

2020

Direito e Deontologia da Comunicação

1º ANO DE COMUNICAÇÃO E TECNOLOGIA DIGITAL

DANIELA AMORIM | BEATRIZ OLIVEIRA

Artigo 26.º
(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos..

Origem: o texto original dispunha, no artigo 33.º, com a epígrafe “direito à identidade pessoal, ao bom nome e à intimidade”, o seguinte: “*a todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar*” (n.º 1); “*a lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*”.

Na revisão constitucional de 1982, além de mudar a numeração, passando a artigo 26.º, e a epígrafe, que se refere agora a “outros direitos pessoais”, inclui-se também, no n.º 1, os direitos “à capacidade civil”, “à cidadania” e “à imagem”, sendo ainda adicionado o actual n.º 4.

A revisão de 1989 aditou, no n.º 1, o direito “à palavra”.

A quarta revisão constitucional, em 1997, acrescentou, ainda no n.º 1, a referência aos direitos “ao desenvolvimento da personalidade” e “à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”, introduzindo ainda o actual n.º 3.

Enfim, na revisão de 2004, explicitou-se, no n.º 2, que as garantias efectivas nele previstas valem, não apenas contra a *utilização*, mas também contra a *obtenção abusiva*, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.º 38, de 27/8/1975, pág. 1058.

DAR, 2.ª legislatura, 1.ª série, n.º 101, de 11/6/1982, págs. 4168 e segs.; 2.ª série, 2.º suplemento ao n.º 6, págs. 70 (57) e seg.; 2.º suplemento ao n.º 80, pág. 1508 (18); suplemento ao n.º 98, págs. 1878 (10) e seg.; 2.º suplemento ao n.º 111, pág. 2058 (21).

Ibidem, 5.ª legislatura, 1.ª série, n.º 67, de 20/4/1989, págs. 3233 e segs., bem como 3265 e segs.; 2.ª série, n.º 8-RC, págs. 196 e segs.; n.º 67-RC, págs. 2054 e seg.; n.º 68-RC, págs. 2063 e segs.; n.º 71-RC, pág. 2131.

Ibidem, 7.ª legislatura, 2.ª série, n.º 94, de 15/7/1997, págs. 3380 e 3395 e segs.

Constituições anteriores: artigo 8.º, n.º 2 e § 2.º, da Constituição de 1933.

Textos Internacionais Básicos: artigos 1.º, 7.º, 12.º, 15.º, 16.º da DUDH; artigos 16.º, 17.º e 24.º, n.º 3, do PIDCP; artigo 8.º da CEDH; artigos 7.º e 8.º, n.º 1, da C.D.F.U.E.

Direito comparado: artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa (recebida na Constituição de 1958); artigos 2.º, 3.º, 22.º e 32.º da Constituição italiana; artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 1, 5.º, n.º 2, 16.º e 116.º da Constituição alemã; artigos 10.º, n.º 1, 11.º e 18.º da Constituição espanhola; artigo 5.º, X, da Constituição brasileira.

Doutrina (em relação à doutrina geral sobre cidadania, consultar anotação ao artigo 4.º): RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *A Constituição e os direitos de personalidade*, in *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, e *O direito geral de personalidade*, Coimbra 1995; RITA AMARAL CABRAL, *O direito à intimidade da vida privada (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil)*, in *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, 1995, págs. 206 e segs.; COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, e *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal — uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, 1996; PAULA MARTINHO DA SILVA/LUÍS ARCHER/DANIEL SERRÃO, *Convenção para a Protecção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano relativa às aplicações da biologia e da medicina*, 1997; JOSÉ FARIA COSTA, *Direito penal da comunicação. Alguns escritos*, Coimbra, 1998; ISABEL ALEXANDRE, *Provas ilícitas em processo civil*, Coimbra, 1998; STELA BARBAS, *O direito ao património genético*, Coimbra, 1998; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 1999; PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, 1999; JOÃO LOUREIRO, *O direito à identidade genética do ser humano*, Coimbra, 1999; PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999; *A protecção da vida privada e a Constituição*, in *BFDUC*, 76 (2000); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os direitos de personalidade na civilística portuguesa*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Coimbra, 2002; NUNO PINTO OLIVEIRA, *O direito geral de personalidade e a "solução do dissenso"*, Coimbra, 2002; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de cidadania e direito à cidadania*, Ed. ACIME, 2004.

Jurisprudência: AcTC n.os 6/84 (modo de apresentação dos funcionários dos transportes), 7/87 (obtenção de provas segundo o Código de Processo Penal), 99/88 (investigação da paternidade), 130/88 (recolha de órgãos ou tecidos em cadáveres), 221/89 (uso de sistemas de alarme em estabelecimentos comerciais e residências), 451/89 (investi-

