexidade que qualquer tentativa de previsão de todas as situações tornar-se-á infrutífera.

Assim, se, como afirma ANDREIA RODRIGUES, “o sentenciar é um processo de tomada de decisão que não tem por que ser impermeável às influências exercidas por uma série de elementos (de forma semelhante à que ocorre com outros processos decisórios mais complexos ou mais rotineiros)”²⁴⁹ e se, como refere CARCOVA,

“os/as juízes/as ao julgar, conhecem, interpretam, valoram, deslindam, estipulam. Não de uma maneira monádica, isolados, solitários e caprichosos. Antes como seres sociais, portadores de uma cultura técnica mas irredutivelmente permeáveis ao conjunto de representações, estados de consciência e visões do mundo que partilham com os seus congêneres e coadjuvam com o seu trabalho, às vezes a conservar, outras vezes a transformar”²⁵⁰,

então parece-nos que também os julgadores – enquanto Homens – podem estar sujeitos à persuasão exercida pelos *media*.

²⁴⁷ Cfr. Enrique Pedro HABA – *Metodología Jurídica Irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales (a contrapelo de las fabulaciones dominantes en la más actual teoría del derecho)*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 347 *apud* Joana AGUIAR E SILVA – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, *op. cit.*, p. 379.

²⁴⁸ Veja-se a história que LABORINHO LÚCIO nos conta a propósito da influência de elementos intrínsecos ao julgador, enquanto ser humano, na tomada de decisão: “Repugnara-lhe uma tentativa de condicionamento da sua isenção. «Uma cunha», dissera o próprio, «verá amanhã que o homem não teve culpa... aquilo é só absolvê-lo.» Foi condenado. Em pena de multa. O juiz nunca ultrapassou a dúvida. Perante uma prova que julgou bastante mas, apesar de tudo, débil, a condenação terá resultado desta ou... da cunha?”. (Cfr. LABORINHO LÚCIO – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, *op. cit.*, p. 79.

²⁴⁹ Andreia Luísa Gonçalves Teixeira de Castro RODRIGUES - *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do Direito penal*, *op. cit.*, p. 37.

²⁵⁰ C. M. CARCOVA – “Qué hacen los jueces cuando juzgan?”. *Revista da faculdade de direito da UFPR*. Paraná, n.º 35, (2001), p. 17.

Como afirma RUI DO CARMO, a informação jornalística faz-se, não raras vezes, pela violação de direitos pessoais, pelo *voyeurismo*, pelo sensacionalismo e pelo justiceirismo, visando-se, implícita ou explicitamente, “influenciar o andamento dos processos ou a decisão”²⁵¹. O autor admite a influência exercida pelos *media* sobre a atividade judiciária²⁵².

É isso que defende, no seu estudo, CÉSAR MANZANOS BILBAO: “esta presión mediática en muchos casos condiciona y en otros determina el sentido y el tipo de sentencia, hasta el punto de que un juez a la hora de tomar una decisión se ve coaccionado por los efectos mediáticos [...] que su decisión tendrá. Esta supone un ejercicio coercitivo de la justicia mediante un chantaje difuso y sutil, pero efectivo y contundente sobre la independencia y anonimato que ha de guiar la administración de justicia en una sociedad democrática”²⁵³.

Os juízes, por seu lado, embora afirmando que o facto de o caso judicial que lhes compete julgar ser mediático lhes provoca uma pressão acrescida, referem, habitualmente, que a mesma não interfere com a sua isenção²⁵⁴. No entanto, é necessário distinguir o que os decisores pensam que fazem do que fazem na realidade, uma vez que se constata que “aquilo que os juízes e as juízas afirmam fazer tem muito pouca semelhança relativamente àquilo que fazem”²⁵⁵.

Existem, portanto, elementos intrínsecos e extrínsecos ao julgador que o podem influenciar na sua decisão judicial:

- (i) O juiz, enquanto ser humano, tem uma história de vida, experiências pessoais, uma personalidade singular e um entendimento próprio acerca do mundo e dos valores que, inevitavelmente, serão carreados para os processos judiciais que lhe cabe decidir.
- (ii) As informações acerca da matéria de facto transmitidas pelos meios de comunicação social (que decorrem da sua atividade de investigação) no âmbito de casos judiciais mediáticos podem, até inconscientemente, influenciar o julgador. A informação veiculada pelos *media* é, por vezes, baseada em testemunhas do ‘ouvi dizer’, o que pode causar

²⁵¹ Rui do CARMO – “Os Tribunais administram a justiça em nome do povo”, *op. cit.*, p. 152.

²⁵² “A mediatização da justiça penal tem exercido significativa influência na produção legislativa e na prática judiciária”. Cfr. *ibidem*, p. 153.

²⁵³ César Manzanos BILBAO – “Factores sociales y decisiones judiciales”. *Revista Sociológica*. Universidade da Coruña, n.º 5, (2004), pp. 151-152.

²⁵⁴ Os juízes (portugueses), alvo de estudo sobre os fatores implicados no processo de tomada de decisão, afirmaram que um dos crimes mais difíceis de julgar são os casos mediáticos, mas fizeram “questão de sublinhar de forma muito afirmativa que as maiores dificuldades em termos pessoais não interferem na capacidade de imparcialidade”. ANDREIA CASTRO RODRIGUES, autora do estudo, concluiu que a resposta dada pelos juízes é “um pouco exigente demais e algo ingénuo no que respeita às capacidades e limitações humanas. Cfr. Andreia Luísa Gonçalves Teixeira de Castro RODRIGUES - *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do Direito penal*, *op. cit.*, pp. 332-333.

²⁵⁵ V. J. KONECNI e E. B. EBBESEN – The mythology of legal decision making. *International Journal of Law and Psychiatry*, n.º 7, (1984), pp. 5-18 *apud* Andreia Luísa Gonçalves Teixeira de Castro RODRIGUES - *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do Direito penal*, *op. cit.*, p. 120.

danos na recolha e apreciação das provas, sobretudo porque os factos noticiados são percecionados, pela maioria do público, como a versão histórica genuína²⁵⁶.

Enquanto, no primeiro caso, entendemos que esses elementos serão, inevitavelmente, carreados para os processos judiciais, porque são intrínsecos ao próprio julgador e ele não se pode libertar deles. Já no segundo caso, pensamos estar na presença de elementos extrínsecos, que, até inconscientemente, perturbam o julgador, na medida em que “a convicção do julgador é co-determinada pelo seu «lado emocional». Não sendo possível separar o perceber, o pensar e o sentir (emoções), não é possível determinar em que medida a convicção do julgador se deve a elementos situados em cada um desses níveis”²⁵⁷.

Assim, pensamos que, nos casos mediáticos, se pode pôr em causa o princípio da presunção de inocência do réu. Abordaremos este problema jurídico-constitucional *infra*²⁵⁸.

²⁵⁶ Rui do CARMO – “Os Tribunais administram a justiça em nome do povo”, *op. cit.*, p. 168.

²⁵⁷ Rui Pinto DUARTE – “Algumas notas acerca do papel «convicção-crença» nas decisões judiciais”, *op. cit.*, p. 15.

²⁵⁸ *Vide* Capítulo III, Título 2, Subtítulo 2.3 (da Parte I), da presente dissertação.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS RESULTANTES DOS PROBLEMAS JUDICIÁRIOS

1. PRINCÍPIO DA CULPA EM MATÉRIA DE PENAS

1.1. Notas introdutórias

1.1.1. Conceito jurídico de culpa

Em termos sucintos, a culpa, materialmente considerada, no âmbito do direito penal, surge como “uma censura jurídica dirigida ao agente pela prática do facto” e, desta forma, designamo-la de culpa jurídico-penal.²⁵⁹

A culpa pressupõe, desde logo, a consciência ética, ou seja, a capacidade psíquica da pessoa dominar os seus impulsos e pautar a sua vida por deveres, agindo e adequando a sua conduta, livremente, de acordo com estes. Só assim se confere o direito de liberdade a toda e a cada pessoa. Estamos na presença de culpa ética quando a pessoa viola o seu “dever originário de realização e desenvolvimento do ser-livre (do dela e do de todos os outros)”²⁶⁰.

Daí que, na opinião de GERMANO MARQUES DA SILVA, “a exigência constitucional da culpabilidade se deduz da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP)”²⁶¹. Para FIGUEIREDO DIAS, a dignidade da pessoa reconduz-se às ideias de liberdade, igualdade e solidariedade, mas a que assume maior relevância em relação à culpa é a ideia de liberdade, entendida como direito à autodeterminação individual no seio da sociedade.

Considerando-se a liberdade como pressuposto de toda a consideração da culpa em sentido moderno, cumpre explicitar as teses da culpa que têm por base a liberdade: teses da culpa da vontade; tese da culpa da pessoa.

1.1.1.1. Teses da culpa da vontade

²⁵⁹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, op. cit.*, p. 510.

²⁶⁰ *Idem*, p. 514.

²⁶¹ Germano MARQUES DA SILVA – *Direito Penal Português. Parte Geral. Introdução e teoria da lei penal*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, Vol. I, p. 92.

Desde logo, as teses da culpa da vontade entendem a liberdade como livre arbítrio e subdividem-se em: 1. poder de agir de outra maneira; 2. abstração do poder de agir de outra maneira; 3. culpa do (ou pelo) carácter²⁶².

a) Poder de agir de outra maneira

Quanto à primeira versão da tese da culpa da vontade, haverá culpa quando o culpado, na situação concreta, atuar contra o dever quando podia ter atuado conforme a ele.

Esta tese exclui quaisquer considerações endógenas (os motivos) ou exógenas (as sociais), considerando existir uma liberdade da vontade que atuaria sem aquelas perturbações. Contudo, a criminologia tem vindo a considerar que esta liberdade pessoal não deve ser encarada como independente das forças endógenas e exógenas.

Deste modo, a personalidade, os hábitos e as inclinações do ser humano podem ser estimuladas por situações-ambiente, na medida em que se relacionam com o contexto em que o indivíduo se insere. Isto significa, portanto, que o conjunto de circunstâncias endógenas e exógenas pode facilitar ou dificultar a adoção da conduta jurídico-criminalmente reprovável²⁶³.

b) Abstração do poder de agir de outra maneira

Relativamente à segunda versão, esta já não diz respeito à verificação de que o agente podia ter agido de outra maneira, mas consiste, antes, no que se era suposto esperar ou exigir do agente, tendo em consideração quer o ‘tipo concreto’ de homem a que ele pertence quer o padrão do ‘homem-médio’ quer a ‘permeabilidade ao apelo normativo’ que caracteriza o agente imputável que é capaz de conhecer o ilícito.

Esta tese da abstração ou generalização reconduz a culpa jurídico-penal a um sentido de culpa social, desconsiderando-se a pessoa do próprio agente, ou seja, a sua realidade física, psíquica e espiritual, que funda a sua personalidade.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, o que está em causa, nesta tese, é a suposição de liberdade e para o comprovar cita ROXIN: “não se significa com isto que o agente teria podido facticamente agir de outra maneira – coisa que na verdade nós não podemos saber – mas apenas que ele, em caso de

²⁶² Estas teses são aprofundadas por FIGUEIREDO DIAS. Faremos apenas uma síntese da sua explicação. Para mais desenvolvimentos, *vide* Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, op. cit.*, pp. 515-522.

²⁶³ Eduardo CORREIA – *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2008 (reimp.), Vol. I, p. 317.

capacidade de orientação intacta [...] e, por via dela de “apelabilidade” normativa, é tratado como livre”²⁶⁴.

c) culpa do (ou pelo) carácter

No tocante à terceira tese, a culpa basear-se-ia no facto praticado, mas não na vontade de o praticar, antes no carácter ou personalidade exprimidas no facto.

Destarte, o conteúdo material da culpa, além de abranger o facto, abarcaria também o carácter ou a personalidade do agente, o que distingue esta formulação das anteriores. Contudo, o seu critério e fundamento seriam os mesmos: “o poder de agir de outra maneira e a consequente liberdade da vontade”²⁶⁵.

Assim, conclui FIGUEIREDO DIAS que o conteúdo material da culpa não pode residir num qualquer poder de agir de outra maneira, devendo, ao invés, considerar-se como a “violação de um dever de conformação da pessoa, no seu actuar, às exigências do Direito”²⁶⁶.

1.1.1.2. Tese da culpa da pessoa

Esta tese substitui a ideia de livre-arbítrio (liberdade indeterminista) pela liberdade pessoal. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, o Homem, no seu ‘existir humano’, tem de fazer a sua própria conformação, optando acerca do que quer para si e sobre si, não podendo furtar-se, em nenhum momento, a esta decisão – a “decisão através da qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência. O homem determina a sua acção através da sua livre decisão sobre si mesmo”. O ser humano não pode, por isso, renunciar à característica que lhe é intrínseca: “ele, no concreto existir, é sempre ser-livre”.²⁶⁷ É da decisão sobre si mesmo que resulta a personalidade: a própria conformação do Homem.

Assim, o Homem tem o dever de conformar a sua existência, de modo a que, ao agir na sua vida, não viole o dever de não lesar ou pôr em causa bens jurídicos²⁶⁸. Deste modo, existe culpa jurídico-penal quando se verifica aquela violação no caso concreto, pelo que esta culpa se refere ao facto – ao ilícito-típico realizado. Nas palavras de EDUARDO CORREIA, a culpa consiste “na censura dum certo facto típico *à pessoa* do seu agente”²⁶⁹.

²⁶⁴ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, op. cit., p. 520.

²⁶⁵ *Idem*, p. 521.

²⁶⁶ *Idem*, p. 522.

²⁶⁷ *Idem*, p. 524.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ Eduardo CORREIA – *Direito Criminal*, op. cit., p. 315.

Assim, o conteúdo material da culpa será composto pela pessoa (ou personalidade) do agente e a violação por parte deste de um dever-ser específico²⁷⁰.

1.1.2. Finalidades do princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade tem duas finalidades: por um lado, a culpabilidade consiste na reprovação pessoal, e determina o modo como ela é feita, relativamente aos factos cometidos pelo agente; por outro lado, serve para proteger os indivíduos contra a repressão excessiva por parte do Estado, existindo pena apenas quando as condutas forem merecedoras de um juízo de desvalor ético-social²⁷¹, a fim de se proteger o bem jurídico que foi violado.

O princípio da culpabilidade manifesta-se nos princípios morais dominantes na consciência social popular. Esta entende que uma pessoa, não sendo inimputável, tem de aliar à liberdade individual de que dispõe o dever da responsabilidade para com a sociedade que integra²⁷². Neste sentido, a liberdade individual serve, igualmente, de limite à própria atuação individual, na medida em que todos temos direito a exercer a nossa liberdade, sem sermos atropelados pela liberdade de outrem. A liberdade exige, assim, responsabilidade pelos próprios atos e que esta seja recíproca entre todas as pessoas, a fim de se evitarem colisões²⁷³.

A doutrina dominante considera que o princípio da culpabilidade deve fundamentar e limitar a política criminal num Estado de Direito²⁷⁴. A aplicação de uma pena constitui uma intromissão na esfera do cidadão e, como tal, nos termos do artigo 18.º da CRP, deve reduzir-se ao mínimo para que se cumpram as suas finalidades que constam do artigo 40.º, n.º 1 do CP – proteção de bens jurídicos (fim público) e reinserção do agente na sociedade para que este não se volte a colocar à margem e a ser ostracizado pela mesma (fim particular).

A aplicação de uma pena pressupõe que, para além de o agente ter praticado um facto ilícito-típico, aquele o tenha feito com culpa.

Na determinação judicial da medida da pena, o julgador deverá ter em conta as regras constantes dos artigos 40.º, n.º 1 e 71.º do CP, sem, contudo, podermos ignorar que o ato decisório comporta uma certa ‘componente individual’, que não é passível de ser racionalmente controlada em pleno, uma vez que, segundo JESCHECK, referido por MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-

²⁷⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, op. cit., p. 526.

²⁷¹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 94.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ Eduardo CORREIA – *Direito Criminal*, op. cit., p. 317.

²⁷⁴ Germano MARQUES DA SILVA – *Direito Penal Português. Parte Geral. Introdução e teoria da lei penal*, op. cit., p. 91.

HENRIQUES, o que está em causa é “converter justamente a quantidade da culpabilidade em magnitudes penais e os princípios que regem a determinação da pena não comportam a mesma concisão que os elementos do tipo”²⁷⁵.

Assim, estes Autores assumem o caráter discricionário da fixação da medida concreta da pena, pois essa determinação não se encontra balizada no que está positivado na lei. A culpa funciona como limite inultrapassável da determinação da pena que deve ter em consideração os seus efeitos sobre a pessoa do delinquente (prevenção especial) e sobre a sociedade em geral (prevenção geral).

1.2. Enquadramento sistemático

FIGUEIREDO DIAS considera o princípio da culpa fulcral em todo o direito penal, considerando-o um “princípio implícito do sistema jurídico-constitucional”²⁷⁶.

Entende o Autor que o princípio da culpa em matéria de penas pode ser entendido como o princípio da proibição do excesso, reconduzindo-o à articulação de três direitos fundamentais: artigo 1.º (princípio da dignidade da pessoa humana, o que se traduz na vontade popular e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária); artigo 13.º (princípio da igualdade, que se prende com a dignidade social); artigo 25.º, n.º 1 (inviolabilidade da integridade moral e física).

Assim, segundo este princípio, não pode haver pena sem culpa ou a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa. O princípio da culpa fundamenta-se no princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal, não numa conceção retributiva da pena²⁷⁷.

1.3. Apresentação do problema: violação do princípio da culpa em matéria de penas

Se, como vimos²⁷⁸, a primeira fase do processo de determinação judicial da pena consiste na fixação de uma moldura penal, de acordo com as necessidades de prevenção geral positiva que se fazem sentir no caso concreto, então, toda a determinação da medida da pena irá condicionar-se por esta primeira determinação.

²⁷⁵ JESCHECK – *Derecho Penal, Parte General*, II, p. 1192 *apud* Manuel SIMAS SANTOS e Manuel LEAL-HENRIQUES – *Código Penal Anotado: art.º 1.º ao 69.º*, 4ª ed. Venda do Pinheiro: Rei Livros, 2014, Vol. I, pp. 620-621.

²⁷⁶ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, *op. cit.*, p. 510.

²⁷⁷ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, *op. cit.*, p. 73.

²⁷⁸ *Vide* Capítulo II, Título 1, Subtítulo 1.2 (da Parte I), da presente dissertação.

Poder-se-á contra-argumentar dizendo que as exigências preventivas não podem ultrapassar a culpa, ou seja, o limite máximo da pena tem de ser adequado à culpa. Como vimos *supra*²⁷⁹, é difícil determinar um ponto exato para a culpa, pelo que poderíamos ter a situação em que a culpa não seria ultrapassada, mas, ainda assim, a pena seria superior no caso judicial mediático, por a prevenção geral positiva constituir a finalidade primordial da medida da pena: “... primordialmente, a medida da pena há-de ser dada pela medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos face ao caso concreto”. Abaixo do ponto ótimo há outros em que a tutela dos bens jurídicos é efetiva e consistente, pelo que a medida da pena pode situar-se num desses pontos, “até se alcançar o *limiar mínimo*, abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar”²⁸⁰.

Ora, no caso mediático, o limiar mínimo será superior se compararmos com o mesmo caso judicial, mas não mediático, pois as necessidades de prevenção geral de integração são também maiores.

Por isso, coloca-se a questão: e se a medida da culpa se situar abaixo do limiar mínimo da tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias ou se o ponto ótimo de necessária tutela de bens jurídicos se situar acima do que a adequação à culpa permite?

Parecem surgir duas hipóteses para responder a esta questão: a medida da culpa não é ultrapassada e, conseqüentemente, as necessidades de prevenção geral de integração não são satisfeitas; ou as necessidades de prevenção geral positiva são satisfeitas e, com isso, ultrapassa-se o limite da culpa.

Para FIGUEIREDO DIAS, tal questão não se coloca, uma vez que, segundo este autor, “Conflitos frequentes podem, de resto, surgir entre a culpa e a prevenção especial ou a prevenção geral de intimidação. Mas já não será fácil excogitar hipóteses em que o ponto ótimo de necessária tutela de bens jurídicos se deva situar acima daquilo que a adequação à culpa permite. Na verdade, as razões justificativas de uma diminuição de culpa são, em princípio, também comunitariamente compreensíveis e aceitáveis e determinam que a pena necessária à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma sejam menores. Em princípio, pois, não se antevêm conflitos insanáveis entre culpa e prevenção geral positiva ou de integração”²⁸¹.