gação de paternidade), 370/91 (filhos), 456/03 (limites de idade na investigação da paternidade), 128/92 (resolução do arrendamento por aplicação reiterada ou habitual do imóvel a práticas ilícitas, imorais ou desonestas), 177/92 (arquivo aberto de acesso às actas de concurso administrativo), 433/93 (uso obrigatório de cintos de segurança), 456/93, 334/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), 507/94 (busca domiciliária com consentimento de parente do arguido), 514/94 (acesso à declaração de rendimentos do Presidente da República), 278/95 (levantamento do segredo bancário pela Inspecção Geral de Finanças), 319/95 (teste do álcool na via pública), 470/96 (acesso à declaração de rendimentos dos deputados), 67/97 (busca policial em garagem fechada sem autorização judicial), 263/97 (uso de fotografias, obtidas sem consentimento, em processo de divórcio), 355/97 (ficheiros automatizados nos centros de oncologia), 113/98 (uso de fotografias em processo de divórcio), 288/98 (interrupção voluntária da gravidez), 480/98, 249/00, 360/01 (publicação de sentença criminal), 570/98 (responsabilidade do importador por dívida fiscal), 578/98 (agente infiltrado em inquérito relativo a tráfico de droga), 616/98 (exame de sangue em investigação da paternidade), 67/99 (abuso de liberdade de imprensa), 254/99 (protecção de segredos comerciais e industriais), 389/99 (ônus da prova dos danos não patrimoniais), 220/00 (vida privada e sanção disciplinar), 249/00 (publicação de sentença inibitória), 320/00 (requisitos da adopção plena), 430/00 (denominação de sociedade de advogados), 436/00 (modo de apresentação e restrição do acesso às salas de jogo pelas pessoas que aí prestem serviço), 360/01 (publicitação da sentença), 241/02 (pedido de dados de tráfego e facturação detalhada de linha telefónica pelo juiz em processo laboral), 255/02 (serviços de segurança privada: requisitos do pessoal e gravação de imagem e som), 368/02 (higiene, segurança e saúde no trabalho/exames médicos), 414/02 (falência de não comerciantes), 464/02 (ausência de prazo de caducidade para requerer a falência), 207/03 (video-vigilância em casinos), 306/03 (pedido de informações relativas à saúde ou estado de gravidez, no Código de Trabalho), 456/03 (acção de investigação da paternidade/prazo), 551/03 (requisito da menoridade do adoptando para a conversão da adopção restrita em adopção plena), 607/03 (valoração probatória de diários pessoais apreendidos em busca domiciliária), 192/04 (pena de demissão/inutilidade superveniente da lide), 303/04 (constitucionalidade do crime de lenocínio).

I — Depois de enunciados os direitos básicos relativos à vida e à integridade física e moral, são tipificados, neste artigo 26.º, “outros direitos pessoais”, também implicados no princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humana. Esta disposição apresenta-se, concretamente, como a sede fundamental do **direito geral de personalidade**.

a) O artigo 26.º constitui **expressão directa do postulado básico da dignidade humana** que a Constituição consagra logo no artigo 1.º como valor básico logicamente anterior à própria ideia do Estado de Direito democrático e que constitui a referência primeira em matéria de direitos fundamentais. Simultaneamente, quem invoca a dignidade humana não poderá deixar de ter em conta, simultaneamente, os direitos aqui consagrados, pois estes dão-lhe expressão mais definida.

Por ser expressão directa do postulado básico do respeito pela dignidade humana, o princípio consignado neste artigo 26.º constitui uma “pedra angular” na demarcação dos limites ao exercício dos outros direitos fundamentais. É em especial o que sucede com a liberdade de expressão e informação e com liberdade de imprensa e meios de comunicação social (mas também com a própria liberdade de criação literária e artística). Estas liberdades não poderão ser interpretadas sem ter em sempre consideração o direito geral de personalidade consignado neste artigo e, em especial, a tutela do bom nome, da reputação, da imagem, da palavra e da intimidade da vida privada.

A especial força normativa dos direitos pessoais aqui consagrados é aliás confirmada pelo regime processual privilegiado que a Constituição impõe para sua tutela (ver anotação ao artigo 20.º, n.º 5) e pelo facto de alguns deles não poderem ser sequer afectados pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (artigo 19.º, n.º 6, da Constituição).

b) O direito geral de personalidade tornou-se hoje um dado consensual na doutrina constitucional e civilística dos diversos países com experiências jurídicas próximas da nossa (v. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade...*, cit., págs. 84 e segs.; COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal...*, cit., págs. 9 e segs.). O que esse direito significa é a **tutela abrangente de todas as formas de lesão de bens de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagrados**.

i) Nesta perspectiva, o artigo 26.º — à semelhança aliás do que sucede na legislação civil (designadamente, artigos 70.º a 81.º do Código Civil) e, também, no Direito Penal, onde, por razões específicas ligadas ao princípio da tipicidade, a tutela dos bens de personalidade se fragmenta (assim, em relação aos crimes contra a honra, reserva da vida privada e outros bens pessoais, artigos 180.º a 199.º do Código Penal) — prevê, antes de mais, **hipóteses típicas de direitos de personalidade** postulados pela exigência angular de respeito pela dignidade humana. Os diversos direitos enunciados no artigo 26.º são, em qualquer caso, hipóteses típicas concretizadoras de um mesmo princípio fundamental de respeito pela dignidade da pessoa. Não surpreende, neste contexto, que os vários direitos de personalidade possam ter âmbitos de protecção que parcialmente se sobreponham (assim, por exemplo, a identidade pessoal tem zonas coincidentes com os direitos ao desenvolvimento da personalidade, à imagem e à palavra; o desenvolvimento da personalidade cruza-se com a protecção em face da discriminação; a tutela do bom nome e da reputação é igualmente assegurada através da salvaguarda da intimidade da vida privada).

ii) Além disso, numa formulação claramente inspirada — mas não inteiramente coincidente — no artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, o legislador constitucional português consagra ainda,

desde 1997, um **direito (geral) ao desenvolvimento da personalidade** (embora, mesmo antes da quarta revisão constitucional, se pudesse defender que o direito geral de personalidade — consagrado e concretizado nos artigos 70.º a 81.º — assumia a natureza de um direito fundamental, fosse em virtude da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição, fosse por decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito pela liberdade que nele vai acolhida).

c) Os direitos pessoais são primordialmente **direitos das pessoas físicas**, mas não está excluído que estes direitos, ou, pelo menos, alguns deles, se apliquem também às pessoas colectivas ou às pessoas já falecidas (v. PAULO MOTA PINTO, *A protecção da vida privada e a Constituição...*, cit., págs. 181 e segs.).

i) Numa ordem fundada no princípio da dignidade humana, o bom nome, a reputação ou a intimidade da vida privada de uma **pessoa falecida** merecem tutela. O dever de respeito pela personalidade humana prevalece para além da vida. Por ser o resíduo físico de uma personalidade, o próprio cadáver merece protecção que “não se funda no que ele é actualmente, mas naquilo que ele foi” (v. MANUEL GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, Lisboa, 1965, pág. 93 — consultar ainda anotação ao artigo 24.º).

ii) As **pessoas colectivas**, embora sejam essencialmente diferentes das pessoas singulares e assumam, na perspectiva da dignidade humana e dos direitos que lhe estão estritamente associados, uma relevância instrumental, “*gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza*” (artigo 12.º, n.º 2). Não existe uma distinção doutrinal clara e exaustiva entre os direitos que são compatíveis com a natureza das pessoas colectivas e aqueles que o não são. Ainda assim, por regra, será possível reconhecer-lhes os direitos pessoais previstos para as pessoas físicas. Mas, em situações conflituais, deve ser ponderado que o titular do direito constitui “apenas” uma pessoa colectiva e não uma pessoa humana com a sua essencial dignidade.

II — A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida.

a) As modernas técnicas de medicina reprodutiva podem levantar problemas neste domínio. Na medida em que a pessoa é condicionada na formação da sua personalidade pelo factor genético, a **identidade genética própria** é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal.

A Constituição vedava, tal como as convenções internacionais que lhe servem de cânones hermenêuticos (*Protocolo adicional à Convenção para a Proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano relativa às aplicações da biologia e da medicina*), a possibilidade da *clonagem de pessoas humanas* (mesmo que ela viesse a ser tecnicamente possível sem as consequências negativas do envelhecimento precoce que se verificaram nas experiências com animais). O processo de *clonagem* implica uma duplicação de seres que terão rigorosamente as mesmas características genéticas. O ser humano gerado não tem uma *identidade genética própria* e a sua identidade pessoal será por essa via restringida. Ele identificar-se-á, não apenas consigo próprio, mas também com o seu progenitor de quem foi geneticamente copiado. A *clonagem de pessoas* não permite pois a diferenciação genética propiciada pela união de células provenientes de duas pessoas diversas e, nessa medida, põe em causa, de forma intolerável, o direito à diferença e à individualidade própria que integra o núcleo essencial da identidade pessoal. Pelas mesmas razões, violaria a identidade pessoal a técnica de produção intencional de gémeos por bipartição do embrião, pois o resultado seria a arbitrária criação de duas pessoas com o mesmo património genético e, portanto, sem identidade genética própria.

b) A identidade pessoal inclui os vínculos de filiação. Existe um **direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade** (consultar anotação ao artigo 36.º).

c) A identidade pessoal não está também desligada da **identidade cultural e religiosa**, porquanto a pessoa não é apenas um ser individual isolado, mas a síntese de um conjunto de relações diferenciadas que estabelece com os diversos meios em que se insere.

d) A identidade pessoal comprehende também a **identidade civil**. Existe certamente um direito ao nome. Poderá perguntar-se se haverá também um direito a mudar de nome e quais os seus limites. Têm-se levantado, a este respeito, problemas específicos nos casos em que houve uma modificação anatómica do sexo através de operação. Nesses casos, o nome pelo qual a pessoa se identifica não coincide com o género da pessoa. A identidade civil não coincide com a sua identidade pessoal. Ora a identidade civil só será uma expressão da identidade pessoal se com ela coincidir. Na ausência de razões contrárias atendíveis, o direito à identidade pessoal parece postular que se possa mudar de nome, não sendo admissível que uma pessoa com um determinado sexo, tenha que se identificar civilmente com um nome do sexo oposto.

e) O direito à identidade pessoal deve finalmente servir de **pauta de leitura dos direitos à imagem e à palavra**. É aliás com este conteúdo que o direito tem sido invocado pela jurisprudência italiana. Em princípio — e excluindo a crítica política e social caricatural claramente identificável — os

meios de comunicação social não podem *deturpar* as palavras ou a imagem das pessoas (ainda que nada de manifestamente ofensivo ao bom nome e da reputação daí resulte), devendo o direito à palavra e à imagem ser lidos na perspectiva da identidade pessoal.

III — Na revisão de 1997, como se referiu mais atrás, foi consagrado o **direito ao desenvolvimento da personalidade**.

a) O artigo 26.º, n.º 1, inspira-se, nesta dimensão, no já referido artigo 2.º, n.º 1, da **Lei Fundamental alemã**, que dispõe que “*todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não violem os direitos dos outros nem infrinjam a ordem constitucional e a lei moral*”. Diferenças significativas separam, no entanto, ambos os preceitos.

i) A **doutrina e a jurisprudência alemãs** entendem que o *direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade* compreende duas dimensões diferentes e basilares: o *direito geral de personalidade* e a *liberdade geral de acção*.

O *direito geral de personalidade* abrange, por exemplo, o direito à intimidade da esfera pessoal, o direito à imagem, o direito à palavra, o direito de resposta na comunicação social, o direito ao silêncio, a proibição de valoração de diários pessoais em processo penal, o direito à ressocialização, o direito à autodeterminação informacional, o direito ao nome, o direito à reputação e, até, algumas garantias processuais reconduzíveis à ideia de um processo equitativo.

A *liberdade geral de acção* inclui, por seu turno, realidades tão amplas e distintas — que podem ser objecto de liberdades específicas e tipificadas autonomamente no texto constitucional — como a livre iniciativa económica, a autonomia privada, a liberdade de circulação, a faculdade de mudar de nome ou a liberdade de escolha dos meios de tratamento médico. Esta liberdade geral de acção implica ainda uma resistência à juridificação e especialmente à penalização dos comportamentos. De acordo com o princípio da liberdade geral de acção, o ónus de fundamentar está do lado do poder legislativo: é o poder que terá de justificar a coerção e não as pessoas, a sua liberdade.

ii) As considerações anteriores permitem compreender as diferenças entre o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição portuguesa e artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental alemã.

Por um lado, no direito alemão, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui o princípio de irradiação de todos os direitos pessoais não especificados, entre os quais se contam quase todos os que estão expressamente consagrados no texto português. Assim, nesta perspectiva, o alcance prático do direito ao desenvolvimento da personalidade no direito português será muitíssimo mais restrito do que no direito alemão.