²⁷⁹ Vide Capítulo II, Título 1, Subtítulo 1.2.1.2 (da Parte I), da presente dissertação.

²⁸⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, op. cit., p. 227.

²⁸¹ *Idem*, p. 230.

Contudo, quando um caso judicial chega ao conhecimento da sociedade através dos meios de comunicação social, aquela desconhece todos os contornos do caso, podendo até “conhecer” detalhes mais sensacionalistas ou mesmo “factos” que inexistem no caso concreto, pelo que, as razões justificativas de uma diminuição de culpa, ao não serem conhecidas, não serão comunitariamente compreensíveis, podendo existir situações de conflito. Nessas, ao dar prevalência à prevenção geral positiva, por ser função primordial da medida da pena, o princípio da culpa em matéria de penas pode ser ultrapassado apenas pelo facto de o caso judicial ser mediático.

Assim, chegamos à conclusão que ambas as hipóteses, enunciadas *supra*, são juridicamente inaceitáveis.

Contudo, julgamos que o problema não reside na ‘teoria da moldura de prevenção’, apresentada por FIGUEIREDO DIAS, mas no facto da comunicação social a poder usar a seu favor, mediatizando os casos que lhe aprouver.

A justiça não pode ser instrumentalizada seja por quem for e a que título for, mesmo que se utilize a justificação do “interesse público”. É importante perceber, neste sentido, que interesse público é divergente de interesse *do* público²⁸², sendo, por vezes, este último o fator de seleção jornalística, por forma a aumentar as audiências, sob a capa do primeiro.

Deste modo, entendemos que a fonte do problema reside na forma como a comunicação social usa o direito à informação.

Na Parte II, da presente dissertação, iremos apresentar uma solução possível para este problema.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1. Notas introdutórias

2.1.1. Origem

²⁸² A título exemplificativo, citamos um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que faz a mesma distinção: “Depois, adquirido definitivamente que o conteúdo da reportagem, em que se inclui a informação sobre a localização da residência do Autor, em nada se relaciona, directa ou indirectamente, com a actividade em que o mesmo adquiriu notoriedade e fama, não pode deixar de se considerar que não há direito de liberdade de imprensa, por inexistir razão para não permanecer reservado aquilo que, respeitante à reserva da vida privada, não é exigido pelo interesse público, por muito que, reportado ao específico público alvo da publicação, possa ser do interesse desse público” (sublinhado nosso). Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª secção, de 4 de março de 2015 (Proc. n.º 1755/08.0TVLSB.L1.S1), relatado por Alves Velho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7f635ced862f827580257b65005b057b?OpenDocument> [em linha].

Este princípio surgiu em França, como reação aos abusos do poder judicial, consagrando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo depois sido adotado pelos sistemas jurídicos com inspiração jusnaturalista iluminista e também no direito internacional e europeu, respetivamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11.º), no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.º) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º).

Atualmente decorre do valor ético da pessoa humana, que é conferido a todo o indivíduo numa sociedade livre, em máximo respeito pela dignidade da pessoa humana²⁸³.

2.1.2. Teorias para o preenchimento do conteúdo do princípio da presunção de inocência

São várias as teorias que têm surgido como propostas de preenchimento do conteúdo deste princípio, o que é demonstrativo de um entendimento não universal por parte da doutrina.

Em termos extraprocessuais, há quem considere²⁸⁴ que, para além da validade meramente intraprocessual, este princípio deve regular o tratamento do arguido em sociedade: tem o direito constitucional a ser tratado como inocente dentro e fora do processo.

MÁRIO FERREIRA MONTE considera que a presunção de inocência também integra o direito à honra das pessoas, juntamente com outros direitos de personalidade. Note-se que, neste sentido, extraprocessual, o Autor não está a considerar o princípio da presunção de inocência enquanto princípio jurídico-constitucional autónomo (consagrado no artigo 32.º, n.º 2 da CRP), mas como um que decorre do direito à honra, onde, segundo o Autor, “se salientará o próprio direito à honra, o direito ao bom nome e à presunção de inocência que cada pessoa tem...”²⁸⁵.

No âmbito estritamente processual, há autores que identificam o princípio da presunção de inocência com o princípio *in dubio pro reo*, consistindo aquele, nessa medida, tão-só uma regra natural de prova²⁸⁶. Segundo este princípio, o juiz decidirá a favor do arguido, em caso de *non liquet*, uma vez que está vedada ao juiz a hipótese de não julgar/decidir (princípio da proibição do *non liquet*).

²⁸³ Germano MARQUES DA SILVA – *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*. 6ª ed. Lisboa: Verbo, 2010, Vol. I, pp. 97-98.

²⁸⁴ Disso nos dá conta Ana Paula Pinto LOURENÇO (Cfr. Ana Paula Pinto LOURENÇO – “Justiça e Comunicação Social. Entre a tensão e a tentação recíprocas”, *op. cit.*, p. 247).

²⁸⁵ O Autor refere-se ao direito à honra que engloba todos os direitos mencionados, como passíveis de ser invocados a fim de se traçar os limites do direito de informação. Considera que estes devem ser promovidos pela justiça e pela comunicação social. (Cfr. Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”. In Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Vol. II, p. 785).

²⁸⁶ Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados – “O direito à presunção de inocência e a sua frustração. In *Direitos do Homem – Dignidade e Justiça*. Parede: Príncipe, 2005, p. 92.

Como muito bem explicita GERMANO MARQUES DA SILVA, é a dúvida que origina o processo, a dúvida está na sua base e, idealmente, o seu fim seria a certeza. Dadas as limitações cognitivas do ser humano, nem sempre se alcança a certeza – o total conhecimento sobre os factos ocorridos no passado –, pelo que permanece o estado de dúvida inicial. Nesses casos, de acordo com o princípio da presunção de inocência, o arguido deverá ser absolvido, na medida em que o ónus da prova não recai sobre ele, pois admiti-lo seria admitir a sua prévia responsabilidade²⁸⁷.

Há também autores que defendem o cariz processual do princípio, mas entendem que este não se reconduz apenas ao princípio *in dubio pro reo*, considerando que deve ser compreendido de forma mais abrangente, no sentido de se permitir que o arguido produza e faça produzir todas as provas conducentes à sua defesa.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam não ser fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência. Entendem que se este fosse levado ao extremo implicaria a proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares e a proibição de suspeitas sobre a culpabilidade. Seguidamente, os Autores enunciam como “conteúdo adequado” do princípio em questão: a proibição de inversão do ónus da prova contra o arguido; preferência pela sentença absolutória ao invés do arquivamento do processo; a proibição da fixação de culpa em despachos de arquivamento; o não pagamento de custas por parte do arguido não condenado; a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; o não desencadeamento de efeitos automáticos decorrentes da instauração de processo criminal; a excecionalidade das medidas de coação, mormente as que são limitativas ou privativas da liberdade; a aplicação do princípio *in dubio pro reo* quando o juiz não tem certeza acerca da culpabilidade do acusado²⁸⁸.

Os Autores, após esta enunciação, destacam que o princípio da presunção da inocência se articula com o princípio *in dubio pro reo*, e este com o princípio *nulla poena sine culpa*, uma vez que ocorre a violação do princípio da culpa quando o julgador decide por uma condenação sem estar convencido (não formar a convicção-crença) acerca da existência dos pressupostos de facto. Assim, nesta senda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA concluem considerando que “os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena”²⁸⁹. Nestes termos,

²⁸⁷ *Idem*, p. 99.

²⁸⁸ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA – *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1.º a 107.º*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 518.

²⁸⁹ *Idem*, p. 519.

parece-nos, realmente, que, embora abarque vários elementos, o princípio da presunção de inocência se relaciona, de forma mais intensa, com o princípio *in dubio pro reo*.

Por último, cumpre dizer que o princípio da presunção de inocência se relaciona com as finalidades do processo penal que permitem a realização da justiça penal.

As finalidades do processo penal são consensuais²⁹⁰. Sumariamente, MÁRIO FERREIRA MONTE aponta-as²⁹¹: descoberta da verdade material e realização da justiça (em sentido estrito); restabelecimento da paz jurídica; promoção e proteção dos direitos fundamentais. A antítese entre estas finalidades exige uma concordância prática (podendo este ser entendido como uma quarta finalidade, na medida em que é essencial para a garantia e concretização das três primeiras), uma vez que nenhuma delas é inviolável. Um conflito entre elas tem subjacente a tensão entre o interesse individual e o da comunidade²⁹². Assim, constituindo ambos valores fundamentais, considera a doutrina que nenhuma destas finalidades pode atropelar as outras, sob pena de não se realizar a Justiça, o que é inconcebível num Estado de Direito Democrático.

O princípio da presunção de inocência é, como vimos, um direito fundamental, assente na dignidade da pessoa humana. A concordância prática exige que a descoberta da verdade material não se faça a qualquer custo, isto é, menosprezando os direitos fundamentais²⁹³. É isso que justifica a proibição ou limitação do recurso a determinados meios de prova, como a confissão do arguido contra a sua vontade. Por outro lado, quanto ao restabelecimento da paz jurídica, esta passa também pela absolvição do arguido, caso não se verifiquem os pressupostos de facto conducentes à sua culpabilidade. Nesse sentido, a presunção de inocência confere ao arguido a garantia de que, quando voltar à sociedade, não recairá sobre si qualquer suspeita de culpa, pelo menos em termos jurídicos²⁹⁴.

2.1.3. Teorias acerca da categoria jurídica da presunção de inocência

A doutrina portuguesa, espanhola e italiana²⁹⁵ tem entendido, unanimemente, que a presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico-jurídico.

Nos termos do artigo 349.º do Código Civil, a presunção consiste numa ilação que a lei ou o julgador retira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido, sem necessidade de

²⁹⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, Germano MARQUES DA SILVA, Maria João ANTUNES e Manuel COSTA ANDRADE.

²⁹¹ Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 774.

²⁹² Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 24-25.

²⁹³ *Idem*, p. 26 e Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, pp. 774-775.

²⁹⁴ Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 26.

²⁹⁵ *Idem*, p. 82.

recorrer a um meio de prova que verifique o facto presumido. Esta tem por base o fundamento lógico da indução e, por isso, manifesta-se num raciocínio indutivo, que consiste na “probabilidade racional de vir a acontecer o facto presumido, uma vez verificado o facto real”²⁹⁶. As presunções legais ou de direito são as que se assentam na própria lei, enquanto as presunções de facto ou judiciais se fundam em regras de experiência. Portanto, tem de existir uma relação lógica-causal entre os dois factos e tal probabilidade assentará nas regras da experiência. A presunção também poderá ser *iuris tantum*, quando for ilidível, cabendo à parte contrária fazer a prova, ou *iure et de iure*, isto é, inilidível, ficando legalmente excluída a hipótese de se fazer prova contra a presunção²⁹⁷.

Ora, no que diz respeito à presunção de inocência, não há probabilidade racional nem regras da experiência que provem que a inocência deriva da condição de arguido, antes pelo contrário; a experiência demonstra que, normalmente, a maioria dos acusados são condenados em sede de julgamento, uma vez que a partir do momento da acusação, diminui a probabilidade de absolvição por se vir a provar a inocência do acusado, sendo mais provável que haja condenação por se vir a provar a culpa deste²⁹⁸.

Assim, vários autores têm procurado enquadrar a presunção da inocência noutras categorias jurídicas.

Defende, por exemplo, VÁZQUEZ SOUTELO, que esta presunção deve ser encarada como verdade interina ou provisória, com carácter probatório, isto é, que admite prova em contrário²⁹⁹. Deste modo, existe uma semelhança entre esta e a presunção *iuris tantum*: a ilidibilidade. A verdade interina é imposta pelo legislador que a estabelece tendo em conta o que, normalmente, acontece. Destarte, encontramos, aqui, outra característica que as aproxima: ambas resultam da ‘normalidade’. Como muito bem afirma JOSÉ SOUTO MOURA, seria impensável que o legislador determinasse uma verdade interina contrária aos ditames da normalidade³⁰⁰. Por outro lado, a sua distinção reside no facto de a presunção *iuris tantum* assentar num critério experimental, ou seja, há um pressuposto – facto real do qual se infere o facto presumido – que se dá como provado. O mesmo não se pode dizer das verdades interinas, em que não existem dois factos – o real e o presumido – e, conseqüentemente,

²⁹⁶ José Souto de MOURA – “A questão da presunção de inocência do arguido”. *Revista do Ministério Público* [Em linha]. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 11, n.º 42, (1990), [Consult. 12 jan. 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://rmp.smmp.pt/emp/42/files/basic-html/page12.html>.

²⁹⁷ Distinção apresentada por ALEXANDRA VILELA. (Cfr. Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, *op. cit.*, pp. 81-82).

²⁹⁸ Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 82 e José Souto de MOURA – “A questão da presunção de inocência do arguido”, *op. cit.*, p. 33.

²⁹⁹ Jose Luis VÁZQUEZ SOUTELO – *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Editorial S.A. Bosch, 1984, p. 274.

³⁰⁰ José Souto de MOURA – “A questão da presunção de inocência do arguido”, *op. cit.*, p. 34.

inexiste o pressuposto do nexo causal, isto é, não existe nenhuma relação, empiricamente provada, de causa-efeito relativamente a um facto real e a um facto presumido³⁰¹.

A esta posição opõe-se a de outros autores como MANZINI³⁰² e SOUTO DE MOURA que consideram ser a presunção de inocência uma ficção jurídica: a ficção de inocência. A ficção corresponde a algo que se sabe não ter ocorrido, não a algo que se desconhece se ocorreu ou não, pelo que se fundamenta em não verdades³⁰³.

Esta distingue-se da verdade interina porque é inventada ou fantasiada (ficcionalizada, tal como indica a sua designação), fundando-se, apenas, na utilidade para o direito, não se baseando em quaisquer regras de normalidade da realidade, tal como acontece com a primeira. Ambas diferem, igualmente, no tocante à prova: a ficção impõe-se de modo absoluto, não admitindo exceções; a verdade interina é ilidível, isto é, pese embora ter sido aceite como verdade para o legislador, pode deixar de sê-lo caso se prove o contrário. SOUTO DE MOURA sustenta a sua tese referindo que o princípio *in dubio pro reo*, enquanto corolário do princípio de presunção de inocência, funciona sempre que há dúvida sobre a matéria probatória, não se podendo dar a mesma como provada. Significa que quem sofre as consequências da não prova acerca da culpabilidade do acusado, é quem tinha a obrigação de fazer a prova (em primeiro lugar, o Ministério Público e, subsidiariamente, o juiz). O arguido não pode ser responsabilizado pela incerteza gerada em torno da prova, uma vez que se ficciona a sua inocência e, por isso, ele está isento do ónus da prova, não tendo de provar a sua inocência³⁰⁴.

Por seu turno, Vázquez Sotelo critica esta posição, referindo que a presunção de inocência se baseia na regra de que, à partida, os cidadãos são inocentes, não obstante ser possível produzir-se prova em contrário, nomeadamente, nas fases de preparação e instrução do processo, em que a presunção de inocência sofre limitações, a fim de se poder decidir pela culpabilidade com certeza jurídica-processual³⁰⁵.

ALEXANDRA VILELA afirma que ambas as posições têm, em parte, razão. Por um lado, concorda com Vázquez Sotelo, uma vez que, de acordo com a experiência comum, a maioria dos cidadãos são inocentes. Por outro lado, considera assistir razão a Souto de Moura, na medida em que a presunção não deve ser considerada uma verdade interina, porque, o que é normal acontecer é que

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² MANZINI – *Tratado de derecho procesal*, vol. I, pp. 253 e ss. *apud* Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 84.

³⁰³ José Souto de MOURA – “A questão da presunção de inocência do arguido”, *op. cit.*

³⁰⁴ *Idem*, p. 36.

³⁰⁵ Jose Luis Vázquez Soutelo – *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, *op. cit.*, p. 279.

o arguido seja condenado. Entende a Autora que ambas as teses são defensáveis, “tudo dependendo do núcleo de sujeitos que consideramos beneficiários da referida presunção”³⁰⁶. Enquanto SOUTO MOURA entende que os beneficiários devem ser os acusados, no âmbito de um processo penal, parece que SOTELO vê como beneficiários todo o cidadão comum, ainda antes de contra si correr um processo penal. Assim, para SOUTO MOURA, a presunção incide sobre o acusado e, nesse sentido, de acordo com as regras da normalidade, o sujeito acusado será condenado. Já para VÁZQUEZ SOTELO, incidindo a presunção de inocência sobre o comum cidadão, antes de este estar sujeito a um processo penal, as regras da experiência dizem que a maioria dos cidadãos são inocentes³⁰⁷. Por último, para descortinar a incidência deste princípio, a Autora refere a necessidade da análise do elemento literal, quer das constituições quer dos textos internacionais. Conclui referindo que a análise deste elemento resulta na opção pela incidência em sentido restrito, ou seja, será tributário da presunção de inocência o sujeito acusado em processo penal³⁰⁸.

O certo é que, independentemente da categoria jurídica em que se enquadre a presunção de inocência³⁰⁹, o que releva é o seu valor de princípio jurídico-constitucional.

Esta consiste numa regra política, constitucionalmente vertida enquanto direito subjetivo público, possuindo uma relevância prática tanto a nível de tratamento do arguido no decurso do processo como a nível de prova.

Quanto ao primeiro âmbito, o princípio de presunção de inocência consiste na garantia de que não vai ser formulado contra o arguido nenhum pré-juízo de culpa que o afete social ou moralmente comparativamente aos restantes cidadãos.

Como princípio de prova, o princípio da presunção de inocência impede que o arguido seja condenado sem ter sido provada a sua responsabilidade criminal. A atividade probatória cabe à acusação, não tendo o arguido o ónus de provar a sua inocência. Havendo dúvida, há lugar à absolvição, considerando-se o arguido inocente³¹⁰.

O arguido tem, por isso, o direito de exigir o tratamento igualitário como o que é devido a qualquer cidadão, pois deverá presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da condenação. Assim, defende GERMANO MARQUES DA SILVA que se deve excluir quaisquer insinuações ou observações que se encontram já fora do objeto do processo ou que antecipem um juízo de culpa³¹¹.

³⁰⁶ Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, op. cit., p. 85.

³⁰⁷ *Idem*, pp. 85-86.

³⁰⁸ *Idem*, p. 86.

³⁰⁹ Tarefa que deixamos para quem pretender debruçar-se neste estudo.

³¹⁰ Germano MARQUES DA SILVA – *Direito Penal Português. Parte Geral. Introdução e teoria da lei penal*, op. cit., p. 321.

³¹¹ *Idem*, p. 322.

O autor insiste na ideia segundo a qual

“o princípio da presunção de inocência é sobretudo uma regra política de organização do processo em conformidade com o ideal democrático de respeito pela dignidade das pessoas. O arguido deve ser tratado como possível inocente, que pode ser e frequentemente o é, não obstante existirem nos autos indícios que permitem um juízo de fundada suspeita sobre a sua responsabilidade”³¹².

2.2. Enquadramento sistemático

O princípio da presunção da inocência é um princípio processual (insere-se nos princípios relativos à prova) do arguido, que lhe permite ser tratado como inocente até ao trânsito em julgado da condenação, e encontra-se constitucionalmente consagrado no artigo 32.º, n.º 2 da CRP.

Nem a Constituição da República Portuguesa nem os textos internacionais definem, com clareza, o conteúdo deste princípio. Assim, no entender de ALEXANDRA VILELA, a Constituição confere ao legislador ordinário um enorme poder discricionário na sua concretização, pelo que, em primeiro lugar, cabe à Lei Fundamental e, posteriormente, à lei processual infraconstitucional, adotar soluções eficazes que permitam a compatibilização entre a necessidade social de aplicar medidas punitivas de infrações criminais e a garantia da salvaguarda dos interesses e direitos de personalidade dos acusados³¹³.