Por outro lado, na Lei Fundamental alemã fala-se em "livre desenvolvimento da personalidade" e estabelecem-se imediatamente três limites expressos: "os direitos dos outros", a "ordem constitucional" e a "lei moral" (anote-se que à "lei moral" é atribuído um sentido especificamente jurídico que não se identifica — como defende o positivismo ético — com as regras da moral vigente ou dominante). Assim, mesmo admitindo, como faz a generalidade da doutrina alemã, uma liberdade geral de acção, o critério dessa liberdade está, não apenas na liberdade, mas também nos seus limites. A Constituição portuguesa fala apenas em "desenvolvimento da personalidade" e não parece sentir necessidade de estabelecer qualquer limite expresso. Em termos literais a expressão portuguesa "desenvolvimento da personalidade" parece ligada à ideia de "formação da personalidade" que se encontra também parcialmente no artigo 70.º, n.º 2, da Constituição onde se fala do "desenvolvimento da personalidade dos jovens" como objectivo da política de juventude. A expressão alemã *freie Entfaltung* contém um sentido mais amplo que aponta claramente para as ideias de autonomia e de livre "exteriorização" e "realização" da personalidade (e não tanto para uma ideia de "formação" da personalidade).

b) As diferenças assinaladas não excluem que muitas das concretizações jurisprudenciais do direito alemão, feitas a respeito do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental, possam e devam ter tutela no direito português. Ao invés, muitas delas têm até consagração expressa no texto constitucional português. É o que sucede, designadamente, com os direitos à palavra, à imagem, à reputação e à intimidade da vida privada e familiar. Outras decorrem de uma leitura aberta e juridicamente adequada da ideia de dignidade humana, como valor de referência do texto constitucional, que compreenderá, em si mesma, o respeito por uma esfera de autonomia pessoal. Neste contexto, a importância do direito ao desenvolvimento da personalidade "pode ser enorme" (v. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pág. 591).

Concretamente, e desde logo, não suscita dúvidas que o artigo 26.º, articulado com a exigência axial da respeito pela dignidade humana e com a referência genérica ao *direito ao desenvolvimento da personalidade*, implica uma tutela abrangente da personalidade, incluindo a própria formação da personalidade (seria inconstitucional, por exemplo, um regime penal que não tivesse em conta a idade do delinquente e, portanto, o período de formação da sua personalidade ou um regime penitenciário que negasse, na prática, um *direito à ressocialização ou a começar de novo*).

Além disso, o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização

pessoal liberto de intervenção jurídica (o que não impede que se reconheça uma mais ou menos ampla margem de liberdade de conformação do legislador na concreta delimitação do seu alcance). Está-se aqui no âmbito daquilo que a doutrina americana inclui num global *right to privacy* (fundado no princípio do *substantive due process of law*) e a jurisprudência e doutrina alemãs na *allgemeine Handlungsfreiheit* (constitutiva da *freie Entfaltung der Persönlichkeit*).

c) O direito ao desenvolvimento da personalidade foi invocado na fundamentação do juízo de não constitucionalidade do referendo sobre despenalização da **interrupção voluntária da gravidez**.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 288/98, considerou que, no caso que se discutia (interrupção da gravidez nas primeiras dez semanas de gravidez), se tratava de uma “questão de política”, cabendo ao legislador a opção entre punir e não punir. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, o direito ao “livre desenvolvimento da personalidade”, associado ao direito a uma “maternidade consciente”, não implica um direito a abortar, mas legitima a opção legislativa no sentido de despenalizar a interrupção voluntária da gravidez efectuada dentro de determinado prazo.

Independentemente do mérito das soluções possíveis, parece-nos que os pressupostos da discussão deveriam ter sido ser outros. A questão coloca-se no quadro normativo do “princípio da vida”. Este, por sua vez, deve ser lido à luz do “postulado básico da dignidade da pessoa humana” e dos “princípios gerais do direito penal”. A Constituição impõe que o legislador estabeleça formas de tutela jurídica da vida, mas não exige, sem qualquer margem de decisão legislativa, a criminalização abrangente, e sem quaisquer exceções, de todas as condutas em que esteja em causa a vida humana. O artigo 27.º, n.º 1, estabelece, no contexto da privação penal da liberdade (e em consonância com o artigo 5.º da Convenção Europeia dos direitos do Homem e o artigo 9.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) que “todos têm direito à liberdade” (v., invocando a “ponderação” do artigo 27.º, n.º 1, no contexto desta questão, PAULO MOTA PINTO, *A protecção da vida privada e a Constituição...*, cit. pág. 161). Este artigo parece estabelecer uma directiva de contenção legislativa na utilização do direito penal para estabelecer proibições que sejam insuscetíveis de um reconhecimento generalizado. A disposição define uma “presença designa por subsidiariedade ou proporcionalidade da tutela penal. Estes factores normativos devem ser tidos em conta no processo de interpretação da Constituição (v., por todos, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e crime — uma perspectiva da criminalização e da despenalização*, Porto, 1995). A questão dos exactos limites da margem de deliberação legislativa na escolha dos

melhores meios de protecção quer da vida quer da dignidade das pessoas exige-
ria porém a intervenção de outras ponderações que não cabem no âmbito consti-
tucional do direito aqui em causa (consultar anotação ao artigo 24.º).

IV — O direito ao bom nome e à reputação tem um alcance jurídico amplíssimo, situando-se no cerne da ideia de dignidade da pessoa. A relevância constitucional da tutela do bom nome e da reputação legitima a criminalização de comportamentos como a injúria, a difamação, a calúnia e o abuso de liberdade de imprensa ou a admissibilidade, no âmbito da responsabilidade civil, da compensação dos danos não patrimoniais advinientes de actuações ilícitas por ofensa do bom nome e da reputação das pessoas.

As questões relativas ao bom nome e à reputação podem assumir contornos específicos quando se trate de *crítica política* pois aí a liberdade de comunicação cumpre também uma função político-democrática. A resposta deverá em qualquer caso passar pela distinção entre a discussão política em sentido próprio, por um lado, e a mera ofensa pessoal desnecessária, inadequada ou desproporcional às exigências do debate político democrático, por outro lado.