A Constituição de 1976 consagrou o princípio da presunção de inocência como direito constitucional, conferindo-lhe, desta feita, um elevado valor³¹⁴. De facto, o princípio da presunção da inocência insere-se, em termos sistemáticos, nos direitos fundamentais e, dentro destes, nos direitos, liberdades e garantias (Título II, Parte I), enquadrando-se nos direitos de liberdade, por um lado, mas também em garantia substantiva constitucional, na medida em que está em causa um direito de exigir uma ação do Estado, ou seja, este terá de proteger os direitos dos cidadãos, fornecendo os meios adequados para que tal proteção se concretize³¹⁵.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ Alexandra VILELA – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, *op. cit.*, pp. 18-19.

³¹⁴ *Idem*, p. 20.

³¹⁵ Também assim o entende ALEXANDRA VILELA. Esta Autora considera que, dentro dos direitos fundamentais, este princípio se assume como um direito subjetivo público pertencente aos direitos, liberdades e garantias, constituindo uma garantia subjetiva do arguido, na medida em que lhe deve ser reconhecida inocência enquanto quem o acusa não provar a sua culpa. De igual modo, segundo este princípio, não pode ser exercida contra o acusado coação pessoal que ultrapasse o estritamente necessário na harmonização dos interesses de liberdade (interesses individuais) e de justiça (interesses coletivos). (Cfr. *Idem*, pp. 21 e 89).

2.3. Apresentação do problema: violação do princípio da presunção de inocência

O nosso direito processual penal consagra o princípio *in dubio pro reo* para os casos em que o julgador não forma a sua convicção-crença sobre a veracidade (mesmo que seja a verdade judiciária, de ordem processual) dos factos decisivos para a decisão final. Tal ocorre quando a matéria de facto apresentada não é suficiente para o juiz acreditar que a mesma corresponde à realidade e, uma vez que está impedido de não decidir (princípio da proibição do *non liquet*), a sua interpretação terá de ser favorável ao réu, por forma a salvaguardar-se o princípio da presunção da inocência (artigo 32, n.º 2 da CRP), que constitui uma garantia subjetiva e uma imposição ao juiz.

Este princípio surge, no processo penal, como corolário da consciência social acerca dos direitos humanos, baseando-se no princípio da dignidade humana³¹⁶.

Consideramos que, nos casos mediáticos, o princípio da presunção de inocência do réu pode ser posto em causa, não só enquanto direito à honra, mas enquanto princípio de garantia processual. Tal poderá suceder, uma vez que o juiz não vai formar a sua convicção-crença³¹⁷ apenas de acordo com a matéria de facto carregada para o processo e tendo em conta os seus ‘elementos intrínsecos’, mas, igualmente, vai estar sujeito a ‘elementos extrínsecos’, provenientes de um discurso dotado de uma grande dimensão estratégica e de locutores com fortes capacidades persuasivas e que, para além de investigar, condenam na praça pública. Relativamente a estes elementos extrínsecos, pensamos que existe a possibilidade dos mesmos serem reduzidos.

Na Parte II da presente dissertação, iremos apresentar uma possível solução para este problema.

³¹⁶ Perfecto Andrés Ibáñez – “Sobre prueba y motivación”. In Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez e Alfonso Candau Pérez – *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 61.

³¹⁷ Sobre a influência dos *media* na convicção-crença do julgador, *vide* Capítulo II, Título 2, Subtítulo 2.4.1.2 (da Parte I), da presente dissertação.

CAPÍTULO IV

O DIREITO DE INFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Feito o enquadramento constitucional do princípio da culpa em matéria de penas e do princípio da presunção de inocência, consideramos ser estruturalmente lógico proceder-se à contextualização histórica da liberdade de expressão (em sentido amplo, que abrange o direito de informação) e à análise do seu respetivo enquadramento sistemático, a fim de podermos confrontar, mais adiante³¹⁸, os direitos fundamentais enunciados.

2. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

No constitucionalismo português, a consagração da liberdade de expressão em sentido amplo atravessa algumas fases.

A primeira, que vai até 1820, é marcada pelo **discurso teológico-confessional**, sustentado na conceção católica de autoridade, que restringia a liberdade de expressão e de imprensa.

Em 1536, introduziu-se, em Portugal, o Tribunal do Santo Ofício que exerceu um poder censório, através da elaboração de índices de livros proibidos, do controlo prévio dos livros, das buscas às bibliotecas, públicas ou privadas e fiscalização dos navios que chegavam ao país.

Em 1768, com a criação do Tribunal da Real Mesa Censória, acaba por ocorrer a progressiva laicização da política, da cultura e da censura, pese embora este órgão tivesse como propósito originário a intensificação da rede censória e colmatar as lacunas da Inquisição.³¹⁹

A segunda fase dá-se com a **revolução liberal**, tendo sido esta inspirada, em termos de ideais, nas revoluções inglesa, francesa e americana que tinham posto em causa os fundamentos teológico-políticos do Antigo Regime.

³¹⁸ Vide Capítulo V, Título 2 (da Parte I), da presente dissertação.

³¹⁹ Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”. *Stvdia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 99-100.

Contudo, o processo revolucionário sofreu resistências, não tendo sido isento de avanços e recuos, o que fica patente, por exemplo: na extinção da Inquisição e criação do Tribunal para a Defesa da Liberdade de Imprensa, por um lado, e na discussão dos problemas com base nas categorias teológico-confessionais, por outro; na proclamação dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade, por um lado, e na existência de argumentos paternalistas que questionam a capacidade dos portugueses em exercerem certos direitos fundamentais, como a liberdade de religião e a liberdade de imprensa, por outro.

Estas ambiguidades e contradições ficaram refletidas na Constituição de 1822, nomeadamente nos arts. 7.º e 8.º, onde se consagrava a livre comunicação de pensamentos e a eliminação da censura prévia, mas onde, por outro lado, continuava a existir a possibilidade de censura dos escritos públicos por parte dos Bispos, quando estes atentassem contra o dogma e a moral, cabendo ao Estado a punição desses abusos à liberdade de imprensa.

Na sua terceira fase, após a queda do absolutismo miguelista³²⁰, o direito à liberdade de expressão vai, progressivamente, evoluindo. No decurso da **monarquia constitucional da segunda metade do século XIX**, assistiu-se a uma tensão entre as ideias conservadoras e os ideais liberais. Se, por um lado, o Código Penal de 1852 estabelecia restrições à liberdade de expressão em matérias religiosas³²¹, por outro lado, a Lei de 17 de Maio de 1866 representou o auge, alcançado durante a monarquia, das ideias liberais no tocante à liberdade de expressão e de imprensa. A doutrina constitucional que defendia a liberdade de expressão baseou-se em argumentos inspirados nas ideias de Milton e dos independentistas, de Inglaterra.

Contudo, a ala conservadora continuou a sua luta e, algumas décadas depois, em 1896, o Código Administrativo adota uma linha restritiva em relação à liberdade de expressão, consagrando, no seu artigo 251, n.º 2, a possibilidade de os governadores civis tomarem providências contra as publicações que considerassem constituir uma ameaça à ordem pública e fossem ofensivas da moral, do decoro e da honra dos funcionários, dos particulares e de quaisquer corporações.³²²

Segundo MARNOCO E SOUZA³²³, a interpretação dada a este artigo permitiu a reintrodução da censura e a suspensão, de forma arbitrária, dos jornais. Prova disso mesmo, foi o facto de em 20 de Junho de 1907 ter sido publicado um Decreto que autorizava os governadores civis a suspenderem

³²⁰ O absolutismo monárquico foi instaurado por D. Miguel, após as tentativas frustradas de revolução que ocorreram em 1823.

³²¹ Arts. 130.º e ss do Código Penal de 1852.

³²² Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, pp. 102-104.

³²³ Marnoco e SOUZA – *Constituição Política da República Portuguesa, Comentário*. Coimbra: Almedina, 1913, 2011 (reimp.), pp. 108 e ss.

os periódicos que continham escritos e desenhos atentatórios da ordem e segurança públicas, sendo necessária a autorização daqueles para a publicação de novos periódicos.

A quarta fase começa com a **revolução republicana**, em que ocorre a queda da monarquia e o triunfo do liberalismo democrático³²⁴.

Como consequências, é abandonada a construção teológica da monarquia e da comunidade política e rejeitada a ideia de comunidade desigual, com base nas diferenças políticas e jurídicas ontoteologicamente justificadas. Abre-se o caminho para “a construção de uma *república de cidadãos iguais*, destituída de quaisquer privilégios nobiliárquicos ou eclesiásticos, para a garantia de um princípio de igual liberdade de religião e culto e para a consagração do direito à liberdade de expressão”³²⁵. A nível de imprensa, foi aprovada a Lei de Imprensa de 12 de Outubro de 1910, com uma orientação liberal, posteriormente adotada pela Constituição de 1911.

A liberdade de expressão e de imprensa conhece um retrocesso, aquando da participação de Portugal na I Guerra Mundial. Esta serviu de justificação à introdução de formas de censura e repressão administrativa sobre a Imprensa, indo além do intuito de defesa e segurança nacional.³²⁶

A quinta fase tem o seu início com o **Estado Novo e a Constituição de 1933** que, inicialmente, parecia ter presente um pendor liberalista e republicano, mas rapidamente se transformou num instrumento dos ideais conservadores, paternalistas e antiliberais da Ditadura Militar de 1926-1933³²⁷.

Se, em termos jurídicos, não instituiu a censura, a verdade é que, de facto, a estabeleceu³²⁸, uma vez que os direitos, liberdades e garantias estavam consagrados formalmente na Constituição de 1933, mas a mesma permitia a sua restrição por parte do Governo, não integrando a matéria das restrições de direitos, liberdades e garantias o âmbito da reserva de lei parlamentar. Tal só viria a acontecer a partir da revisão constitucional de 1959.

Por outro lado, referia o artigo 8.º, § 2 que as leis restritivas tinham como objetivo “impedir preventiva ou repressivamente a perversão da opinião pública”, devendo este artigo ser articulado com o art. 4.º da Constituição que estabelecia a “subordinação à moral cristã tradicional no país”, devendo ser este o padrão a seguir.³²⁹

³²⁴ J. J. Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], pp. 319 e ss.

³²⁵ Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 105.

³²⁶ *Idem*, pp. 107-108.

³²⁷ *Idem*, p. 108.

³²⁸ Alberto Arons de CARVALHO – *A censura e as Leis de Imprensa*. Lisboa: Seara Nova, 1973, pp. 33 e ss.

³²⁹ Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 108.

Assim, a Constituição de 1933 permitiu a publicação do decreto sobre a censura³³⁰, que, não obstante ter invocado “uma situação de urgente necessidade” iria estar em vigor nas quatro décadas seguintes.

Por último, com a **Revolução de 25 de Abril de 1974**, dá-se uma mudança de paradigma, no nosso país, a nível da comunicação social.

Ocorreu a consagração da liberdade de expressão e de imprensa e criou-se o Conselho de Imprensa³³¹, que era presidido por um Magistrado.

Um pouco mais tarde, em 1978, através da Lei n.º 31/78, de 20-06, o Conselho de Imprensa viria a ser reestruturado, “passando a funcionar como órgão independente junto da Assembleia da República, com as mesmas funções de garantia do pluralismo, da objetividade e da independência da imprensa face ao poder político e económico”³³².

Assim, na Constituição de 1976, o direito à liberdade de expressão era reconhecido sob reserva de lei geral, o direito de se informar deveria ser exercido sem impedimentos e discriminações e estabeleceu-se a proibição da censura, independentemente da sua forma ou tipo³³³.

A Assembleia Constituinte de 1976 deu especial atenção aos direitos, liberdades e garantias, como forma de veemente renúncia ao regime autoritário que findava. A Assembleia procurou demarcar-se do antigo regime e, perante as ameaças que assombravam a democracia pluralista, criou um “tratamento inequívoco, firme e seguro e, daí, quer o regime dos arts. 18.º e segs., quer, entre outros, o estatuto constitucional da liberdade de imprensa (arts. 37.º e segs.) (...)”³³⁴. Relativamente ao estatuto constitucional da comunicação social, este foi alterado em três revisões constitucionais, atribuindo-se-lhe uma maior amplitude.

A primeira revisão constitucional, em 1982, consagrou a criação do Conselho de Comunicação Social, composto por membros eleitos pelo Parlamento, de forma a “assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião”, num âmbito de independência do meio público de comunicação social face ao poder político³³⁵. A televisão tinha subjacente a função de serviço público, pelo que devia ser controlada, exclusivamente, pelo setor público, não se permitindo

³³⁰ Decreto n.º 22 756, de 11-04-1933. Cfr. Alberto Arons de CARVALHO – *A censura e as Leis de Imprensa*, *op. cit.*, p. 43 e ss e Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 109.

³³¹ Artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26-02. Cfr. Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 114.

³³² Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 114.

³³³ Artigo 37.º da CRP de 1976.

³³⁴ Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV, p. 165.

³³⁵ Lei n.º 23/83. Cfr. Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 117.

a iniciativa privada nesse domínio, por se entender que esta poderia constituir uma ameaça à formação da opinião pública.

Destarte, até à *segunda revisão* constitucional, em 1989, vigorava o monopólio estatal da televisão, que teve o seu fim consagrado no art. 38.º, n.º 7 da CRP. Pela primeira vez, o exercício da atividade de televisão foi aberto à iniciativa privada. Criou-se a Alta Autoridade para a Comunicação Social, sucedânea do Conselho da Comunicação Social, com uma composição diversificada, que emitia um parecer prévio (favorável ou desfavorável) relativamente ao licenciamento dos operadores de radiodifusão, feito pelo Governo³³⁶. Cabia-lhe, igualmente, garantir a independência dos meios de comunicação social, públicos e privados, em relação ao poder político e económico, bem como assegurar o pluralismo de expressão.³³⁷

Na *quarta revisão*, de 1997, as infrações ao exercício da liberdade de expressão e de informação passaram a estar sujeitas aos princípios gerais do ilícito de mera ordenação social (art. 37.º, n.º 3), alargaram-se os direitos internos dos jornalistas que trabalham em órgãos de comunicação social pertencentes ao Estado (art. 38.º), consagrou-se expressamente a independência das autoridades administrativas para apreciar infrações aos direitos de liberdade de expressão e de informação (art. 37.º, n.º 3), alargou-se a intervenção dos jornalistas na orientação editorial dos órgãos de comunicação social (art. 38.º, n.º 2, al. a)), deu-se a desgovernamentalização da Alta Autoridade para a Comunicação Social (art. 39.º), a qual foi reforçada (art. 39.º, n.º 4 e 5).

Na *sexta revisão* constitucional, de 2004, ocorreu a substituição da Alta Autoridade para a Comunicação Social por uma nova entidade administrativa independente a regular por lei (art. 39.º).

3. ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO

A liberdade de expressão e informação está consagrado no artigo 37.º da CRP. Esta situa-se no Capítulo I – direitos, liberdades e garantias pessoais – dentro do Título II – Direitos, Liberdades e Garantias – da Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais –, pelo que as liberdades da comunicação constituem um direito fundamental.

³³⁶ Artigo 39.º, n.º 3 da CRP; art. 4.º, n.º 1, alínea f) da Lei da Alta Autoridade para a Comunicação Social, Lei n.º 15/90, de 30-06.

³³⁷ Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 118.

Este artigo consagra dois conjuntos de direitos distintos. Se por um lado, a liberdade de expressão (n.º 1, 1ª parte) representa a manifestação de ideias e opiniões, por outro lado, o direito de informação (n.º 1, 2ª parte) prende-se com a recolha e transmissão de informações³³⁸.

O direito de informação encontra-se tripartido: direito de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro permite a transmissão ou comunicação de informações a outrem, sem quaisquer impedimentos; o segundo consiste na permissão para recolher informações, procurando fontes de informação; por último, o direito de ser informado possibilita que se receba a informação de modo adequado e verdadeiro, por quem tem o direito de informar, nomeadamente, os meios de comunicação e os poderes públicos³³⁹. Do direito de informar decorre a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (artigo 38.º da CRP).

Contudo, não obstante estar previsto que a liberdade de expressão e o direito de informação devem ser exercidos sem impedimentos nem discriminações (n.º 1, *in fine*), tal não significa que estes sejam absolutos. Veja-se que o próprio artigo, no seu n.º 3, prevê a possibilidade de infrações, nos termos dos princípios gerais de Direito Criminal ou de ilícito de mera ordenação social.

É também mencionada, de forma expressa, a proibição da censura (n.º 2) que se aplica, de forma geral, a todo o tipo de expressão e não apenas aos meios de comunicação social. Tal denota-se pelo seu enquadramento sistemático. Se apenas se referisse à comunicação social, deveria estar prevista no artigo 38.º (liberdade de imprensa e meios de comunicação social), por este dizer, especificamente, respeito àquela. A expressão “qualquer tipo e forma de censura” é demonstrativa do sentido amplo que deve ser dado ao conceito de censura. Deste modo, este tanto abrange a censura prévia à expressão ou informação originária (a típica censura administrativa preventiva), como a censura posterior, aquela que constitui um impedimento de divulgar ou difundir uma informação³⁴⁰.

A liberdade de expressão e informação decorre, naturalmente, do respeito pela autonomia individual, que surge como corolário da dignidade da pessoa humana³⁴¹.

Dentro dos direitos fundamentais, encontram-se os direitos propriamente ditos e as garantias. A liberdade de expressão e informação são, por um lado, direitos, na medida em que representam só por si bens, são formas de manifestação da pessoa, valem por si e pressupõem uma escolha entre agir ou não agir; no entanto, por outro lado, também podem ser considerados como garantias, pois

³³⁸ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada. Arts. 1.º a 107.º, op. cit.*, p. 572.

³³⁹ *Idem*, p. 573.

³⁴⁰ *Idem*, p. 574.

³⁴¹ Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 232.

concretizam aquele direito, através da atuação positiva por parte do Estado, que se manifesta na proibição da censura e na sujeição das infrações aos princípios gerais de direito criminal³⁴².

³⁴² Esta qualificação foi elaborada com base na distinção entre direitos e garantias que faz JORGE MIRANDA. (Cfr. *Idem*, p. 130).

CAPÍTULO V

**ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: DIREITO DE INFORMAÇÃO, PRINCÍPIO DA CULPA
EM MATÉRIA DE PENAS E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GERAL

1.1. Processo de reconhecimento

Os direitos fundamentais passaram por um processo gradual de reconhecimento.

Nos anos 70 do século XX KAREL VASAK descreveu este processo através da metáfora das gerações que ainda hoje é utilizada, associando-a à trilogia da Revolução Francesa. A primeira geração corresponde aos direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, a segunda diz respeito aos direitos sociais e a terceira aos direitos de solidariedade entre povos e gerações³⁴³.

Outros autores optam por diferentes classificações.

JELLINEK faz uma divisão tripartida dos direitos em *status libertis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*.

Já JORGE MIRANDA distingue direitos de agir de direitos de exigir e direitos de existência, direitos de liberdade, direitos de participação, direitos a prestações e direitos de defesa³⁴⁴.

VIEIRA DE ANDRADE propõe um primeiro grupo de direitos, no qual se encontram os direitos de defesa (direitos à liberdade e à propriedade), constituindo estes direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, exigindo-se deste um dever de abstenção, um *status negativus*. O segundo grupo contém os direitos a prestações (direitos sociais) – direito à saúde, à educação, à habitação, à segurança social – isto é, direitos que só se tornam efetivos mediante a intervenção do Estado, que teria o dever de agir, sendo direitos a prestações de serviços ou pecuniárias. Neste caso, o Estado não é encarado como o inimigo que retira liberdades aos indivíduos, do qual estes precisam de se defender, mas antes atua como garante dos seus direitos fundamentais. O terceiro grupo é composto

³⁴³ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*. Braga: AEDUM, 2013, pp. 30-31.

³⁴⁴ Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 94.

pelos direitos de participação, que são um misto de direitos de defesa e de direitos a prestações, mas merecem autonomização por serem garante da participação individual na vida política, contribuindo para a formação da vontade política da comunidade.³⁴⁵

Note-se, contudo, que o sistema de direitos fundamentais não é estanque, possuindo as seguintes características: acumulação, variedade e abertura. Significa que em cada época são formulados novos direitos, típicos de cada geração, mas estes não substituem os anteriores, subsistindo aqueles a par dos antigos. O sistema é cada vez mais complexo e multifuncional, ganhando novas dimensões e sentidos. Os direitos existentes estão em constante mutação, de acordo com as interpretações que desvendam novas dimensões³⁴⁶.