Este direito foi já inclusivamente invocado por um condutor para se exigir a realizar o *teste do álcool* (“soprar no balão”) na via pública. O Tribunal Constitucional considerou, porém, que deviam prevalecer as razões de segurança do trâfego que justificam o dito teste, não sendo, no caso, procedente a invocação deste direito — Acórdão n.º 319/95 (o problema também foi equacionado à luz do direito à reserva da intimidade da vida privada — sobre a articulação com o direito à integridade física, consultar anotação ao artigo 25.º).

V — Os direitos à palavra e à imagem são expressões típicas da autonomia e da identidade pessoal constitucionalmente garantidas.

a) Em primeiro lugar parece haver um **direito à autodeterminação da imagem exterior**. Mas, quando confrontado com a constitucionalidade de normas que impõem determinados modos de apresentação no local de trabalho, o Tribunal Constitucional considerou que não violava os direitos de personalidade dos trabalhadores das empresas de transportes e das salas de jogo a imposição de vestir uniformes e a exigência de que não se apresentem de barba mal feita (Acórdãos n.os 6/84 e 436/00). Hipótese complexa coloca-se ainda quando se pergunta se o direito à imagem permite que a pessoa se recuse a cortar ou deixar crescer o cabelo ou a barba para efeitos de reconhecimento judicial (v. COSTA ANDRADE, *As proibições de prova em processo penal*, págs. 127 e segs.).

b) Os direitos à palavra e à imagem incluem o direito a que não sejam registadas ou divulgadas palavras ou imagens da pessoa **sem o seu consentimento**, conferindo assim um direito à “reserva” e à “transitoriedade” da pala-

vra falada e da imagem pessoal. Garante-se, assim, a autonomia na disponibilidade da *imagem e da palavra* independentemente de estar ou não, de forma directa, em causa o bom nome e a reputação das pessoas.

c) Como já se disse, os direitos à *imagem e à palavra devem ser lidos em simultâneo com a identidade pessoal*. Daí se retira um direito a não ver as expressões da sua personalidade distorcidas, o que inclui o direito a que, sem consentimento, a imagem não seja alterada em montagens fotográficas ou as palavras adulteradas ou descontextualizadas em textos ou gravações. Numa palavra: as imagens e palavras devem ser divulgadas com rigor e autenticidade.

VI — O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é possivelmente um dos que tem maior alcance prático. O direito não merece contudo a abrangência que lhe tem dado a jurisprudência americana, onde o *right to privacy* surge como a expressão paradigmática de todos os direitos pessoais. Este direito é, além disso, um daqueles que apresenta um maior índice de conflitualidade possível de antecipar, desde logo, com a simples leitura das normas constitucionais que se referem à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º), à liberdade de expressão e comunicação (artigos 37.º e 38.º), ao direito de informação e ao princípio do “arquivo aberto” da administração (artigo 268.º, n.os 1 e 2) e, ainda, à actuação da polícia (artigo 272.º, n.º 2).

a) Na definição doutrinal do direito tem sido por vezes adoptada (com diferentes versões) a teoria das três esferas (ou teoria dos três graus). Em termos muito elementares poderemos dizer que ela distingue: a *esfera íntima*, a *esfera privada* e a *esfera social*. A esfera íntima corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade da vida privada; a esfera privada admite ponderações de proporcionalidade; na esfera social estaremos já no quadro do direito à imagem e à palavra e não do direito à intimidade da vida privada. Inicialmente elaborada na Alemanha, esta teoria foi aí objecto de inúmeras críticas e o mesmo tem sucedido em Portugal. Na sua rigidez conceptual, ela não permite responder à extensa diversidade de casos que a tutela da privacidade pode levantar: só permite conceptualizar *a posteriori* os resultados a que por outras vias argumentativas se chegou. A verdade, porém, é que esta teoria pouco mais será do que uma aplicação à reserva da intimidade da vida privada do entendimento geral do regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias previsto nos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. E, assim, a rejeição da teoria não será mais do que a **rejeição de um entendimento essencialista ou meramente conceptual do regime do artigo 18.º**, cuja inadequação fica particularmente patente no direito à reserva da intimidade da vida privada.

b) O Tribunal Constitucional, em **abundante jurisprudência**, tem concretizado o alcance do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A propósito dos sistemas de segurança e vigilância, o Tribunal Constitucional admitiu o uso de sistemas de alarme em estabelecimentos comerciais e residências com gravação de imagem e som por empresas de segurança privadas (Acórdão n.º 255/02) e a video-vigilância em casinos (Acórdão n.º 207/03). Apesar de tais meios poderem de facto representar intromissões na privacidade e restrições à mais elementar liberdade pessoal pela vigilância permanente que impõem, razões válidas de segurança (das pessoas e do património) permitem justificar restrições desta índole.

A relação laboral pode também levantar questões relativas à intimidade da vida privada. O Tribunal Constitucional considerou que não era constitucional a previsão legal de exames médicos destinados à verificação da aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da sua profissão, bem como a elaboração e registo informático de fichas clínicas e de aptidão (Acórdão n.º 368/02). Mas já seria inconstitucional o pedido de informações, por parte do próprio empregador, relativas à saúde ou estado de gravidez, ainda que "particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem". O tribunal considerou que, por essa via, se autorizava uma excessiva intromissão na esfera privada do trabalhador ou do candidato ao emprego, dado não ser esse o meio menos introsivo para saber se o trabalhador está ou não apto para o trabalho (Acórdão n.º 306/03).

Enfim, confrontado com uma questão de constitucionalidade orgânica, o Tribunal Constitucional entendeu que a reserva da intimidade da vida privada e familiar abrange o segredo bancário (Acórdão n.º 278/95).

c) Problemas específicos são os que se levantam quando a realização da justiça através da descoberta da verdade dos factos exige uma intromissão na reserva da intimidade da vida privada.