Às três gerações somam-se, no último quartel do século XX, os chamados novos direitos, que se relacionam, por exemplo, com a proteção do ambiente, com a autodeterminação bioética, com a utilização da informática e com os animais³⁴⁷.

A Europa, nomeadamente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consagra, *maxime*, os direitos da primeira geração, pese embora atribua especial importância aos direitos sociais. Tal facto deve-se à distinção geopolítica, que ocorreu durante a Guerra Fria, entre duas doutrinas de direitos fundamentais: a doutrina ocidental, que atribuía maior valor às liberdades cívicas (liberdade religiosa, de pensamento, de consciência e de expressão) e a doutrina socialista, para quem relevavam os direitos económicos, sociais e culturais.³⁴⁸

1.2. Contexto histórico: o surgimento

A consagração dos direitos de liberdade pressupõe, por um lado, a existência de Estado – enquanto comunidade política, ou seja, conjunto organizado de homens concretos num espaço e tempos determinados³⁴⁹ – e, por outro, o “reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político”³⁵⁰, próprio dos regimes democráticos, uma vez que subjacente à criação destes direitos está o conflito entre a autoridade e a liberdade.

³⁴⁵ Jorge Carlos Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 167-168.

³⁴⁶ *Idem*, pp. 67-68.

³⁴⁷ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*, *op. cit.*, p. 33.

³⁴⁸ *Idem*, pp. 35-37.

³⁴⁹ Manuel Afonso VAZ – *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 25-26.

³⁵⁰ Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 10.

J. J. GOMES CANOTILHO considera que o Estado hoje terá de ser, necessariamente, concebido como Estado constitucional, isto é, um Estado de direito democrático. O Estado constitucional consiste numa “tecnologia política de equilíbrio político-social”³⁵¹ e, com o seu surgimento pretendeu-se por fim às arbitrariedades do período medieval (estratificado, baseado em privilégios) e do regime absolutista.

A legitimidade do Estado de direito democrático é conferida pelo povo, daí que o princípio da soberania popular seja uma das principais características do Estado constitucional. Não basta este estar submetido ao direito – ser Estado de direito – é, pois, necessário que o poder estatal se organize de forma a exercer-se democraticamente, a fim de que todo o poder venha do povo.³⁵²

Foi o desenvolvimento filosófico do conceito de dignidade da pessoa humana que levou à consagração constitucional dos direitos fundamentais. Antes de avançar, cumpre-nos distinguir, ainda que sucintamente, direitos do Homem de direitos fundamentais³⁵³. Os direitos do Homem possuem uma dimensão jusnaturalista-universalista, ou seja, são válidos para todos os Homens, em todos os tempos. Já os direitos fundamentais também são direitos do Homem, mas possuem uma dimensão jurídico-institucional e uma limitação espacial e temporal.

Os valores da dignidade, da liberdade e da igualdade começaram a ser alvo de reflexão na **Antiguidade Clássica**, pese embora, na vida corrente desse período, reinar a desigualdade, resultante da escravidão e da rigorosa moral coletiva³⁵⁴.

É o **Cristianismo**, com a afirmação de que todos os seres humanos são filhos de Deus, feitos à sua imagem e semelhança e, por isso, iguais em dignidade, que vai marcar, de forma decisiva, a nossa cultura a nível de direitos fundamentais. Embora a escolástica (Filosofia Medieval) aprofunde a ideia de dignidade da pessoa humana, a verdade é que a sociedade medieval, baseada na hierarquia e estratificação, é profundamente desigual. Cada grupo ou estrato social da comunidade política possuía direitos e deveres pré-estabelecidos.

Foi através da *Magna Charta*, de 1215, que se tentou implementar os direitos fundamentais no plano do direito. Esta consagrava direitos estamentais, através de pactos celebrados entre o Rei

³⁵¹ J. J. GOMES CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 90.

³⁵² *Idem*, pp. 90, 92-93, 98 e 100.

³⁵³ A distinção que enunciamos de seguida é feita por GOMES CANOTILHO. (Cfr. *Idem*, p. 393). VIEIRA DE ANDRADE, por exemplo, utiliza uma dimensão tridimensional dos direitos fundamentais: dimensão jusnaturalista, universalista e constitucional. (Cfr. José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 3 e ss.).

³⁵⁴ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*, op. cit., pp. 15 e 16.

e os seus súbditos, em que “aquele se comprometia a respeitar os direitos destes”³⁵⁵. Contudo, note-se que os direitos estamentais consistem em obrigações específicas dos participantes no pacto, não sendo direitos gerais, aplicáveis a qualquer pessoa. Eram, portanto, privilégios entre o Rei e as ordens sociais.

O **Renascimento** recupera a ideia do antropocentrismo que esteve presente na Antiguidade Clássica, associando-se à filosofia grega – o Homem no centro do universo. PICO DELLA MIRANDOLA desenvolve uma conceção do Homem em que este surge como uma multiplicidade de possibilidades e em que a sua dignidade constitui a sua possibilidade de escolha.

“Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração [...]. O Sumo Pai, Deus arquiteto [...] tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: «Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspeto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspeto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. [...]. Tu [...] não constringido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. [...] a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido.”³⁵⁶

Na **filosofia iluminista**, “a dignidade passará a estar no centro do novo humanismo individualista.”³⁵⁷ Entende-se que só a igualdade entre todos os Homens e a liberdade de cada um poderá permitir o desenvolvimento pessoal e a capacidade de conformação do futuro.

Nos fins do século XVIII, com as revoluções liberais Americana e Francesa surgem as primeiras consagrações constitucionais dos direitos fundamentais. Nesta época surgiam, sobretudo, como liberdades, ou seja, “esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida económica e social, como na vida pessoal”³⁵⁸.

São direitos negativos de defesa contra o Estado. A matéria dos direitos fundamentais estava sujeita aos princípios da prevalência de lei e da reserva de lei, pelo que se encontrava subordinada

³⁵⁵ *Idem*, p. 17.

³⁵⁶ Giovanni Pico della MIRANDOLA – *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, 1480. (trad. Maria Isabel Aguiar). Porto: Areal, 2005.

³⁵⁷ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*, op. cit., p. 18.

³⁵⁸ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 51.

ao poder legislativo, estando fora da alçada do poder executivo. A lei era considerada limite e garantia da liberdade. Cabia ao poder judicial assegurar a conformidade da lei com os direitos e os princípios em vigor³⁵⁹. Contudo, essas liberdades individuais existem numa organização política e social, não num contexto anárquico, pelo que são limitadas, obtendo-se, como contrapartida, a segurança coletiva. A segurança é, deste modo, pressuposto da liberdade. Assim, a construção constitucional liberal visava a certeza do direito.³⁶⁰

Enquanto na América os direitos consagrados são, sobretudo, o direito de resistência, direito de voto, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de reunião e petição, justa indemnização, direito à reparação, princípio *nulla poena sine lege*, presunção de inocência³⁶¹, na Europa Continental, os direitos consistiam na liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Foi esta última a conceção que ficou plasmada na Constituição Portuguesa de 1822 (a primeira Constituição da História do Direito Constitucional Português e que se insere no liberalismo político, económico e filosófico)³⁶² e na Carta Constitucional de 1826³⁶³.

Relativamente ao poder contra o qual os indivíduos mereciam proteção, na Europa Continental, os direitos fundamentais constituem uma defesa contra o Executivo, o Rei e a Administração. Já na América agem contra o poder legislativo.

Na Europa Continental, a afirmação dos direitos fundamentais deu-se com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789. O seu artigo 1.º estipulava que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

Contudo, “a consagração constitucional dos direitos não significou nem na América nem na Europa o seu reconhecimento como *garantias jurídicas concretas (1), positivadas em normas (2), dotadas de vinculatividade (3) e protegidas através de mecanismos eficazes de garantia (4).*”³⁶⁴. Assim, não foi em simultâneo que se deu a consagração dos direitos da pessoa humana e a sua efetiva garantia.

A **industrialização** e as conseqüentes transformações sociais e económicas quebram “o encanto liberal da «sociedade de infinitamente pequenos», homogénea e pacífica”³⁶⁵. A “urbanização

³⁵⁹ Jónatas E. M. Machado – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 82.

³⁶⁰ J. J. GOMES CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 109-110.

³⁶¹ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, pp. 21 e 22.

³⁶² Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, Vol. I, pp. 378 e ss.

³⁶³ *Idem*, pp. 394 e ss.

³⁶⁴ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁵ *Idem*, p. 54.

e a massificação da imprensa conduziram à autoconsciência de uma nova classe, constituída por aqueles que dispõem apenas da venda da força do seu trabalho para sobreviver³⁶⁶.

O processo de democratização influenciou os direitos fundamentais.

Para além de surgirem os direitos políticos, isto é, os direitos de participação na vida política – direito de voto e de ser eleito – direitos da segunda geração, dá-se o alargamento do âmbito dos direitos de defesa, recaindo a tónica sobre a igualdade. Destacam-se, como exemplos, a liberdade religiosa e de associação e, no que respeita ao nosso estudo, as liberdades de expressão e de informação passam a ser direitos do Homem-massa, em contraposição com as liberdades de opinião e de reunião do Homem liberal.³⁶⁷

O Homem-massa é o Homem desenraizado das suas terras, com um ritmo de vida acelerado e com a esperança na realização pessoal através dos bens materiais. É o Homem dirigido e controlado “pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditam as ideias e os produtos prontos a consumir – os homens dissolvem-se na sociedade e nela encontram o seu destino”³⁶⁸.

Os direitos fundamentais adquirem, agora, uma dimensão objetiva, para além da dimensão subjetiva.

De acordo com a sua dimensão subjetiva, o Estado não podia intervir nas liberdades individuais, constituindo os direitos fundamentais poderes perante e contra o Estado, correspondendo, em última *ratio*, à autonomia da própria sociedade face ao Estado.

Já na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais necessitam da democracia para se poderem efetivar tornando-se esta condição e garantia daqueles. O sistema democrático passa a conformar o conteúdo dos direitos fundamentais, servindo de critério ao seu bom exercício, na medida em que estes devem ir até ao ponto em que asseguram e fortalecem esse mesmo sistema. São exemplos claros desta interpretação as liberdades de expressão, de informação, de imprensa, de reunião e de manifestação e de associação.³⁶⁹

³⁶⁶ Jónatas E. M. MACHADO – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *op. cit.*, p. 83.

³⁶⁷ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, pp. 54-55.

³⁶⁸ *Idem*, p. 57

³⁶⁹ *Idem*, p. 56.

As sociedades fragmentaram-se em diferentes grupos. Cada um busca os seus próprios interesses, procurando obter o melhor para si num “mundo social sem lugares marcados e em movimento contínuo”³⁷⁰, surgindo o conflito entre os grupos, que se contrapõem uns aos outros.

A liberdade individual e a livre concorrência económica geraram profundas desigualdades e injustiças sociais. Os trabalhadores eram explorados e reduzidos na sua dignidade, abaixo do nível mínimo aceitável³⁷¹.

Dá-se a destruição da harmonia e paz liberal e com ela a necessidade de um papel mais interventivo por parte do Estado, reivindicado pelos próprios cidadãos, que exigiam a este, para além de assegurar a segurança coletiva, a tomada de medidas a nível de planeamento económico e social, ao invés de deixar que a economia se movesse por força da ‘mão invisível’³⁷².

“A interdependência e a solidariedade, o intervencionismo e a socialização vão, como é natural, alterar profundamente o sistema de direitos fundamentais – trazendo novas concepções, outros pontos de partida e um equilíbrio diferente”³⁷³.

É aqui que surge a terceira geração de direitos fundamentais – direitos a prestações. Estes exigem comportamentos estaduais positivos. A contraposição indivíduo-Estado continua a existir, mas atenua-se, na medida em que os direitos fundamentais deixam de ser encarados como sendo contra o Estado, passando a ser considerados como direitos de atuação dos indivíduos através do Estado³⁷⁴.

Surge, igualmente, a objetivização dos direitos fundamentais. A posição social do Homem altera-se. O Homem titular dos direitos deixa de ser o Homem isolado e centrado em si mesmo, passando, antes, a ser o “homem socialmente «situado» e «inserido», o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê os seus direitos talhados a uma medida e num plano sociais”³⁷⁵.

De seguida, reconhece-se uma função social aos direitos fundamentais em geral, que, tal como o Homem, passam a ser menos individuais. Mesmo os direitos de personalidade individual passam a ser limitáveis por essa mesma função social.³⁷⁶

³⁷⁰ *Idem*, p. 57.

³⁷¹ *Idem*, pp. 56-58.

³⁷² A Teoria da ‘Mão Invisível’ foi desenvolvida por ADAM SMITH, economista e filósofo francês que viveu no período do Iluminismo (séc. XVIII). Na sua obra *Riqueza das Nações*, escrita em Março de 1776, o Autor procurou demonstrar que os indivíduos, apenas movidos pelo seu próprio interesse (*self-interest*), promoviam o crescimento económico, resultando daí a riqueza das nações. Para este Autor, numa economia de mercado, apesar da inexistência de uma entidade coordenadora do interesse geral/comum (Smith defendia a intervenção estadual mínima), a interação dos indivíduos (baseados no seu *self-interest*) resultava numa determinada ordem, capaz de gerar riqueza e promover o crescimento económico, como se houvesse uma ‘mão invisível’ que os orientasse. (Cfr. Adam SMITH – *Inquérito sobre a natureza e as causas das riquezas das nações*. (trad. Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar). 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014).

³⁷³ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 58.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Idem*, p. 60.

³⁷⁶ *Idem*, p. 61.

Relativamente aos direitos a prestações, estes estão dependentes dos recursos sociais existentes e o seu conteúdo é determinado de acordo com as opções políticas. “Não são apenas direitos limitados ou limitáveis por uma função social: são, em si, direitos *sob reserva de possibilidade social*”³⁷⁷.

As liberdades, outrora abstratas, carentes de regulamentação jurídica ou sem condições de facto para se efetivarem, transformaram-se, agora, em liberdades concretas, tendo o Estado a verdadeira obrigação de torná-las efetivas, proporcionando todas as condições objetivas necessárias à realização prática dos direitos. Assim, cada direito consagrado surge acompanhado de um conjunto de tarefas que devem ser levadas a cabo pelo Estado, de modo a garantir a sua efetivação.

Por último, uma vez que o Estado deixa de ser visto como o inimigo, exigindo-se dele também um papel ativo, os direitos fundamentais passam a ser obrigatórios nas relações entre privados, devendo o Estado ser o protetor dos direitos de cada um no caso de ofensas decorrentes das atuações de outros particulares.³⁷⁸

1.3. Atualidade

Nas últimas décadas do século XX, no tocante à evolução da sociedade, é de salientar o estonteante desenvolvimento científico e tecnológico e uma mudança do paradigma cultural.

Surge o fenómeno da globalização, a sociedade transforma-se numa sociedade global. Esta é uma sociedade de comunicação que recebe esta designação por dois motivos.

Primeiro, os meios de comunicação de massas, mais do que documentarem a realidade, têm a capacidade de determinar os acontecimentos.

Em segundo lugar, é uma sociedade de informação com uma “capacidade aparentemente ilimitada de conhecimento, armazenamento e transferência de dados informativos”³⁷⁹, indispensáveis aos países desenvolvidos e aos que aspiram sê-lo.

Em termos políticos, a globalização conduziu também à falência do Estado, nas suas dimensões externa, enquanto entidade nacional soberana, e interna³⁸⁰.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Idem*, p. 62.

³⁸⁰ Entende, dessa forma, J. J. GOMES CANOTILHO (Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 90) e Vieira de Andrade (Cfr. José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 62).

Relativamente à primeira dimensão, os problemas começaram a atravessar fronteiras, dando origem a factos à escala planetária, não tendo o Estado, individualmente considerado, capacidade para combater essas forças transnacionais e os seus consequentes efeitos.³⁸¹

Quanto à segunda dimensão, dá-se a falência do Estado-Providência, a dois níveis. Por um lado, o Estado não consegue representar cidadãos e regular poderes sociais, devido à crescente multiculturalidade da comunidade. Por outro lado, o Estado torna-se incapaz de responder às exigências de uma sociedade que reivindica um maior bem-estar e segurança, por um lado, e a privatização das atividades e menor intervenção estadual, por outro.

A falência do Estado-Providência não foi só financeira, mas também paradigmática, sobretudo após a queda dos modelos socialistas coletivistas. O Estado já não tem a obrigação de deter o monopólio na prestação de serviços das principais áreas da sociedade: na saúde, na segurança social, na educação e na cultura, como nos domínios da energia, da água, das telecomunicações e dos transportes; também não lhe incumbe já garantir a gratuidade ou tendencial gratuidade na prestação de serviços, tendo esta provocado efeitos regressivos a nível social.³⁸²

A nível económico desenvolve-se a sociedade do consumo, simultaneamente motivada e causadora da produção e comercialização massiva de bens e serviços, e a consequente publicidade agressiva e o mercado internacional ferozmente concorrente.

Neste contexto, a trilogia da revolução francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – considera-se desatualizada, sendo incapaz de dar resposta aos problemas emergentes a nível de direitos fundamentais. Assim, dá-se o aparecimento de uma nova trilogia: segurança, diversidade e solidariedade.³⁸³

É no século XX que os direitos fundamentais deixam de ser considerados como um problema de cada Estado e passam a ser internacionalmente considerados. A Carta das Nações Unidas, Carta de São Francisco de 1945, refere a necessidade de cooperação entre os Estados para a defesa de direitos e liberdades fundamentais.

Foi, sobretudo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (que não tem força vinculativa) de 1948, que impulsionou o aparecimento de diversos instrumentos internacionais, como os Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966)

³⁸¹ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 62-63.

³⁸² “Neste sentido, vide as considerações de CASALTA NABAIS – “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”. In Antunes Varela et al. (org.) – *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 965 e ss.

³⁸³ José Carlos de VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 62-63.

e outros que tratam os direitos fundamentais de forma autónoma. A Declaração Universal foi aprovada na 183.^a sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, em 10 de Dezembro de 1948.³⁸⁴

A nível regional, foi aprovada pelo Conselho da Europa a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e a Salvaguarda de Liberdades Fundamentais³⁸⁵, que tinha como objetivos assegurar a promoção, defesa e garantia coletiva de alguns dos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁸⁶. Esta carta consagrava os direitos e liberdades que devem estar na base das sociedades democráticas ocidentais.

O Conselho da Europa foi instituído a 5 de maio de 1949 através de um tratado celebrado entre dez países europeus³⁸⁷, no qual se reconhecia o princípio do primado do Direito e o princípio de que qualquer pessoa goza dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 3.º do Estatuto do Conselho da Europa).

Contudo, só em 22 de setembro de 1976 é que Portugal aderiu ao Conselho da Europa, altura em que passou a ser um Estado de Direito Democrático. Atualmente, o Conselho da Europa é composto por quarenta e sete estados europeus.³⁸⁸

1.4. Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa

A título preliminar, cumpre referir como está sistematizada a nossa Constituição da República Portuguesa. A sistematização adotada segue a mesma linha da maioria das constituições recentes de outros países³⁸⁹:

- uma divisão introdutória, que contém a caracterização do Estado e as opções constitucionais básicas, ou seja, os 'Princípios Fundamentais';
- uma 'parte dogmática' que abrange os direitos fundamentais (Parte I) e a ordem constitucional da economia (Parte II);
- uma parte organizatória, onde se insere a organização do Estado em sentido lato (Parte III);
- uma parte sobre a fiscalização da constitucionalidade e a revisão constitucional (Parte IV);

³⁸⁴ Francisco Teixeira da MOTA - *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 87.

³⁸⁵ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE - *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*, op. cit., pp. 24-27.

³⁸⁶ Francisco Teixeira da MOTA - *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 87.

³⁸⁷ Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido e Suécia.

³⁸⁸ Francisco Teixeira da MOTA - *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 87.

³⁸⁹ A sistematização que apresentamos é a que foi enunciada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. (Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA - *Constituição da República Portuguesa Anotada. Arts. 1.º a 107.º*, op. cit., pp. 51-52).

- uma divisão de ‘Disposições finais e transitórias’.

Esta opção sistemática pode significar, no entender de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que “a sociedade (os direitos fundamentais e a organização económica) precede o Estado (organização do poder político); os direitos fundamentais precedem a organização económico-social³⁹⁰.”

A Constituição da República Portuguesa consagra direitos fundamentais das várias gerações e também direitos novos, tendo os mesmos sido progressivamente acrescentados ao longo das diversas revisões constitucionais.

Segundo a proposta de VIEIRA DE ANDRADE relativamente à evolução histórica dos direitos fundamentais, estes podem dividir-se em três grupos: direitos de defesa do indivíduo perante o Estado (*direitos de agir*); direitos de participação política; direitos sociais, ou seja, direitos a prestações por parte do Estado (*direitos de exigir*).

Em Portugal, estes grupos deram origem à divisão dos direitos fundamentais, na Constituição da República Portuguesa, em duas partes: direitos, liberdades e garantias (Título II, da Parte I - arts. 24.º a 57.º) e direitos económicos, sociais e culturais (título III, da Parte I - arts. 58.º a 79.º).

Os primeiros subdividem-se em: direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 24.º a 47.º); direitos, liberdades e garantias de participação política (art. 48.º a 52.º); direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (art. 53.º a 57.º).

O artigo 16.º da CRP consagra uma cláusula aberta. Assim, para além dos direitos fundamentais em sentido formal, constantes na Parte I da CRP, também temos os direitos fundamentais constitucionais (dispersos na Constituição) e extraconstitucionais, podendo estes constar de normas de direito internacional ou de legislação ordinária.³⁹¹

De acordo com J. J. GOMES CANOTILHO, os direitos fundamentais possuem quatro funções³⁹²:

(i) função de defesa ou de liberdade – esta é, sobretudo, a função dos direitos, liberdades e garantias que surge como defesa da dignidade da pessoa humana face aos poderes do Estado e, segundo o autor, abarca dois planos e, por isso, uma dupla perspetiva: no plano jurídico-objetivo, não é permitido às entidades públicas a ingerência na esfera jurídica individual dos cidadãos; no plano jurídico-subjetivo, consiste numa liberdade positiva, ou seja, no poder de exercer os direitos

³⁹⁰ *Idem*, p. 52.

³⁹¹ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*, *op. cit.*, pp. 38-39.

³⁹² As funções que se seguem são enunciadas por GOMES CANOTILHO. (Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 407-410).

fundamentais e exigir uma omissão por parte dos poderes públicos (liberdade negativa) para que estes não lesem aquela liberdade;

(ii) função de prestação social – esta função prende-se com os direitos sociais, económicos e culturais e relaciona-se com o direito a prestações³⁹³.

(iii) função de proteção perante terceiros – está aqui em causa um dever do Estado de proteção dos titulares dos direitos fundamentais perante terceiros. Esta ideia decorre da doutrina alemã. A título exemplificativo, têm esta função os direitos de inviolabilidade do domicílio, de proteção de dados informáticos e de associação. Esta função distingue-se da anterior, pois consiste na relação entre o indivíduo titular do direito e outros indivíduos, não entre o Estado e o indivíduo titular do direito.

(iv) função de não discriminação – esta deriva do princípio da igualdade e, por isso, consiste em que o Estado trate todos os cidadãos de modo igual. Esta é uma função mais abrangente, pois aplica-se aos direitos, liberdades e garantias pessoais, aos direitos de participação política, aos direitos dos trabalhadores e aos direitos a prestações.

2. PONTO DA SITUAÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

A liberdade de expressão e o direito de informação enquadram-se no grupo dos direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, do qual se exige neste contexto uma *abstenção*, uma atitude de respeito e de não interferência. Por seu lado, o princípio da culpa em matéria de penas e o princípio da presunção de inocência, dentro dos direitos fundamentais, enquadram-se nas garantias em que se exige uma atuação por parte do Estado, de modo a assegurar a sua efetivação.

Como vimos, os meios de comunicação social, na efetivação do seu direito de informar (garantindo, assim, o respetivo direito de ser informado) colocam problemas judiciais que têm repercussões jurídico-constitucionais.

Assim, parece que o direito de informação conflua com a realização da justiça, através do princípio da culpa em matéria de penas e do princípio da presunção de inocência.

De seguida, analisaremos hipóteses de solução para este problema.

³⁹³ Esta matéria encontra-se fora do objeto da presente dissertação, pelo que não irá ser explorada. Para mais desenvolvimentos, vide J. J. GOMES CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 408-409.

PARTE II

PODER JUDICIAL E COMUNICAÇÃO SOCIAL: PARA O (R)ESTABELECIMENTO DA RELAÇÃO. PROPOSTA DE SOLUÇÃO

CAPÍTULO I

RESTRIÇÃO LEGAL DO DIREITO DE INFORMAÇÃO – UMA POSSIBILIDADE EM ANÁLISE

1. REGIME DE RESTRIÇÕES DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS: ART. 18.º, N.ºS 2 E 3 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

1.1. Nota introdutória

Os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. A necessidade de restrição do âmbito de proteção de um direito fundamental existe para que seja possível a coexistência de vários direitos fundamentais. A restrição opera-se por meio da atuação legislativa, que vai limitar o conteúdo e o alcance de determinado direito fundamental.

Como “essa atuação legislativa é, naturalmente, problemática, porque permite ao legislador interferir no espaço de liberdade de cada um, regulando-o...”³⁹⁴, a Constituição da República Portuguesa prevê, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP, um conjunto de requisitos substanciais para as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias: 1. previsão constitucional expressa; 2. necessidade de proteção de bens constitucionalmente relevantes; 3. respeito pelo princípio da proporcionalidade; 4. restrições com carácter geral e abstrato; 5. carácter prospetivo (com eficácia para o futuro); 6. respeito pelo conteúdo essencial dos direitos.

1.2. Requisitos substanciais das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias

a) Previsão constitucional expressa

Relativamente a este primeiro requisito, colocam-se alguns problemas.

Existem três tipos de restrições de direitos efetuadas por atos normativos com valor de lei: “(1) restrições feitas diretamente pela Constituição; (2) restrições feitas por lei mas expressamente

³⁹⁴ Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MACCRORIE – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio, op. cit.*, p. 63.

autorizadas pela Constituição; (3) restrições operadas através de lei mas sem autorização expressa da Constituição”. As primeiras são restrições constitucionais diretas, as segundas referem-se à reserva de lei restritiva e as terceiras às restrições não expressamente autorizadas pela Constituição³⁹⁵.

O problema coloca-se, *maxime*, nestas últimas, uma vez que existem muitas disposições constitucionais que não preveem expressamente restrições legislativas. A doutrina tem procurado contornar o problema, “seja através da ideia de limites imanentes, da existência de restrições implícitas ou ainda do apelo ao art. 29.º da DUDH”.³⁹⁶

De acordo com a conceção dos ‘limites imanentes’, o âmbito de proteção de direitos fundamentais estaria limitado *a priori*, ou seja, os direitos fundamentais seriam imanentemente limitados devido à sua qualidade jurídica e pela “necessária compatibilização originária com outros valores igualmente dignos de proteção constitucional”³⁹⁷. Deste modo, não estamos perante uma verdadeira restrição do seu conteúdo, mas tão-somente a declarar ou a concretizar os limites imanentes, aquando da interpretação, uma vez que o direito fundamental já os previa no momento em que foi consagrado. Embora esta ideia seja operativa quando os direitos fundamentais sejam já consagrados com reservas, parece ser problemática nos casos em que essa reserva não existe, sendo esta última a questão que mais importa resolver. A doutrina dos limites imanentes procura resolver o problema das restrições não expressamente autorizadas, afirmando que a atuação ‘restritiva’ é constitucionalmente legítima, se e apenas quando, se limitar à concretização dos limites imanentes dos direitos fundamentais; se extravasar esses limites, existe violação de direito fundamental.

Assim, para esta conceção, não pode (nem é necessário) haver restrições não expressamente previstas na Constituição aos direitos fundamentais. O máximo que pode haver é a “concretização ou revelação de limites imanentes aos direitos fundamentais”. Essa concretização, feita *a posteriori* da consagração, não está constitucionalmente proibida, uma vez que “aquilo que a Constituição veda aos poderes constituídos é que restrinjam os direitos fundamentais e não já que *digam*, tão só, quais são os seus limites imanentes”.³⁹⁸

As ‘restrições implícitas’ são defendidas por JORGE MIRANDA que considera ser imprescindível aceitar a sua existência, uma vez que, o facto de a Constituição não consagrar um limite expresso, não significa que nenhum limite tenha sido desejado. Assim, para o Autor, estaremos perante restrições implícitas quando for necessário salvaguardar outros ‘interesses constitucionalmente

³⁹⁵ J. J. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 450.

³⁹⁶ Andreia OLIVEIRA e Benedita MAC CRORIE – *Direitos Fundamentais – elementos de apoio*, op. cit., p. 67.

³⁹⁷ Jorge Reis NOVAIS – *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 438.

³⁹⁸ *Idem*, p. 440.

protegidos’, desde que se fundem em princípios constitucionais que estejam em paridade relativamente aos que fundamentam as restrições expressas, e não em preceitos avulsos³⁹⁹.

JORGE MIRANDA afirma, ainda, que estas restrições implícitas derivam desses princípios e não do artigo 29.º, n.º 2 da DUDH, que se refere não a restrições aos direitos mas a limites ao exercício de direitos⁴⁰⁰. Este artigo prescreve uma cláusula geral que prevê condições gerais relativas ao exercício de todos os direitos (não só direitos fundamentais), sem, contudo, constituir nova fonte de restrição de direitos, liberdades e garantias, situando-se ao nível da regulamentação (as limitações têm de já estar estabelecidas pela lei)⁴⁰¹.

Uma outra teoria, a ‘teoria da reserva geral imanente de ponderação’, que é defendida por JORGE REIS NOVAIS, considera que as restrições de direitos fundamentais fazem parte do seu conteúdo: o direito só existe com o conteúdo traçado a partir da restrição, ou seja, independentemente de a Constituição prever a possibilidade de restrição, o legislador está legitimado a restringir o direito com base naquela reserva⁴⁰².

O Autor considera que o legislador constituinte não dispõe de total liberdade para determinar se um direito fundamental pode ou não ser alvo de restrição. Desta feita, os direitos fundamentais são considerados, nas palavras do Autor, como ‘trunfos’ ou ‘armaduras’, o que lhes confere uma admissibilidade constitucional de restrição, mesmo que não expressamente autorizada, pois esta decorre da própria natureza estrutural complexa dos direitos fundamentais. Essa admissibilidade existe para que não se desvirtuem os princípios estruturantes do Estado de Direito, que o próprio legislador tem de reconhecer.

A reserva geral imanente de ponderação tem, obrigatoriamente, de existir, para que todos os bens (vertidos em princípios ou valores) merecedores de proteção jurídica por parte do Estado de Direito possam ser compatibilizados.⁴⁰³ Assim se expressa REIS NOVAIS: “a natureza das coisas e a realidade constitucional são mais *fortes* do que aquilo que o legislador constituinte tenha, expressa ou implicitamente, dito a propósito e elas determinam, para aquele direito, a existência de todo um conjunto de limites fáticos e jurídicos sem os quais a vida em sociedade não seria, pura e simplesmente, possível”⁴⁰⁴.

³⁹⁹ Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 413-414.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 414.

⁴⁰¹ *Idem*, pp. 189-191.

⁴⁰² Jorge REIS NOVAIS – *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, op. cit., pp. 569 e ss.

⁴⁰³ *Idem*, pp. 956-957.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 956.

b) Necessidade de proteção de bens constitucionalmente relevantes

Este segundo requisito exige que o bem ou interesse que se visa salvaguardar tenha de ter dignidade constitucional.

c) Respeito pelo princípio da proporcionalidade

No tocante a este terceiro requisito, existem três critérios de aferição, que são:

- a idoneidade (ou adequação), isto é, importa provar que o meio é apto para, em circunstâncias normais, prosseguir o fim de interesse público que se visa alcançar;

- a necessidade, que consiste numa apreciação para se aferir da existência de uma medida menos onerosa para os direitos fundamentais e que seja capaz de atingir o fim, de modo igualmente eficaz;

- a proporcionalidade em sentido restrito, que permite uma análise global, no sentido de se verificar se existem mais vantagens do que desvantagens a alcançar com a medida restritiva⁴⁰⁵.

d) Restrições com carácter geral e abstrato

Quanto a este quarto requisito, as normas que restringem direitos, liberdades e garantias, devem ter como destinatário um número indeterminável de pessoas e aplicar-se a um número indeterminável de situações⁴⁰⁶.

e) Carácter prospetivo (com eficácia para o futuro)

No que a este quinto requisito diz respeito, em matéria de direitos, liberdades e garantias a retroatividade é sempre inadmissível, não devendo existir qualquer tipo de ponderação entre os fins e as expectativas juridicamente protegidas, uma vez que estas devem sempre prevalecer.⁴⁰⁷

f) Respeito pelo conteúdo essencial dos direitos

Por último, o sexto requisito estabelece a existência de um núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias que não pode ser violado.

Este requisito também levanta alguns problemas relativamente ao objeto e valor da proteção:

⁴⁰⁵ J. J. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 457-458.

⁴⁰⁶ Para mais desenvolvimentos, vide *Idem*, pp. 454-456.

⁴⁰⁷ Andreia OLIVEIRA E Benedita MAC CRORIE – *Direitos Fundamentais – elementos de apoio*, op. cit., pp. 71-72 e J. J. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 456-457.

- quanto ao objeto, há duas teorias que se encontram em confronto: teoria objetiva e teoria subjetiva.

A primeira entende que a proteção do núcleo essencial deve referir-se à norma objetiva e não a um direito subjetivo individual. Ou seja, “o objeto de proteção do preceito é a garantia geral e abstracta prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular”. Já a teoria subjetiva considera que o objeto de proteção do núcleo essencial do direito fundamental deve ser entendido como dizendo respeito ao direito subjetivo do indivíduo⁴⁰⁸:

- relativamente ao valor da proteção, distinguem-se, igualmente, duas correntes doutrinárias: as teorias absolutas e as teorias relativas.

De acordo com as teorias absolutas, o conteúdo essencial corresponde ao “...núcleo intocável presente em cada direito fundamental e que é independente da colisão de interesses verificada no caso concreto...”⁴⁰⁹. Nestas teorias, porém, torna-se difícil a distinção entre elementos essenciais ou acidentais. Já as teorias relativas baseiam-se num juízo casuístico, em que o núcleo essencial resultará de um processo de ponderação de bens⁴¹⁰.

A crítica às teorias absolutas, assenta no facto de estas não considerarem que para se determinar o âmbito de proteção de um direito, é necessário uma equação com outros bens⁴¹¹, podendo relativizar-se de tal forma o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias ao ponto de se admitir a anulação integral da eficácia de um direito⁴¹². Por seu turno, as teorias relativas acabam por reconduzir o conteúdo essencial ao princípio da proporcionalidade⁴¹³.

Desta forma, será de admitir, tal como faz JORGE REIS NOVAIS, que o requisito do conteúdo essencial não pode ser visto de forma autónoma nem deverá ser visto como o limite aos limites dos direitos fundamentais. Ainda assim, julga-se que a sua referência é importante, na medida em que vem reforçar o carácter excecional que a restrição de direitos, liberdades e garantias deve assumir⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ J. J. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p. 459.

⁴⁰⁹ Andreia OLIVEIRA E Benedita MAC CRORIE – *Direitos Fundamentais – elementos de apoio*, op. cit., p. 71.

⁴¹⁰ J. J. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p. 459.

⁴¹¹ *Idem*, p. 460.

⁴¹² Andreia OLIVEIRA E Benedita MAC CRORIE – *Direitos Fundamentais – elementos de apoio*, op. cit., p. 71.

⁴¹³ J. J. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p. 460.

⁴¹⁴ Jorge Reis NOVAIS – *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, op. cit., pp. 602 e ss.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO (EM SENTIDO AMPLO) NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê a liberdade de expressão (artigo 10.º), em sentido amplo, ou seja, abrangendo quer a liberdade de manifestar ideias ou opiniões, quer o direito de informação:

“1. Qualquer pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras...”.

No seu n.º 2 encontram-se plasmadas as possibilidades de restrição a este direito:

“2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”.

Em primeiro lugar, o TEDH tem-se pronunciado, na apreciação dos casos que lhe são submetidos, pela excecionalidade das restrições à liberdade de expressão e, por isso, pela sua necessária e adequada fundamentação⁴¹⁵.

O entendimento deste Tribunal decorre do facto da liberdade de expressão ser um dos pilares fundamentais de uma sociedade democrática, sendo essencial para a realização individual e estando a ela subjacente uma ideia de tolerância e pluralismo. Assim, firma este Tribunal que o exercício da liberdade de expressão permite aos cidadãos formarem uma opinião livre e esclarecida sobre questões de interesse geral.

A jurisprudência do TEDH estabeleceu três elementos para justificar a legitimidade da restrição: primeiro tem de estar em causa uma ‘necessidade social imperiosa’; em segundo lugar, exige proporcionalidade em relação à finalidade legítima; por último, as razões que justificam as

⁴¹⁵ Francisco Teixeira da MOTA – *A Liberdade de Expressão em Tribunal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 33.

restrições devem ser pertinentes e suficientes. A apreciação daquela ‘necessidade’ cabe às autoridades nacionais, contudo, esta não é ilimitada, uma vez que existe o controlo europeu e, em última instância, deve pronunciar-se o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para este Tribunal, sempre que estão em causa questões de interesse geral, isto é, questões públicas ou políticas, o debate público e a liberdade de expressão merecem proteção máxima⁴¹⁶, pelo que se impõe uma interpretação mais restritiva sobre as restrições à liberdade de expressão.⁴¹⁷

No seu entender, a liberdade de imprensa permite que os jornalistas cometam determinados exageros ou provocações, não se exigindo deles contenção e moderação da linguagem ou estilo⁴¹⁸, admitindo que a crítica às ideias do visado pode extravasar para a crítica pessoal, sendo que tal, não implica, obrigatoriamente, a transposição dos limites da liberdade de expressão⁴¹⁹.

Este Tribunal considera a distinção entre ‘factos’ e ‘opiniões’ como especialmente importante. Deste modo, afirma que os factos podem ser comprovados, enquanto as opiniões carecem, pela sua própria natureza, da prova de verdade. O TEDH considera ser inaceitável o impedimento de um jornalista expressar a sua opinião crítica se não puder provar a sua verdade⁴²⁰, contudo, refere também que uma opinião sem qualquer base factual que a suporte pode ser excessiva⁴²¹.

O mesmo Tribunal tem vindo, ainda assim, a afirmar que o respeito pela ética e deontologia jornalística determina que os jornalistas devam pautar a sua conduta pela boa-fé, sustentando-se em factos exatos e fornecendo informações fiáveis e precisas⁴²².

Relativamente às críticas ao poder judiciário e, mais especificamente, no tocante aos magistrados, o TEDH tem entendido que, constituindo a atividade judiciária o garante da realização da justiça, sendo essencial num Estado de Direito, os magistrados devem cumprir as suas funções sem serem perturbados, a fim de não se abalar a confiança necessária nesta instituição por parte dos cidadãos, a fim de se assegurar a ‘autoridade judiciária’⁴²³.

⁴¹⁶ Francisco Teixeira da MOTA – *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 21.

⁴¹⁷ Neste sentido, vejam-se: Caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28 de setembro de 2000, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119159> [em linha]; Caso The Observer e The Guardian c. Reino Unido, de 26 de novembro de 1991, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705> [em linha].

⁴¹⁸ Francisco Teixeira da MOTA – *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, op. cit., p. 35.

⁴¹⁹ Veja-se o caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28 de setembro de 2000, op. cit.

⁴²⁰ Caso Dalban c. Roménia (1999) *apud* Francisco Teixeira da MOTA – *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 27 e também do mesmo Autor – *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, op. cit., pp. 35-36.

⁴²¹ Vide o Caso Oberschlick contra Áustria (1991) *apud* Francisco Teixeira da MOTA – *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 27.

⁴²² Francisco Teixeira da MOTA – *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, op. cit., p. 41; Caso Fressoz e Roire c. França (1999) *apud* Francisco Teixeira da MOTA – *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 35.

⁴²³ Caso Saday c. Turquia, de 30 de março de 2006 *apud* Francisco Teixeira da MOTA – *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op. cit., p. 31.