A obtenção de provas para prossecução da justiça penal através de processo judicial encontra limites constitucionais expressos na vida privada, não sendo permitidas buscas ao domicílio ou ingerências na correspondência, nas telecomunicação e demais meios de comunicação que se traduzam numa abusiva intromissão na vida privada (artigo 32.º, n.º 8). A questão com maior relevo prático é talvez a dos pressupostos e limites das escutas telefónicas. Mas outras questões se colocam. Num caso recente, discutiu-se a admissibilidade de valoração em processo penal de um diário pessoal: apesar de estar em causa a investigação de um crime de abuso sexual de menores, o Tribunal Constitucional considerou que não era admissível a valoração probatória do diário pessoal, pois se estava no âmbito do conteúdo essencial da intimidade da vida privada (Acórdão n.º 607/03).

Em processo civil, administrativo ou laboral colocam-se também dificuldades a respeito da admissibilidade de meios de prova que impliquem intromissão

na esfera privada, tendo-se já colocado a questão da admissibilidade de um juiz em processo laboral pedir *dados de tráfego e facturação detalhada de linha telefônica* (Acórdão n.º 241/02).

VII — O artigo 26.º consagra, no n.º 1, o direito à capacidade civil, acrescentando, no n.º 4, que as restrições à capacidade civil estão sujeitas a reserva de lei e não podem ter fundamento político ou ser, por qualquer outro motivo, à luz do artigo 13.º e do artigo 18.º, n.º 2, arbitrárias ou excessivas, devendo ter um motivo suficientemente justificativo (v. g. idade, anomalia psíquica, deficiência audio-visual, prodigalidade, falência) e respeitar os princípios da igualdade e da proporcionalidade (assim, por exemplo, seria ilegítima, por ofensa do princípio da igualdade, a reposição do regime legal de administração dos bens da mulher casada pelo marido, em vigor antes da reforma do Código Civil em 1977).

O direito à capacidade civil, embora seja um direito básico, não tem sido invocado com sucesso no Tribunal Constitucional. Nos Acórdãos n.os 414/02 e 464/02, considerou-se que a possibilidade de requerer a todo o tempo a falência não afectava o direito à capacidade civil. O Tribunal, no Acórdão n.º 570/98, entendeu igualmente que não procedia a argumentação de um importador segundo a qual a lei que o tornava responsável pelas dívidas do despachante era inconstitucional por violar a sua capacidade civil.

VIII — O artigo 26.º consagra, desde 1982, o **direito fundamental à cidadania** (n.º 1), explicitando que a privação da cidadania só pode efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos (n.º 4).

a) A Constituição não se limita a remeter para a lei ou convenção internacional o regime de aquisição e perda da cidadania portuguesa (artigo 4.º), reconhecendo à cidadania, no artigo 26.º, a **dimensão de direito fundamental pessoal**. É certo que, não só a consagração constitucional do princípio da equiparação entre estrangeiros e cidadãos (artigo 15.º, n.º 1) envolve uma redução do âmbito dos *direitos de cidadania* (reservados aos cidadãos portugueses), como também se assiste, nos nossos dias, ao enriquecimento e diversificação do próprio conceito de cidadania, bem evidenciado no desenvolvimento — com acolhimento constitucional no artigo 15.º, n.os 3 e 5 — das ideias de uma cidadania europeia ou de uma cidadania lusófona. Ainda assim, não obstante a “superação da contraposição quase maniqueísta cidadão *versus* estrangeiro”, subsistem, importantes direitos reservados aos cidadãos, que incluem, para além de direitos de plena participação política, a própria liberdade de deslocação ou circulação (atentos os limites à entrada, permanência, fixação e saída de estrangeiros e apátridas do território português) (v. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de cidadania...*, cit., págs. 19 e segs.).

b) A consagração do direito fundamental à cidadania — ou, mais rigorosamente, do direito fundamental à cidadania portuguesa — apresenta, como demonstra desenvolvidamente JORGE PEREIRA DA SILVA (*op. cit.*, págs. 79 e segs.), **duas dimensões substancialmente distintas**. A leitura do direito à cidadania portuguesa em conformidade com o artigo 15.º da DUDH, leitura imposta pelo artigo 16.º, n.º 2, da Constituição, revela, na verdade, que, não só “ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade” (n.º 2), mas também que “todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade” (n.º 1) e a “mudar de nacionalidade” (n.º 2). Trata-se, em qualquer caso, de direitos com estruturas substancialmente diferentes.

i) Assim, de um lado, em relação aos estrangeiros ou apátridas, o artigo 26.º, n.º 1, consagra, como direito estritamente ligado à dignidade da pessoa humana, o **direito fundamental à aquisição da cidadania portuguesa**.

O direito, nesta dimensão, constitui um direito positivo, que exige dos poderes públicos a criação das condições jurídicas para a sua efectivação. Assim, no que respeita à dimensão positiva do direito à cidadania, o artigo 26.º, n.º 1, é, à partida, uma norma constitucional não exequível por si mesma, carecendo de concretização por parte do legislador ordinário (v. Lei da Nacionalidade — Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, alterada pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, e pela Lei n.º 1/2004, de 15 de Janeiro).

A Constituição não confere, no entanto, um *cheque em branco* ao legislador. Assim, para além dos limites que decorrem do Direito Internacional (v. g. ligação efectiva) e de outras normas constitucionais (v. g. as que consagram os princípios da igualdade, universalidade, proporcionalidade), é possível ainda que extrair da Lei Fundamental um conteúdo mínimo do direito à cidadania imediatamente determinável e aplicável mesmo na ausência de lei ou contra a própria lei. Não se vê, concretamente, como os descendentes de pai ou mãe portugueses, nascidos em território nacional, beneficiando da conjugação do sangue e do solo, podem deixar de ser portugueses de origem. Da mesma forma, em face dos artigos 36.º, 67.º e 68.º da Constituição e da protecção devida à família, à paternidade e maternidade e à adopção, será sempre inevitável que o casamento, a filiação e a adopção tenham alguma relevância em sede de aquisição da cidadania. A própria residência durante um período temporal significativo pode também, em certas condições, desencadear um verdadeiro direito à cidadania.

ii) Do outro, no que se refere àqueles que são portugueses, o direito fundamental traduz-se, nos termos do artigo 26.º, n.º 4, no direito a não ser privado da cidadania portuguesa ou, com maior rigor, no direito a não ser dela privado através de medidas arbitrárias ou desproporcionadas (a questão colocou-se, se bem que num contexto em que se podia questionar antes de mais a própria apli-

cação da Constituição de 1976, em face da privação pura e simples da cidadania portuguesa de algumas categorias de portugueses realizada, no âmbito do processo de descolonização, pelo Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho).

O artigo 26.º, n.º 4, exige apenas que a privação da cidadania se faça nos casos e nos termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. Este preceito deve, no entanto, ser compreendido à luz do regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias. Assim, se, por um lado, ele contém uma autorização constitucional expressa para restringir direitos, liberdades e garantias (n.º 2 do artigo 18.º), carece, por outro lado, de ser completado pelas limitações constitucionais gerais às leis restritivas. A privação da cidadania deve, por isso, visar a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (n.º 2 do artigo 18.º), fundar-se numa lei geral e abstracta, que não disponha retroactivamente, nem atinja o conteúdo essencial do direito à cidadania (n.º 3 do artigo 18.º). Para além disso, nos termos do n.º 4 do artigo 30.º, a perda da cidadania não pode constituir um efeito necessário da aplicação de uma pena criminal.

O direito à cidadania, nesta vertente, configura-se essencialmente como direito negativo, directamente aplicável, nos termos do artigo 18.º da Constituição.

IX — O direito à protecção legal contra qualquer forma de discriminação é a expressão subjectivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º e nessa medida poderia defender-se que é tautológico. A generalidade dos casos de discriminação colocados à jurisdição constitucional tem sido, aliás, resolvida no âmbito do princípio geral da igualdade (cfr., porém, Acórdão n.º 436/00). A referência do artigo 26.º, n.º 1, tem, no entanto, um sentido útil. Por um lado, parece impor um dever de legislar sempre que seja necessário tomar medidas para combater as formas de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Por outro lado, contribui para esclarecer e reforçar o sentido e o alcance dos outros direitos pessoais.

X — Em conformidade com o n.º 2, a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas à pessoas e família. Essas garantias constam antes de mais da *Lei de Protecção de Dados Pessoais face à informática* (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Nos termos desta lei, o tratamento de dados pessoais deve processar-se no estrito respeito pela reserva da vida privada e dos demais direitos, liberdades e garantias. A “obtenção e utilização abusivas” são aquelas que são feitas sem o consentimento da pessoa a quem a informação se refere. A referência à obtenção e utilização “contrárias à dignidade humana” deverá ser entendida no sentido de estar excluída a utilização de informações

cação da Constituição de 1976, em face da privação pura e simples da cidadania portuguesa de algumas categorias de portugueses realizada, no âmbito do processo de descolonização, pelo Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho).

O artigo 26.º, n.º 4, exigé apenas que a privação da cidadania se faça nos casos e nos termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. Este preceito deve, no entanto, ser compreendido à luz do regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias. Assim, se, por um lado, ele contém uma autorização constitucional expressa para restringir direitos, liberdades e garantias (n.º 2 do artigo 18.º), carece, por outro lado, de ser complementado pelas limitações constitucionais gerais às leis restritivas. A privação da cidadania deve, por isso, visar a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (n.º 2 do artigo 18.º), fundar-se numa lei geral e abstracta, que não disponha retroactivamente, nem atinja o conteúdo essencial do direito à cidadania (n.º 3 do artigo 18.º). Para além disso, nos termos do n.º 4 do artigo 30.º, a perda da cidadania não pode constituir um efeito necessário da aplicação de uma pena criminal.

O direito à cidadania, nesta vertente, configura-se essencialmente como direito negativo, directamente aplicável, nos termos do artigo 18.º da Constituição.

IX — O direito à protecção legal contra qualquer forma de discriminação é a expressão subjectivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º e nessa medida poderia defender-se que é tautológico. A generalidade dos casos de discriminação colocados à jurisdição constitucional tem sido, aliás, resolvida no âmbito do princípio geral da igualdade (cfr., porém, Acórdão n.º 436/00). A referência do artigo 26.º, n.º 1, tem, no entanto, um sentido útil. Por um lado, parece impor um dever de legislar sempre que seja necessário tomar medidas para combater as formas de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Por outro lado, contribui para esclarecer e reforçar o sentido e o alcance dos outros direitos pessoais.

X — Em conformidade com o n.º 2, a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas à pessoas e família. Essas garantias constam antes de mais da *Lei de Protecção de Dados Pessoais face à informática* (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Nos termos desta lei, o tratamento de dados pessoais deve processar-se no estrito respeito pela reserva da vida privada e dos demais direitos, liberdades e garantias. A “obtenção e utilização abusivas” são aquelas que são feitas sem o consentimento da pessoa a quem a informação se refere. A referência à obtenção e utilização “contrárias à dignidade humana” deverá ser entendida no sentido se estar excluída a utilização de informações

relativas às pessoas ou famílias de forma que viole ou ponha em risco o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) ou, designadamente, os direitos, que lhe estão estritamente ligados, protegidos pelo n.º 1 do artigo 26.º, em especial, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à não discriminação decorrente do princípio da igualdade.

XI — O n.º 3 deste artigo 26.º tem subjacente o reconhecimento de que a criação, desenvolvimento e utilização das novas tecnologias e a experimentação científica podem ser uma fonte de riscos para a dignidade das pessoas e para a identidade genética dos seres humanos. Na falta de lei, numa ordem constitucional aberta a uma concepção internacionalista dos direitos fundamentais (artigo 16.º), não é possível ignorar o sentido das regras estabilizadas constantes de textos internacionais (e, nomeadamente, a Convenção de Oviedo).