Por outro lado, na colisão entre o segredo de justiça e a liberdade de expressão (entendida em sentido lato), o TEDH tem-se pronunciado a favor da última, referindo que as proibições que decorrem do segredo de justiça dos regimes que tem apreciado⁴²⁴, não são justificadas, pois não correspondem, na sua aceção, a uma ‘necessidade social imperiosa’⁴²⁵. A ausência da necessidade do segredo de justiça resulta, nomeadamente, das informações em causa já serem públicas⁴²⁶.

Assim, na construção do conceito de liberdade de expressão pelo TEDH, esta, para além de constituir uma liberdade individual, é “também estrutural, em termos sociais, que só pode ser restringida por razões particularmente ponderosas”⁴²⁷. Diferente parece ser o entendimento dominante nos nossos tribunais. Demonstrativo disso mesmo, são as condenações do Estado Português por violação do artigo 10.º da Convenção dos Direitos do Homem⁴²⁸.

3. A APLICAÇÃO DO REGIME DE RESTRIÇÕES LEGISLATIVAS AO DIREITO DE INFORMAÇÃO

3.1. O caso do direito inglês: *criminal contempt of court*

Uma solução poderia passar pela restrição que seguisse a linha do *contempt of court* do direito inglês, o qual passaremos, sumariamente, a explicar.

O *criminal contempt of court* está tipificado no *Contempt of Court Act 1981*, sob a epígrafe geral de *strict liability*.

Este aplica-se quando uma publicação (peças de jornal, discursos, programas, etc.) interfere na administração da justiça num processo específico ou concreto, sendo que, em abstrato, o autor do crime pode ser o editor, o proprietário do meio de comunicação, o jornalista, a gráfica, o distribuidor, entre outros.

Não será necessário provar a intenção do agente de, com a sua publicação, interferir com a administração da justiça, num processo específico, bastando apenas, para que ocorra punição, que se prove a intenção do agente em publicar determinado material. Deste modo, basta que a publicação crie o risco substancial de que a administração da justiça, num específico caso judicial,

⁴²⁴ Dentro dos regimes apreciados, inclui-se o do segredo de justiça português. Veja-se, a este propósito: Caso Campos Dâmaso c. Portugal, de 24 de abril de 2008, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119141> [em linha] e Caso Pinto Coelho c. Portugal, de 28 de junho de 2011, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105410> [em linha].

⁴²⁵ Francisco Teixeira da MOTA – *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, op. cit., p. 41.

⁴²⁶ Weber c. Suíça (1990) apud Francisco Teixeira da MOTA – *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*, op.cit., p. 37.

⁴²⁷ Francisco Teixeira da MOTA – *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, op. cit., p. 51.

⁴²⁸ Para mais desenvolvimentos, vide *Idem*, pp. 52 e ss.

possa ser posta em causa. Os fatores a ser tidos em consideração na aferição do risco são, por exemplo, o conteúdo da publicação, os destinatários da publicação e o momento processual em que se encontra o caso.

O *contempt of court* não se aplicará provando-se os seguintes factos: a publicação ou distribuição foi inocente (além de ter tido o devido cuidado, não podia suspeitar que decorria um processo criminal); os meios de comunicação social apenas narraram a audiência, de boa-fé; estão em causa matérias de interesse para a comunidade em geral⁴²⁹.

3.2. Verificação dos requisitos substanciais da lei restritiva do direito de informação

Consideramos não haver dúvidas que uma restrição ao direito de informação semelhante à prevista no *contempt of court* contribuiria para a melhor realização do princípio da culpa em matéria de penas, bem como do princípio da presunção de inocência, sendo estes princípios constitucionalmente relevantes, como vimos. Ao não ser permitido aos *media* a divulgação de informações relativas a concretos processos judiciais (quando não preenchidas as três razões que o justificassem), estes não poderiam fazer nenhum tipo de pressão relativamente ao sentido da decisão, nem influenciar o juiz e a opinião pública no sentido que lhes aprouvesse e, assim, interferir, direta ou indiretamente, no processo.

Verificamos, igualmente, que não existe no artigo 37.º, n.º 2 da CRP nenhuma previsão constitucional expressa da respetiva restrição. Pelo contrário, a norma refere expressamente que “o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”.

O princípio da proibição da censura pretende contrariar o impulso da intolerância que pode estar “associado à convicção da verdade e da superioridade das próprias ideias”⁴³⁰.

No nosso plano jurídico o princípio da proibição da censura adquire a seguinte conceitualização: a censura é entendida em termos restritos, ou seja, designa as violações da liberdade de expressão que decorrem da sujeição dos seus conteúdos a um controlo prévio por parte de uma autoridade pública, normalmente de natureza político-administrativa⁴³¹. Nesse sentido, tal

⁴²⁹ Cfr. Pedro FREITAS - *O contempt of court inglês como limitação ao princípio da publicidade no processo penal. Contributos possíveis para o direito português*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário, pp. 100-110.

⁴³⁰ Jónatas E. M. Machado - *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, op. cit., p. 486.

⁴³¹ *Idem*, pp. 490-491.

solução enfermaria, portanto, de inconstitucionalidade⁴³², pois tal medida poderia constituir censura aos meios de comunicação social.

Assim, aplicando-se o regime do artigo 18.º, n.º 2 da CRP (princípio da proporcionalidade), concluímos que uma medida semelhante à contemplada no direito inglês é adequada, uma vez que é apropriada para a prossecução dos fins determinados pela lei (no caso, melhor efetivação do princípio da culpa em matéria de penas e do princípio da presunção de inocência); mas já não será necessária (embora a medida seja adequada, não é necessária para obter os fins da proteção constitucional), pois entendemos que haverá outras soluções que não passam por uma medida tão restritiva como a do direito inglês; mesmo que assim não se entendesse, a medida seria sempre desproporcional em sentido restrito, porque, mesmo sendo adequada e, eventualmente, necessária, consideramos que consistiria numa restrição excessiva de direitos, liberdades e garantias (no caso, liberdade de expressão e direito de informação) relativamente aos resultados obtidos, podendo, até, configurar um caso de censura, na medida em que os conteúdos jornalísticos estariam sujeitos a um controlo prévio.

Assim, estamos em crer que, quer à luz da Constituição, quer à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na aceção que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem lhe confere, qualquer restrição ao direito de informação, na linha do *contempt of court* do direito inglês, consistiria numa restrição excessiva do direito de informação, não existindo, neste caso, uma verdadeira compatibilização entre os três direitos, antes a eliminação de um em prol dos outros.

De igual modo, tal restrição não seria desejável na própria tarefa de realização de justiça. De facto, em abstrato, os meios de comunicação social desempenham uma importante função, quer ao nível da formação da opinião pública em matéria de justiça penal (privilegiando-se o pluralismo democrático), quer ao nível da potencialização do princípio da publicidade (como vimos *supra*). Igualmente, o facto de a sentença ser mediaticamente divulgada poderia contribuir para o cumprimento dos fins das penas, bem como possuir um efeito positivo ao nível da prevenção geral, tanto na sua vertente positiva (tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou reforço) da vigência da norma infringida) como na sua vertente negativa (dissuasão da sociedade no cometimento de crimes)⁴³³.

⁴³² A mesma opinião é expressada por MÁRIO FERREIRA MONTE. (Cfr. Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 794).

⁴³³ O mesmo entendimento tem MÁRIO FERREIRA MONTE. Este Autor vê a comunicação social como “um instrumento muito útil à realização da justiça”. (Cfr. *Idem*, p. 781).

Assim, a solução restritiva enunciada cavaría um fosso ainda maior entre os tribunais e a comunicação social.

CAPÍTULO II

TOMADA DE POSIÇÃO: A APROXIMAÇÃO PELO DIÁLOGO COM BASE NA FUNÇÃO SOCIAL

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Este é o ponto de chegada – que motivou também a partida – do presente estudo. Pensamos ter conseguido demonstrar ao longo do mesmo, que urge encontrar um ponto de equilíbrio e de harmonia entre direitos fundamentais que colidem entre si e entre instituição e entidades em constante atropelo e tensão. Sabemos, nas palavras de MÁRIO FERREIRA MONTE, ser essa uma “tarefa quase hercúlea, diríamos mesmo utópica”⁴³⁴. No entanto, foi isso que nos propusemos fazer neste estudo, porque entendemos que só a tentativa de a realizar pode conduzir a resultados – basta-nos alcançar alguns, mesmo que poucos – e, nessa medida, não nos permitimos desistir.

Pensamos, pois, que a solução terá de passar por três planos: um, mais abrangente – mas que não podemos deixar de mencionar – que engloba toda a sociedade e a necessidade de formarmos cidadãos cultos, mas, sobretudo, dotados de espírito crítico, que aprendam a questionar e que busquem as suas próprias respostas, exercendo o verdadeiro direito de se informar; num segundo plano, o da comunicação social, onde se pede uma atitude de humildade, abdicando esta do seu título de ‘dona da Informação’; e ainda o plano judiciário, em que uma maior abertura da atividade judiciária aos meios de comunicação social, que, em última análise, representam o povo. Exige-se, nesse sentido, uma mudança em termos da comunicação da justiça para o exterior.

Estes são os três ‘ingredientes’ que consideramos serem necessários para que a tensão entre a comunicação social e o poder judicial dê lugar à cooperação, tendo por base o diálogo que ambos pensam ser impossível, afastando, cada vez mais, os cidadãos da justiça – a justiça que, num Estado de Direito Democrático, é do povo e deve ser exercida em nome deste (artigo 202.º, n.º 1 da CRP). O afastamento dá lugar ao descrédito, pondo-se irremediavelmente em causa a própria legitimidade do poder judicial.

⁴³⁴ Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 772.

Na presente dissertação iremos analisar os dois últimos planos enunciados, pois são eles que dizem respeito à nossa área de estudo.

2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM PROCESSO PENAL E DIREITO DE INFORMAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

2.1. Princípio da publicidade em processo penal

O artigo 86.º do Código de Processo Penal consagra o princípio da publicidade, regulando a publicidade externa do processo, isto é, de que forma pode este ser conhecido por terceiros que não são sujeitos processuais. O art 89.º consagra a publicidade interna, isto é, a revelação do processo aos sujeitos processuais⁴³⁵.

Este princípio integra os princípios relativos à forma e tem por base a ideia de que o debate instrutório e os autos processuais, na fase do julgamento, devem ser públicos, ou seja, *“devem decorrer na presença ou sob o controlo de pessoas estranhas à sua directa condução, isto é, não só dos interessados, mas em certas circunstâncias, do público em geral”*, exceto nos casos em que a lei não o permita (n.º 1 do artigo 86.º do CPP)⁴³⁶.

O mesmo encontra-se constitucionalmente consagrado no artigo 206.º da CRP, onde se estabelece que *“as audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”*.

Assim, o processo penal desempenha uma função comunitária e, nesse sentido, a sua publicidade permite que os cidadãos reconheçam credibilidade ao poder judicial, eliminando-se qualquer desconfiança acerca da independência e imparcialidade que sobre aquele pudesse recair⁴³⁷.

Com este princípio pretende-se alcançar três objetivos⁴³⁸: 1. atribuir aos intervenientes processuais um poder de controlo da atividade judiciária relativamente ao caso concreto (arguidos, ofendidos, assistentes, partes civis); 2. permitir a avaliação por parte da comunidade do

⁴³⁵ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 250 e 262.

⁴³⁶ Manuel Simas SANTOS, Manuel LEAL-HENRIQUES e João Simas SANTOS – *Noções de Processo Penal*. 2ª ed. [s. l.]: Rei dos Livros, 2011, p. 55.

⁴³⁷ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, Vol. I, pp. 222 e 223.

⁴³⁸ Manuel Simas SANTOS, Manuel LEAL-HENRIQUES e João Simas SANTOS – *Noções de Processo Penal*, *op. cit.*, p. 55.

funcionamento da administração da justiça; 3. possibilitar ao tribunal demonstrar a bondade das suas decisões à comunidade, contribuindo para a sua credibilização.

O conteúdo do princípio da publicidade está previsto na lei e manifesta-se da seguinte forma: “o princípio da publicidade consiste na atribuição a qualquer pessoa do direito de assistência às audiências dos tribunais (arts. 206.º da CRP e 321.º, n.º 1), complementado pelo direito de narração, com restrições, dos atos processuais ou reprodução dos seus termos através dos meios de comunicação social (arts. 86.º, n.º 2, alínea *b*) e 88.º, n.º 1) e pelo direito de consulta dos autos e obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer partes deles (arts. 86.º, n.º 2, alínea *c*), e 90.º)”⁴³⁹.

Estão previstas limitações à publicidade nos artigos: 87.º, n.º 2 (possibilidade de grave dano à dignidade das pessoas⁴⁴⁰, à moral pública ou ao normal decurso do ato) e no n.º 3 (em caso de processo por crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual); 321.º, segundo o qual o juiz do julgamento pode, antes da audiência, decidir pela exclusão ou restrição da publicidade; 323.º, alínea *e*), quando estão em causa atos de perturbação da audiência ou está posta em causa a segurança de todos os participantes processuais (v.g. evacuar a sala de audiências quando a assistência perturba o ato⁴⁴¹); 86.º, n.º 7, que determina a exclusão da publicidade relativamente aos dados que dizem respeito à vida privada e que não constituem meios de prova.

Foi com a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto que se operou, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, uma “verdadeira *revolutio* do processo penal”⁴⁴², estabelecendo-se quatro novas regras:

- o inquérito passa a estar sujeito à regra da publicidade (interna e externa), salvo se o juiz de instrução ordenar, em despacho irrecorrível, o segredo externo do processo, a pedido do arguido ou ofendido e ouvido o Ministério Público, entendendo este que a publicidade é prejudicial aos direitos dos sujeitos processuais. Mesmo que o juiz de instrução valide a sujeição ao segredo de justiça, o Ministério Público pode determinar o seu levantamento, a qualquer momento do inquérito, atuando oficiosamente ou por tal lhe ter sido requerido pelo arguido, assistente ou ofendido;

- a fase da instrução é regida pela regra da publicidade (interna e externa);

⁴³⁹ Paulo de Sousa MENDES – *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 223.

⁴⁴⁰ No grave dano à dignidade das pessoas incluem-se a proteção dos interesses dos menores (independentemente do crime que esteja em causa), proteção da vida privada das partes e o risco de intimidação. (Cfr. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 256-257).

⁴⁴¹ Manuel Simas SANTOS, Manuel LEAL-HENRIQUES e João Simas SANTOS – *Noções de Processo Penal*, op. cit., p. 56.

⁴⁴² Paulo Pinto de ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 250.

- a assistência do público aos atos processuais, mesmo os que são praticados no inquérito e instrução, integra a definição da publicidade externa;
- todos os que contactam e conhecem os elementos do processo, inclusive os jornalistas, estão vinculados ao segredo de justiça.⁴⁴³

Para o Autor, a supracitada Lei acabou por extravasar da proposta de lei n.º 109/X, uma vez que esta mantinha a regra do segredo de justiça externo no inquérito, prevendo apenas a publicidade para o segredo interno nesta fase. Já no tocante à fase instrutória – desde o termo do prazo para abertura da instrução até ao trânsito em julgado da decisão instrutória –, esta mantinha-se no segredo de justiça externo, desde que o arguido o requeresse, opondo-se à publicidade. Se o arguido não se pronunciasse a este respeito, nesta fase, valeria a regra da publicidade do segredo externo⁴⁴⁴.

Cumprir dizer que tal mudança paradigmática não é unanimemente aceite, quer entre a doutrina quer entre os atores judiciais⁴⁴⁵. FIGUEIREDO DIAS atribui a esta mudança a designação de “revolução copernicana na natureza do inquérito”⁴⁴⁶, e sublinha que

“o processo penal não deve, em via de princípio, ser público, porque torná-lo público desde o primeiro momento pode pôr em questão não só o interesse de toda a sociedade na perseguição do crime mas também os próprios direitos das pessoas. Há interesses a acautelar que exigem como princípio que a primeira fase dos processos penais seja secreta, no sentido de permitir, na mais plena objectividade, ao Ministério Público chegar à decisão sobre se deve acusar ou arquivar”⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 250 e Manuel Simas SANTOS, Manuel LEAL-HENRIQUES e João Simas SANTOS – *Noções de Processo Penal*, op. cit., p. 56.

⁴⁴⁴ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 250.

⁴⁴⁵ VINÍCIO RIBEIRO refere como estando a favor do seu maior alcance os seguintes Autores: GERMANO MARQUES DA SILVA (“A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma?”. *In Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática. Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, abril-setembro, (2008), pp. 257 e ss.); ROGÉRIO ALVES (pronunciou-se num debate televisivo, um ou dois dias após a entrada em vigor do CPP).

Por outro lado, estão contra a alteração do regime: MANUEL DA COSTA ANDRADE (“Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações Críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 137, pp. 228 e ss.); HENRIQUES GASPAR – “Processo Penal: reforma ou revisão; As rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade”, *In A Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspetiva Teórico-Prática. Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, abril-setembro, (2008), pp. 352 e ss.; CÂNDIDA ALMEIDA (Diretora do DCIAP, em entrevista ao jornal *Público*, de 23 de setembro de 2007); EDUARDO MAIA COSTA (“O Segredo e a Justiça. *Jornal Público*, de 20 de fevereiro de 2003). Cfr. Vinício RIBEIRO – *Código de Processo Penal: notas e comentários*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 186 e 187.

⁴⁴⁶ Jorge de FIGUEIREDO DIAS – “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, abril-setembro 2008, p. 372 *apud* Vinício RIBEIRO – *Código de Processo Penal: notas e comentários*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 186.

⁴⁴⁷ Jorge Figueiredo DIAS – *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 59, Outubro, (2009), pp. 24 e ss. *apud* Vinício RIBEIRO – *Código de Processo Penal: notas e comentários*, op. cit. p. 186.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE afirma que a regra da publicidade, na fase do inquérito, nomeadamente o conteúdo das normas do artigo 86.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5 do CPP, é inconstitucional por violação dos artigos 2.º, 20.º, n.ºs 1 e 3, 32.º, n.º 5 e 7, e 219.º, n.º 1 da CRP⁴⁴⁸. Argumenta o Autor que a regra da publicidade externa viola o conceito institucional de instrução, a estrutura acusatória do processo e a função constitucional do Ministério Público, mas também viola a proteção ao segredo de justiça conferida pela Constituição (artigo 20.º, n.º 3, da CRP) e a presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP)⁴⁴⁹.

O artigo 88.º do CPP diz respeito à liberdade dos meios de comunicação social noticiarem a atividade da justiça. Mais concretamente, refere-se à divulgação de atos processuais por parte daqueles. O n.º 1 deste artigo atribui aos *media* a permissão para narrarem o teor de atos processuais, desde que o processo não esteja sob segredo de justiça e que seja permitida a assistência do público em geral.

As restrições a esta norma constam no n.º 2 do mesmo artigo e, caso se verifiquem, estão sujeitas a crime de desobediência simples.

2.2. Potencialização do princípio da publicidade do processo através da atuação da comunicação social: benefícios para a realização da justiça

Cumpra agora analisar os contributos que os meios de comunicação social podem prestar na melhor efetivação do princípio da publicidade.

De facto, é inquestionável que os *media* têm contribuído para um mundo cada vez mais globalizado, em que a notícia é transmitida em tempo real e em que as distâncias e fronteiras se desvanecem. O desenvolvimento das tecnologias de informação processa-se a grande velocidade e parece, pois, ser difícil (ou, quiçá, impossível) recuar deste avanço tecnológico.

O princípio da publicidade ganha, por isso, um outro alcance devido à existência destes meios de comunicação. Se outrora o processo era público apenas para a comunidade em que se inseria o tribunal em que o mesmo corria, hoje a publicidade pode realizar-se à escala nacional ou, até, internacional. Desta forma, tanto o direito de informação como a realização da justiça se cumprem,

⁴⁴⁸ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 253.

⁴⁴⁹ Não vamos debruçar-nos sobre a adequação e pertinência desta norma, por considerarmos que a questão do segredo da justiça constitui um outro problema judiciário que carece de abordagem autónoma. Para mais desenvolvimentos, *vide Idem*, pp. 250 e ss.

em nome do cidadão. Como bem afirma MÁRIO FERREIRA MONTE, “a publicidade é algo que interessa à própria justiça”⁴⁵⁰; podemos estar na presença de um julgamento arbitrário quando o mesmo não é fiscalizado pela opinião pública⁴⁵¹. Para concretizarem a sua tarefa, os meios de comunicação social têm acesso às fontes, o direito à crónica jornalística sobre processos judiciais, o direito de investigar autonomamente os factos, o direito a pronunciar-se sobre os factos do processo direta ou indiretamente⁴⁵².

É importante distinguir publicidade de publicitação, sendo que se a primeira é legítima e necessária à realização da justiça, num Estado de Direito Democrático, já a segunda nos parece excessiva e comprometedora das finalidades da justiça penal.

Entendimento semelhante parece ter FIGUEIREDO DIAS quando se refere ao binómio direito de informação/direito à honra. Segundo este Autor, apenas é legítima, no sentido de que goza de garantia jurídico-constitucional plena, a “função pública da atividade da imprensa moderna”⁴⁵³. Deste modo, esta atividade tem de servir o propósito de formar, de modo democrático, respeitando o pluralismo, a opinião pública, em matéria social, política, económica, cultural. Assim, entende o Autor que não cabem nesta atividade a satisfação da curiosidade, o entretenimento, a notícia publicitária ou sensacionalista e a intromissão na vida privada e familiar das pessoas⁴⁵⁴.

Nesses casos, os limites constitucionais do direito de informação são ultrapassados e por isso, no nosso entender, estamos na presença de um abuso do direito de informação⁴⁵⁵.

Ao longo deste estudo, procurámos mostrar o conflito existente entre direitos fundamentais – direito à informação e princípios respeitantes à realização da justiça – e a necessidade de proceder a uma harmonização dos mesmos, preservando sempre o conteúdo essencial de cada direito⁴⁵⁶.

3. TOMADA DE POSIÇÃO: A APROXIMAÇÃO PELO DIÁLOGO COM BASE NA FUNÇÃO SOCIAL

⁴⁵⁰ Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 778.

⁴⁵¹ José Manuel FERNANDES – “Justiça e Comunicação Social”. In António Pinto Monteiro (coord.) – *Estudos de Direito da Comunicação*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 13 *apud* Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 778, nota 17.

⁴⁵² Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 778.

⁴⁵³ Jorge de Figueiredo DIAS – “Direito da informação e tutela da honra no direito penal da imprensa português”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115, p. 136.

⁴⁵⁴ Jorge de Figueiredo DIAS – “Direito da informação e tutela da honra no direito penal da imprensa português”, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁵⁵ Também assim o entende MÁRIO FERREIRA MONTE. (Cfr. Mário Ferreira MONTE – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”, *op. cit.*, p. 782).

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 783.

3.1. Teorização

O estabelecimento da paz e da harmonia entre tribunais e meios de comunicação social é essencial para que ambos cumpram a sua função social: a sua atividade deve ser exercida para e em nome dos cidadãos. Num Estado de Direito Democrático, todas as atuações, sejam provenientes de entes públicos como privados, devem assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo que esta deve estar acima de quaisquer interesses. Como nos diz MÁRIO FERREIRA MONTE, em sábias palavras, “a realização da justiça que não tenha em conta a pessoa enquanto tal – seja o arguido seja a vítima – não o é; o direito de informação que não leve em consideração que o objeto da divulgação é a pessoa humana, com todos os direitos que lhe assistem, seja ela o arguido ou a vítima, não deve ser exercido”⁴⁵⁷.

LABORINHO LÚCIO defende que a transparência deveria ser erguida ao estatuto de valor intrínseco do Estado de Direito⁴⁵⁸. Entendemos que a comunicação social pode contribuir, de forma eficaz, para a maior transparência do sistema judicial, atribuindo-se, por um lado, ao cidadão um maior poder de controlo relativamente à atividade judiciária e, por outro lado, aumentando a credibilidade do mesmo sistema judicial e, com ela, a legitimidade conferida ao poder judicial.

Fruto do positivismo legalista e formalista⁴⁵⁹, o sistema judicial promove a sua auto-legitimação formal e parece ser incapaz de comunicar com a realidade, o que conduz a uma justiça distante e desadequada, “deixando na periferia o cidadão como elemento exterior e não directamente implicado na concepção do sistema e na definição da sua funcionalidade”⁴⁶⁰.

CUNHA RODRIGUES defende que a justiça terá de alterar as suas relações de sociabilidade, ultrapassando o seu discurso monologal e unidirecional. O discurso jurídico, utilizado pela justiça, é provido de uma linguagem hermética e o seu tempo é lento. Ao contrário, os meios de comunicação utilizam métodos bidirecionais de recolha de informação, reeditam o discurso das fontes, de modo a ser compreensível para a generalidade dos cidadãos e a transmissão da informação ocorre em tempo real⁴⁶¹.

Parece, pois, existir uma potencial complementaridade entre a justiça e os meios de comunicação – juntando o melhor de cada um deles, o cidadão sairia claramente beneficiado.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 791.

⁴⁵⁸ Laborinho LÚCIO – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, op. cit., p. 264.

⁴⁵⁹ LABORINHO LÚCIO refere-se à existência do positivismo “no direito, na aplicação da lei, na concepção do Estado, na definição da relação entre os sistemas formais de representação e os cidadãos”. (Cfr. *Idem*, p. 258).

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 48.

Obviamente que não podemos exigir à justiça que deixe os seus condicionalismos estruturais, transformando-se radicalmente, abandonando o seu método, discurso e forma. Não é, sequer, desejável que a justiça utilize os mesmos métodos e os mesmos tempos da comunicação social – a justiça e o direito são demasiado complexos para serem simplificados nos seus tramites e a celeridade deve sempre salvaguardar a justiça e a justeza das decisões judiciais. As suas funções e natureza são diferentes o que, inevitavelmente, acarreta um modo de atuação distinto entre ambos.

O que sugerimos é a abertura ao diálogo para que se estabeleça uma relação de cooperação.

Por um lado, os meios de comunicação social devem, pois, ter consciência da sua ‘função pública’ de que não podem abusar do seu direito de informação, não pressionando os agentes judiciais, não promovendo a justiça-espetáculo e não recorrendo ao sensacionalismo, tendo em vista apenas a obtenção do lucro, descurando o facto de que a legitimidade do poder judicial, num Estado de Direito Democrático, também se baseia na sua função social e, nessa medida, é necessária a sua credibilização junto dos cidadãos. Em suma, os meios de comunicação social não devem substituir-se ao papel que cabe ao poder judicial.

Por outro lado, os tribunais devem entender que os meios de comunicação social são os mediadores entre eles e a sociedade e que importa “transferir o cidadão para dentro do sistema”, considerando-o como “titular originário da justiça enquanto valor a concretizar”, não bastando que esta seja administrada em nome dele⁴⁶². O sistema tem de se abrir ao cidadão, em regime de transparência e, nessa medida, consideramos que será importante abrir-se à comunicação social, enquanto veículo mediador.

A questão que se coloca é a de saber como consegui-lo, sem ter de recorrer ao regime restritivo, uma vez que, como entende CUNHA RODRIGUES, posição que corroboramos, “as cláusulas e as normas deveriam possuir uma função conformadora e subsidiária, actuando apenas quando não fosse possível ou conseqüente o esforço de auto-regulação que compete fazer aos órgãos de comunicação social”. Caso contrário, a adoção de uma norma restritiva desproporcionada ou inadequada poderia implicar a auto-censura⁴⁶³.

Acreditamos que o diálogo entre a comunicação social e os tribunais permitirá a sua aproximação e, com ela, a melhor compreensão relativamente às suas divergências. O diálogo, pautado pela abertura, respeito e humildade para com o outro, proporcionará o debate

⁴⁶² Laborinho LÚCIO – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, op. cit., p. 260.

⁴⁶³ Cunha RODRIGUES – *Comunicar e Julgar*, op. cit., p. 48.

verdadeiramente esclarecido – o esclarecimento de ambos em relação ao outro será o reduto último deste diálogo –, que permitirá alcançar pontos de equilíbrio.

3.2. Aplicação prática

Concretizando tal ideia, defendemos que a solução passará pelo plano da formação e pelo plano da comunicação, na aceção que lhe atribui ANA PAULA PINTO LOURENÇO⁴⁶⁴.

A formação profissional, sobretudo a que diz respeito à deontologia e ética dos profissionais das duas áreas, deverá promover a sensibilização para o papel e função desempenhada por cada um, entendendo que o seu ponto de convergência, nesta matéria, deve ser a função social que cabe a ambos. Julga-se que os jornalistas, quando divulgam alguma notícia relacionada com o direito ou com a atividade judiciária, devem fazê-lo tendo conhecimento, nomeadamente, das leis, dos procedimentos, da função dos magistrados e da Justiça e da importância pelo respeito dos direitos fundamentais. Neste ponto consideramos que os profissionais que exercem a atividade judiciária podem ter um papel preponderante, contribuindo para esse esclarecimento. Os magistrados devem, de igual modo, conhecer os mecanismos de formação e de divulgação da notícia. Do mesmo modo, pensamos que os jornalistas podem proporcionar aos magistrados esse conhecimento.

No plano da comunicação, defendemos a criação de gabinetes de imprensa dentro dos tribunais. Estes seriam integrados por jornalistas que, por estarem dentro dos tribunais, estariam mais familiarizados com os seus procedimentos, conhecendo a sua atividade diária. Estes jornalistas deveriam especializar-se na área do direito para melhor a poderem compreender e, assim, melhor transmitir as suas matérias. Os elementos a ser disponibilizados a estes jornalistas seriam sempre os passíveis de ser tornados públicos, em termos legais.

Semelhante posição é adotada por ANTÓNIO ASCENSÃO RAMOS que se baseia nas várias recomendações, que considera serem de grande valia, do relatório da Rede Europeia de Conselhos de Justiça (*Justice, Society and the Media – Report 2011-2012*). Nesse sentido, faz uma súmula dos pontos mais relevantes abordados no mesmo e adapta-os, de acordo com a organização judiciária portuguesa.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ O desenvolvimento da matéria que se segue é da autoria de ANA PAULA PINTO LOURENÇO. Concordamos com a proposta de solução desta Autora, devido a todas as razões que expusemos *supra*. (Cfr. Ana Paula Pinto LOURENÇO – “Justiça e Comunicação Social. Entre a tensão e a tentação recíprocas”, *op. cit.*, pp. 250-251).

⁴⁶⁵ Para mais desenvolvimentos acerca destas propostas concretas do Autor, *vide* António Ascensão RAMOS – “Tribunais e Meios de Comunicação Social na Diversidade”, *op. cit.*, pp. 11-14.

3.3. Apontamentos conclusivos

Em suma, urge o diálogo entre o poder judicial e os meios de comunicação social. Urge a aproximação de ambos, única capaz de os harmonizar. Urge acabar com a tensão entre eles e o conflito de direitos fundamentais. Urge que o cidadão – enquanto ser dotado de dignidade – seja colocado no centro dos interesses dos *media* e da atividade judiciária. Se mais nada os aproximar, pelo menos que esta função social que a ambos cabe prosseguir constitua o seu ponto de encontro.

A justiça deve ser mais transparente, acessível e, assim, mais eficaz e válida; os meios de comunicação devem ser importantes mediadores entre a atividade judiciária e a opinião pública, informada e formada democrática e pluralisticamente.

A tensão entre os meios de comunicação social e o poder judicial apenas irá agudizar os problemas no seio da justiça, potencializando a sua deslegitimação, através da “destruição do sistema tentando-se a sua total inoperatividade”⁴⁶⁶.

Impõe-se um diálogo franco, aberto, trocando-se diferentes perspetivas, permitindo-se adquirir novos conhecimentos acerca do outro, sempre tendo por base o respeito e compreensão mútuas.

Esta é a solução que propomos para os problemas que enunciámos, pois, se estes não forem solucionados, entendemos que, utilizando as certas palavras de JOSÉ ANTÓNIO CABRAL, “a escalada do conflito entre os *media* e a Justiça corre o risco de se fazer à custa do cidadão”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Orlando Viegas Martins AFONSO – *Poder Judicial: Independência In Dependência*, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁴⁶⁷ José António CABRAL – “Tribunais e Comunicação Social”. In *Comunicar a Justiça. Retórica e Argumentação*: eBook da Coleção Formação Contínua [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. [Consult 30 Jun. 2014]. Disponível em WWW:[URL:http://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest](http://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest).

CONCLUSÕES

a) Quanto aos problemas judiciários e jurídicos

1. Começamos este estudo por referir a importância do papel desempenhado pela comunicação social na construção da realidade e, conseqüentemente, na formação da opinião pública. As visões do mundo que os *media* nos proporcionam são consideradas, para YVONNE JEWKES, como 'prismas', contendo um certo grau de distorção relativamente à realidade. Essa distorção depende de dois fatores, que são a apetência das audiências e o interesse público.

2. Os objetivos da justiça e dos meios de comunicação social podem considerar-se paralelos, sendo que à justiça e aos *media* subjazem diferentes lógicas quer ao nível temporal quer ao nível gramatical. Os meios de comunicação social tendem a simplificar o discurso técnico-jurídico, de forma a tornarem a notícia mais apelativa e, assim, numa perspetiva económica, mais lucrativa.

3. Do confronto entre estas duas lógicas resultam tensões entre o poder judicial e a comunicação social.

4. Gérard MERMET conclui que a maioria dos países democráticos mais desenvolvidos economicamente (como Portugal) se encontram no 'estádio pós-democrático', em que existe uma influência determinante dos *media*. Segundo este autor, neste estágio coexistem as vantagens da democracia e os vícios da ditadura.

5. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS considera que a comunicação social se afirma como uma estrutura socialmente relevante que produz direito, senso comum e detém poder, capaz de desencadear grandes transformações sociais, dando origem aos 'julgamentos paralelos'. Para COMMAILLE as funções dos *media* e da justiça poderiam ser complementares, contudo, na prática, verifica-se a existência de uma pontual *concorrência* de funções.

6. A descrença da sociedade, estimulada pelos *media*, relativamente ao poder judicial pode pôr em causa a própria legitimidade dos tribunais e, conseqüentemente, a sua existência enquanto órgão de soberania de um Estado de Direito Democrático.

7. Dentro dos vários problemas que detetámos, debruçámo-nos apenas sobre dois, judiciários, do âmbito do processo penal.

8. Um dos problemas prende-se com o facto de os *media* poderem exercer uma influência sobre a determinação judicial da pena, mormente na sua primeira fase (determinação da moldura penal aplicável ao caso), repercutindo-se esta na segunda fase (determinação da medida concreta da pena). De acordo com a teoria de FIGUEIREDO DIAS (teoria maioritária em Portugal), é a prevenção

geral positiva (tutela das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma infringida) que determina a moldura da pena, estabelecendo-se um limite máximo e mínimo. Dentro dessa moldura atuam as necessidades preventivas especiais de socialização do agente, constituindo a culpa o limite inultrapassável de quaisquer considerações preventivas. A jurisprudência tem vindo a elencar os factos que preenchem a necessidade de prevenção geral positiva, entre os quais se destacam o alarme e insegurança social, o sentimento de repulsa ou revolta e as expectativas comunitárias.

9. A notícia constitui um processo de construção social da realidade, baseado na representação social do objeto de notícia e, por isso, a comunicação social interfere na perceção da realidade.

10. Assim, nos casos mediáticos, a necessidade de prevenção geral positiva é maior, embora possa ter sido artificialmente gerada pelos *media* e, logo, corre-se o risco de, na determinação da medida concreta da pena, ultrapassar o limite da culpa e, conseqüentemente, violar o princípio da culpa em matéria de penas.

11. Outro problema judiciário que detetámos tem que ver com a influência exercida pelos *media* na formação da livre convicção do julgador como pressuposto da sua isenção. Distinguímos isenção, imparcialidade e independência. A primeira possui uma dimensão ético-psicológica; a segunda é requisito processual; e a terceira tem uma dimensão institucional.

12. De acordo com o paradigma oitocentista da interpretação jurídica, o sentido das normas seria imanente às mesmas, pelo que o julgador apenas recorreria à própria lei, desconsiderando fatores externos, excluindo-se qualquer espécie de arbitrariedade por parte do julgador. Este exerceria a atividade de julgar através de um procedimento lógico-dedutivo, recorrendo à fórmula do silogismo de subsunção: à premissa maior subsumir-se-ia uma premissa menor, resultando desta a conclusão adequada ao caso concreto. Desta forma, o juiz limitava-se a declarar o direito do caso.

13. No entanto, no século XX dá-se uma mudança de paradigma. Para tal terão contribuído os trabalhos linguísticos levados a cabo por HUMBOLDT, no final do século XVIII, que puseram em evidência a natureza constitutiva da linguagem. Destacam-se como traços característicos da linguagem a plasticidade, a natureza contextual, a ambiguidade e a imprecisão.

14. Partindo do conceito de 'textura aberta de linguagem', HERBERT HART entende que existe, igualmente, uma textura aberta do Direito e, nesse sentido, o poder judicial é discricionário, mas somente nos casos duvidosos.

15. Por outro lado, JOANA AGUIAR E SILVA entende que a discricionariedade vai para além dos casos duvidosos, estando presente em todos os momentos e elementos processuais, existindo mesmo nos casos considerados fáceis. Do mesmo modo, também para ZACCARIA a distinção entre casos fáceis e difíceis comporta já uma atividade interpretativa, que exige discricionariedade por parte do intérprete. Tanto este Autor como LABORINHO LÚCIO entendem que o juiz cria verdadeiro direito judiciário quando interpreta as normas com vista a uma decisão final. De igual modo, também nós entendemos que é com as exigências concretas da realidade histórico-social que a norma se determina, traduzindo-se sempre a interpretação numa ‘constitutiva concretização’.

16. A Psicologia tem vindo a desenvolver estudos sobre os processos mentais de decisão do juiz, sobretudo sobre as decisões judiciais no âmbito do processo penal. Nesses estudos concluiu que o juiz, enquanto Homem, não consegue ser racional em sentido estrito, pois possui limitações cognitivas humanas, e refere elementos intrínsecos ao próprio julgador (personalidade, experiências, preconceitos,...), dos quais ele não se consegue libertar. Também assim o entendem SIMAS SANTOS, ANTOINE GARAPON e LABORINHO LÚCIO.

17. As teorias narrativistas do direito afirmam que este, enquanto atividade comunicativa, implica o contar de histórias. Assim, a verdade processual será sempre relativa, pois o conhecimento dos factos é mediado, existindo um hiato temporal entre o acontecimento, o relato e a visão sobre os mesmos é subjetiva, para além da apreensão desse conhecimento estar sempre sujeita às limitações cognitivas humanas.

18. Deste modo, para que o arbítrio não se transforme em arbitrariedade é necessário que a decisão seja fundamentada. Os critérios utilizados que justificam as decisões têm um valor tópico e argumentativo. Afirma ZACCARIA que, no processo de tomada de decisão, para além de estarem presentes os conhecimentos técnico-jurídicos e profissionais do julgador, nele estão patentes os seus elementos intrínsecos.

19. A lógica da coerência retórica e da persuasão desempenham um papel fundamental no processo, abrangendo todos os seus intervenientes. Tanto o discurso jurídico como o dos meios de comunicação social possuem uma dimensão estratégica que visa a persuasão. Os *media* são “contadores profissionais de histórias” e, por isso, dominam as técnicas narrativas. Se, como afirma RUI PINTO DUARTE, o juízo jurídico formulado pelo julgador sobre a prova é um juízo de convicção-crença, então entendemos que os meios de comunicação social podem interferir nele, na medida em que o juiz é um Homem e, enquanto tal, está sujeito à influência exercida pelos *media*, que

utilizam um discurso estratégico, proferido por locutores que possuem fortes capacidades persuasivas.

20. Assim, relativamente aos seus elementos intrínsecos, naturalmente que estes serão carreados para o processo, contudo, consideramos que a influência exercida pelos meios de comunicação social constitui um elemento extrínseco e que, na impossibilidade de ser excluído, pelo menos deve ser reduzido.

21. Entendemos que o primeiro problema judiciário enunciado (influência dos *media* na determinação judicial da pena) põe em causa o princípio da culpa em matéria de penas, segundo o qual não pode haver pena sem culpa ou a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

22. Outro princípio jurídico-constitucional que é afetado pela influência dos *media* na isenção do juiz, consiste na violação do princípio da presunção de inocência, enquanto princípio processual. Nos casos mediáticos, para a formação da convicção-crença do juiz, concorrerão a matéria de facto carreada para o processo, os seus elementos intrínsecos enquanto ser humano, bem como os elementos extrínsecos (relatos sobre os casos e condenação na praça pública por parte dos meios de comunicação social).

23. Destarte, detetámos um conflito entre a liberdade de expressão, na vertente do direito de informação, e os princípios da culpa em matéria de penas e da presunção de inocência. Todos eles integram os direitos, liberdades e garantias e, como tal, não são hierarquizáveis.

b) Quanto às propostas de solução

1. Em caso de conflito entre direitos, liberdades e garantias, poderá existir a possibilidade de restrição legal; no nosso caso, do direito de informação. O regime da restrição está previsto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que se pode reconduzir ao princípio da proporcionalidade (subdividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito). Tendo como inspiração o *criminal contempt of court*, do direito inglês (que não permite a publicação de notícias que tenham por base casos judiciais, por se entender que tal interfere com a administração da justiça), avaliámos a hipótese de adotar uma norma restritiva semelhante àquela.

2. Aplicando o princípio da proporcionalidade e recorrendo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre esta matéria, concluímos que tal medida restritiva seria excessiva, provocando uma total subordinação do direito de informação aos princípios da culpa em matéria de penas e da presunção de inocência.

Para além disso, à luz do artigo 37.º, n.º 2 da CRP, consideramos que tal restrição seria, certamente, considerada censura, estando esta expressamente proibida nos termos do supracitado artigo.

3. Entendemos, de igual modo, que os meios de comunicação social podem contribuir para o melhor exercício da justiça, na medida em que podem potenciar a concretização do princípio da publicidade, exigido em processo penal.

4. Assim, concluímos que uma medida legal restritiva da liberdade de expressão e de informação não seria possível à luz do direito interno e europeu, nem desejável tendo em consideração a própria realização da justiça. Tal medida só iria agudizar a tensão existente entre a justiça e a comunicação social, acabando por ser o cidadão, em última *ratio*, o principal prejudicado.

5. Defendemos, por isso, a abertura e o diálogo entre ambos e uma relação pautada pela transparência. Consideramos que os meios de comunicação social e o poder judicial deveriam ter um papel de complementaridade, uma vez que ambos exercem uma função social comum, que é a de servir o cidadão. O poder judicial deve ser exercido em nome do povo (artigo 202.º, n.º 1 da CRP) e os meios de comunicação social devem ser verdadeiros mediadores entre este e aquele. O poder judicial deve abandonar a conceção positivista de auto-legitimação formal, aproximando-se da realidade; os meios de comunicação social devem deixar de se considerar como ‘donos da Informação’, fazendo concorrência ao poder judicial.

6. Deste modo, em termos práticos, entendemos ser viável a solução proposta por ANA PAULA PINTO LOURENÇO e por ANTÓNIO ASCENSÃO RAMOS que abarca dois planos: formação e comunicação. No primeiro, visa-se promover a sensibilização para o papel e função desempenhada por cada um; no segundo, propõe-se a criação de gabinetes de imprensa, dentro dos tribunais, de forma que os jornalistas possam conhecer o dia-a-dia da atividade judiciária, tendo sempre em consideração que apenas seriam disponibilizados àqueles os elementos públicos, em termos legais.

7. Julgamos que o diálogo poderá provocar a aproximação entre atores judiciais e jornalistas e, conseqüentemente, fomentar a cooperação entre eles, estabelecendo uma relação aberta, baseada na compreensão, respeito e partilha de saberes.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Orlando Viegas Martins – *Poder Judicial: Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- AMARAL, Diogo F. – “A Crise da Justiça”. *Análise Social*, 2000, n.º XXXIV (154/155), pp. 247-257.
- ANDRADE, Jorge Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto – “Sobre prueba y motivación”. In Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez e Alfonso Candau Pérez – *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ANTUNES, Maria João – *O Internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis: as arts. 103.º, 104.º e 105.º do código penal de 1982*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- *Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- BOURDIEU, Pierre – *O Poder Simbólico*. 2ª ed. (rev. e act.). Lisboa: Edições 70, 2011.
- BRITO, Wladimir – *Teoria Geral do Processo*. Braga: AEDUM, 2012, Parte I.
- CABRAL, José António – “Tribunais e Comunicação Social”. In *Comunicar a Justiça. Retórica e Argumentação*: eBook da Coleção Formação Contínua [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. [Consult 30 Jun. 2014]. Disponível em [WWW:URL:http://cej.mi.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest](http://cej.mi.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest).
- CALHEIROS, Maria Clara – “Prova e verdade no processo judicial. Aspetos epistemológicos e metodológicos”. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 29, n.º 114, (abril-junho 2008), pp. 71-84.
- CAMPONEZ, Carlos – “Os Impasses sobre a Liberdade de Imprensa no Pensamento Utilitarista”. In *Reflexões sobre a Liberdade. 150 anos da obra de John Stuart Mill*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1.º a 107.º*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CARCOVA, C. M. – “Qué hacen los jueces cuando juzgan?”. *Revista da faculdade de direito da UFPR*. Paraná, n.º 35, (2001).
- CARMO, Rui do – “Os Tribunais administram a justiça em nome do povo”. In Rita Basílio Simões, Carlos Camponez e Ana Teresa Peixinho (org.) – *Justiça e Comunicação: o diálogo (im)possível*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.
- CARVALHO, Alberto Arons de – *A censura e as Leis de Imprensa*. Lisboa: Seara Nova, 1973.
- CARVALHO, Daniel Proença de – *Os Meios de Comunicação Social nas Democracias Modernas* [Em linha]: Conselho Nacional de Educação. [Consult. 07 Maio 2014]. Disponível em [WWW:URL:http://cnedu.pt/content/artigo/files/pub/EducacaoComunicacaoSocial/5-MeiosComunicacao.pdf](http://cnedu.pt/content/artigo/files/pub/EducacaoComunicacaoSocial/5-MeiosComunicacao.pdf).
- COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS – “O direito à presunção de inocência e a sua frustração”. In *Direitos do Homem – Dignidade e Justiça*. Parede: Principia, 2005, pp. 92-97.
- CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2008 (reimp.), Vol. I.
- COSTA, Artur R. – “Justiça e Comunicação Social”. *Revista do Ministério Público*, 2006, n.º 27, pp. 5-26.
- DAMELE, Giovanni – “Verdade e Comunicação: notas sobre a argumentação e decisão judiciária”. In Rui do Carmo (coord.) – *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Direito da informação e tutela da honra no direito penal da imprensa português”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115, (1982/83).
- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro III*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1983.
- *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, Vol. I.
- *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1993.
- *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, reimp. 2011, Tomo I.
- DUARTE, Rui Pinto – “Algumas notas acerca do papel «convicção-crença» nas decisões judiciais”. *Revista Themis*. Coimbra: Almedina, ano 4, n.º 6, (2003), pp. 5-17.

- FERRAJOLI, Luigi – *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés). Madrid: Editorial Trotta. 1995.
- FILHO, Fernando Pinheiro – “A Noção de Representação em Durkheim”. *Revista Luanova* [Em linha], n.º 61, 2004, pp. 139-155. [Consult. 9 Jul. 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a08n61](http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a08n61).
- FREITAS, Pedro - *O contempt of court inglês como limitação ao princípio da publicidade no processo penal. Contributos possíveis para o direito português*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário.
- GARAPON, Antoine – *Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, Vol. I.
- HART, Herbert L.A. - *The Concept of Law*, 1961. Trad. port. A. Ribeiro Mendes – *O conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, com um *Pós-escrito* editado por Penelope Bulloch, e Joseph Raz, “O Positivismo Moderado”.
- HOMEM, António Pedro Barbas (org.) – *Comunicar a Justiça. Retórica e Argumentação*. eBook da Colecção Formação Contínua [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. [Consult. 30 Jun. 2014]. Disponível em WWW:[URL:http://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest](http://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Ebook_Comunicar_Justica.pdf?id=9&username=guest).
- JEWKES, Yvonne – *Media & Crime*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004.
- KARSTEDT, Susanne – “Emoções e justiça criminal”. In Helena MACHADO e Filipe SANTOS – *Justiça, Ambientes Mediáticos e Ordem Social*. V. N. Famalicão: Edições Húmus, 2010, pp. 17-34.
- LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamego). 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- LOURENÇO, Ana Paula Pinto – “Justiça e Comunicação Social. Entre a tensão e a tentação recíprocas”. *Revista Jurismaç*, Portimão, n.º 2, (2013), pp. 217-254.
- LÚCIO, Laborinho – *O Julgamento: uma narrativa crítica da justiça*. 2ª ed. Alfragide: Dom Quixote, 2012.
- LUHMANN, Niklas – *A Improbabilidade da Comunicação*. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2000.
- MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe – “A Moral da Justiça e a Moral dos Média: Julgamentos Mediáticos e Dramas Públicos” [Em linha]. Universidade de Coimbra: *Oficina do Centro de*

- Estudos Sociais*, Oficina n.º 333, (dezembro de 2009). [Consult 12 Jul. 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/333.pdf>.
- *Direito, Justiça e Média. Tópicos de Sociologia*. Porto: Edições Afrontamento, 2011.
- MACHADO, Jónatas E. M. – “Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”. *Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MAIA, António João Marques – *Corrupção: Realidade e Percepções. O Papel da Imprensa*. [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2010. Dissertação de Mestrado. [Consult. 13 Jul. 2015]. Disponível em [WWW:URL:http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-corrupcao-realidade-e-percepcoes.pdf](http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-corrupcao-realidade-e-percepcoes.pdf).
- MANZANOS BILBAO, César – “Factores sociales y decisiones judiciales”. *Revista Sociológica*. Universidade da Coruña, n.º 5, (2004), pp. 127-159.
- MCCOMBS, Maxwell – *Setting the Agenda*. Cambridge: Polity Press, 2004.
- MENDES, Paulo de Sousa – *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
- MIGUEL, Luis Felipe – “A mídia e o declínio da confiança na política”. *Sociologias*. [Em linha]. Porto Alegre, cap. 9, n.º 10, jan./jun. 2008, p. 252 [Consult. 4 Fev. 2015]. Disponível em [WWW:URL:http://www.scielo.br/pdf/soc/n19/a11n19.pdf](http://www.scielo.br/pdf/soc/n19/a11n19.pdf).
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico della – *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, 1480. (trad. Maria Isabel Aguiar). Porto: Areal, 2005.
- MONTE, Mário Ferreira – “Justiça Penal e Comunicação Social: conflito e convergência de interesses”. In Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Vol. II, pp. 771-797.
- MOTA, Francisco Teixeira da - *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Casos Portugueses*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- *A Liberdade de Expressão em Tribunal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.
- MOURA, José Souto de – “A questão da presunção de inocência do arguido”. *Revista do Ministério Público* [Em linha]. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 11, n.º 42,

- (1990), [Consult. 12 jan. 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://rmp.smmp.pt/ermp/42/files/basic-html/page12.html](http://rmp.smmp.pt/ermp/42/files/basic-html/page12.html).
- NABAIS, Casalta – “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”. In Antunes Varela *et al.* (org.) – *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- NEVES, António Castanheira – “Método Jurídico”. In *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, 1986, Vol. 4.
- NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto e MACCRORIE, Benedita – *Direitos Fundamentais. Elementos de apoio*, Braga: AEDUM, 2013.
- PINA, Sara – *Média e Leis Penais*. Porto: Almedina, 2009.
- PITELLA, Flavia Azevedo – *O Quarto Poder: um estudo sobre o jornalismo e sua influência na sociedade* [Em linha]. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes. 2009. P. 8 Pós-graduação [Consult. 30 Jun. 2014]. Disponível em WWW:[URL:http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/b001253.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/b001253.pdf).
- RAMOS, António Ascensão – “Tribunais e Meios de Comunicação Social na Diversidade”. *Verbo Jurídico* [Em linha]. Novembro de 2012. [Consult. 28 Julho 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_tribunaismeioscomunicacaosocial.pdf](http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_tribunaismeioscomunicacaosocial.pdf).
- RIBEIRO, Vinício – *Código de Processo Penal: notas e comentários*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- RICOEUR, Paul – *O Justo ou a Essência da Justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- RODRIGUES, Andreia Luísa Gonçalves Teixeira de Castro - *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do Direito penal* [Em linha]. Porto: Universidade Fernando Pessoa. 2013. Tese de Doutoramento em Ciências Sociais. [Consult. 23 set. 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4264/1/tese%20dout%20Andreia%20Rodrigues.pdf](http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4264/1/tese%20dout%20Andreia%20Rodrigues.pdf).
- RODRIGUES, Cunha – *Comunicar e Julgar*. Coimbra: Minerva, 1999.
- “Justiça e Mediação. Novos problemas de comunicação e linguagem”. In Rita Basílio Simões, Carlos Camponez e Ana Teresa Peixinho (org.) – *Justiça e Comunicação: o diálogo (im)possível*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.

- RODRIGUES, Maria da Conceição Carapinha – “Linguagem, Discurso e Direito. Algumas questões de Linguística Jurídica”. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 28, n.º 111, (julho-setembro 2007), pp. 5-36.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza– *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2003.
- SACAU, Ana e RODRIGUES, Andreia de Castro – “A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – um contributo da Psicologia”. *Revista Antropológicas* [Em linha]. N.º 12, 2011. [Consult. 23 set. 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1034/825](http://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1034/825).
- SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* – *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa – “A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência”. *In Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Porto: Edições Afrontamento, 2000, Vol. I.
- “Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação”. *Sociologias* [Em linha]. Porto Alegre, Ano 7, Janeiro-Junho 2005, n.º 13, pp. 98-99. [Consult. 19 Nov. 2014]. Disponível em WWW:[URL:http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais_e_novas_tecnologias_Sociologias_2005\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais_e_novas_tecnologias_Sociologias_2005(1).pdf).
- SANTOS, Filipe – *Jornalistas e Magistrados: Perspectivas Cruzadas nas Relações entre os Média e a Justiça*. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2009, p. 110. Dissertação de Mestrado.
- “Tensões e equilíbrios na mediatização da justiça: as perspetivas dos atores”. *In VII Congresso Português de Sociologia* [Em linha]. Porto: Faculdade de Letras, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, 19 a 22 de junho de 2012, p. 7 [Consult. 19 nov. 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0486_ed.pdf](http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0486_ed.pdf).
- SANTOS, Manuel Simas – A Construção de uma Decisão. *In* Rui do Carmo (coord.) – *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel – *Código Penal Anotado: art.º 1.º ao 69.º*. 4ª ed. Venda do Pinheiro: Rei Livros, 2014, Vol. I.

- SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, João Simas – *Noções de Processo Penal*. 2ª ed. [s. l.]: Rei dos Livros, 2011.
- SAPERAS, Enric – *Os efeitos cognitivos da comunicação de massas*. 2ª ed. Porto: Edições Asa, 2000.
- SCHAUER, Frederick – *Is there a Psychology of Judging?* [Em linha]. John F. Kennedy School of Government - Harvard University, 2007. [Consult 24 set. 2015]. Disponível em WWW:[URL:http://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?id=276](http://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?id=276).
- SFEZ, Lucien – “A Comunicação”. In *Col. Epistemologia e Sociedade*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português. Parte Geral. Introdução e teoria da lei penal*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, Vol. I.
- *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*. 6ª ed. Lisboa: Verbo, 2010, Vol. I.
- SILVA, Joana Aguiar e – *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2011.
- “As Narrativas do Direito e a Verdade Judicial”. In Rui do Carmo (coord.) – *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SILVEIRA, Carla e NUNES, António – *Justiça, Comunicação Social e Poder*. Lisboa: Livros Horizonte, 2000.
- SMITH, Adam – *Inquérito sobre a natureza e as causas das riquezas das nações*. (trad. Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar). 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- SOUZA, Marnoco e – *Constituição Política da República Portuguesa, Comentário*. Coimbra: Almedina, 1913, 2011 (reimp.).
- VARELA, Antunes, BEZERRA, José Miguel e NORA Sampaio e – *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- VAZ, Manuel Afonso – *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- VÁZQUEZ SOUTELO, Jose Luis – *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Editorial S.A. Bosch, 1984.
- VILELA, Alexandra – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 12 de setembro de 2013 (Proc. n.º 1/11.3PBPTM-E1.S1), relatado por Souto de Moura, disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69d083c8660803780257c040033ab05?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 9 de janeiro de 2014 (Proc. n.º 452/13.9TDEVR.E1.S1), relatado por Helena Moniz, disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9c461beca98287ff80257d93004f60a1?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 14 de janeiro de 2015 (Proc. n.º 976/10.0JACBR.C1.S1.S1), relatado por Pires da Graça, disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/29bb6066e8df287d80257dce0041ea12?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 9 de abril de 2015 (Proc. n.º 147/14.6JELSB.L1.S1), relatado por João Silva Miguel, disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13b84f51361e8be180257e2300310ad4?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 22 de maio de 2014 (Proc. n.º 10/12.5SFPRT.P1.S1), relatado por Helena Moniz, disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1d4d3b701891b85280257d10002d39af?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção, de 11 de junho de 2014 (Proc. n.º 346/13.8JELSB.S1), relatado por Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e3d056c7831b218380257dfd0058c18e?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 2 de outubro de 2014 (Proc. n.º 45/12.8SWSLB.S1), relatado por Helena Moniz, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e9b9542b2deb3d7b80257d93004ea6dd?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª secção, de 4 de março de 2015 (Proc. n.º 1755/08.0TVLSB.L1.S1), relatado por Alves Velho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7f635ced862f827580257b65005b057b?OpenDocument> [em linha].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5ª secção, de 29 de abril de 2015 (Proc. n.º 47/13.7PAPBL.C1.S1), relatado por Isabel Pais Martins, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/16c8b17351b072fa80257e3b00331e68?OpenDocument> [em linha].

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de março de 2015 (Proc. n.º 30/14.5PAACB.C1, relatado por Vasques Osório, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/7cfb090982f5a7e980257e06004e3500?OpenDocument> [em linha].

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de novembro de 1991, Caso The Observer e The Guardian c. Reino Unido, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705> [em linha].

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 28 de setembro de 2000, Caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119159> [em linha].

ANEXOS

ANEXO 1 – MAPA DE ESTRUTURAÇÃO DAS SOCIEDADES CAPITALISTAS NO SISTEMA MUNDIAL

DIMENSÕES	UNIDADE DE PRÁTICA SOCIAL	INSTITUIÇÕES	DINÂMICA DE DESENVOLVIMENTO	FORMA DE PODER	FORMA DE DIREITO	FORMA EPISTEMOLÓGICA
ESPAÇOS ESTRUTURAIS						
ESPAÇO DOMÉSTICO	Diferença sexual e geracional	Casamento, família e parentesco	Maximização da afetividade	Patriarcado	Direito doméstico	Familismo, cultura familiar
ESPAÇO DA PRODUÇÃO	Classe e natureza enquanto «natureza capitalista»	Fábrica e empresa	Maximização do lucro e maximização da degradação da natureza	Exploração e «natureza capitalista»	Direito da produção	Productivismo, tecnologismo, formação profissional e cultura empresarial
ESPAÇO DO MERCADO	Cliente-consumidor	Mercado	Maximização da utilidade e maximização da mercadorização das necessidades	Fetichismo das mercadorias	Direito da troca	Consumismo e cultura de massas
ESPAÇO DA COMUNIDADE	Etnicidade, raça, nação, povo e religião	Comunidade, vizinhança, organizações populares de base, Igrejas	Maximização da identidade	Diferenciação desigual	Direito da comunidade	Conhecimento local, da cultura comunidade e tradição
ESPAÇO DA CIDADANIA	Cidadania	Estado	Maximização da lealdade	Dominação	Direito territorial (estatal)	Nacionalismo educacional e cultural, cultura cívica
ESPAÇO MUNDIAL	Estado-Nação	Sistema inter-estatal, organismos e associações internacionais, tratados internacionais	Maximização da eficácia	Troca desigual	Direito sistémico	Ciência, progresso universalístico, cultura global