A *experimentação científica* coloca problemas específicos (apesar de se ter como válido o princípio de que aquilo que deve ser proibido não deve ser sequer experimentado). A lei deverá garantir a dignidade das pessoas e a identidade genética dos seres humanos. Existem regras estabilizadas e constantes de textos internacionais que servem de referência enquanto não existe lei e que deverão ser seguidos quando ela venha a existir. Falamos do Código de Nuremberga (redigido pelo Tribunal de Nuremberga em 1947) e, especialmente, dos artigos 15.º a 18.º da Convenção de Oviedo que assimilam e actualizam as directivas constantes daquele Código.

A criação, desenvolvimento e utilização das novas tecnologias não podem pôr em causa a identidade genética dos seres humanos. O cerne desta garantia da identidade genética parece estar na *proibição do eugenismo*, isto é, na modificação genética de um embrião com vista à obtenção de determinadas características que se consideram desejáveis.

Questão diversa é a de saber se a *prevenção ou tratamento de anomalia ou doença hereditária grave* poderá constitucionalmente autorizar uma intervenção no genoma humano. O artigo 13.º da Convenção de Oviedo estabelece, a este propósito, que “uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano apenas pode ser efectuada por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas, e apenas se a sua finalidade não for a de introduzir uma modificação no genoma da descendência”. De qualquer forma, o princípio da precaução, exigência mínima de uma ética da responsabilidade, deverá implicar a omissão de qualquer intervenção terapêutica no genoma cujas consequências para o futuro não sejam rigorosamente calculáveis.

Artigo 34.º

(Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Origem: os n.os 1 e 2 têm a redacção originária. O n.º 3 tem a redacção da Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro; o n.º 4 tem a redacção da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.º 38, de 27/8/1975, pág. 1058.

DAR, 8.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, n.º 18-RC, págs. 273-274; e 3.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 9, de 4/10/2001, págs. 281 e segs.

Constituições anteriores: Constituição de 1822: artigos 5.º e 18.º; Carta Constitucional: artigo 145.º; Constituição de 1838: artigos 16.º e 27.º; Constituição de 1911: artigo 3.º; Constituição de 1933: artigo 8.º

Textos Internacionais Básicos: DUDH: artigo 12.º; PIDC: artigo 17.º; CEDH: artigo 8.º; C.D.F.U.E.: artigo 7.º

Doutrina: ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/MÁRIO JOÃO DE BRITO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, 1999; J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993; MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992; MARCELO REBELO DE SOUSA/JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, 2000; RUI PINHEIRO/ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o*

Jurisprudência: AcTC n.os 198/85 (falência), 7/87 (Código de Processo Penal), 221/89 (sistemas de alarme), 452/89 (GNR), 507/94 (busca domiciliária), 470/96, 16/97 (alteração dos factos), 67/97 (processo penal), 263/97 (processo civil), 355/97 (informática/registos oncológicos), 407/97 (intercepções), 261/99, 202/00 (caça), 192/01 (buscas), 347/01 (intercepções), 241/02 (meios de prova em processo laboral/inviolabilidade das telecomunicações), 528/03 (transcrição de escutas telefónicas), 379/04 (escutas telefónicas).

I — A inviolabilidade do domicílio e da correspondência é uma das formas de tutela do direito à reserva da vida privada, consagrado pelo artigo 26.º da Constituição, tem velha tradição nas Constituições portuguesas anteriores, que desde sempre a reconheceram (de 1822, artigos 5.º e 18.º; de 1826, artigo 145.º, n.os 6 e 25; de 1838, artigos 16.º e 27.º; de 1911, artigo 3.º, n.os 15 e 28; de 1933, artigo 8.º, n.º 5).

II — O sentido de domicílio usado no artigo 34.º é muito mais amplo do que o conceito civilístico (artigos 82.º a 88.º do Código Civil), abrangendo todo o local em que a pessoa habita, quer se trate de residência ou local de trabalho, habitual ou ocasional, permanente ou eventual, estável ou precário. O titular do direito à inviolabilidade do domicílio é a pessoa que habita o local, não sendo relevante o título jurídico que lhe confere o direito a habitá-lo, e os destinatários do dever de não violação são todas as pessoas e entidades, públicas e privadas.

III — As restrições ao direito à inviolabilidade do domicílio estão sob *reserva de lei* e de *decisão judicial* (n.os 2 e 3), salvo tratando-se de flagrante delito. A nova redacção do n.º 3, introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro, cria dificuldades de conjugação com o n.º 2, pois expressamente admite a entrada no domicílio durante a noite em caso de flagrante delito, não prevendo situação idêntica durante o dia. Com a restrição de que se há-de tratar de flagrante delito em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, julgamos que também durante o dia é admissível a entrada no domicílio sem o consentimento do titular do domicílio, desde que não seja possível obter em tempo útil autorização judicial.

As exceções do n.º 3 enquadram-se na tendência legislativa, não só nacional, para criar regimes de exceção no combate à criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, mas constitui um perigo para a segurança dos cidadãos, como sucede em regra com todos os regimes de exceção.

A redacção originária, que correspondia à nossa tradição, era rígida — *ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento* — admitindo-se, porém, a quebra da regra em circunstâncias excepcionais legitimadas pelo estado de necessidade.

IV — O conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada que o n.º 1 estabelece abrange todas as espécies de comunicação de pessoa a pessoa, escrita ou oral, incluindo objectos (encomendas) que não contenham qualquer comunicação escrita ou oral. A garantia do sigilo abrange não só o conteúdo das comunicações, mas o próprio tráfego (espécie, hora, duração).

V — O n.º 4 do artigo 34.º foi alterado pela IV Revisão Constitucional e consistiu na introdução do inciso «e nos demais meios de comunicação». Teve-se em vista as modernas formas de comunicação à distância que não correspondem aos sentidos tradicionais de correspondência ou de telecomunicações (v. g. internet, e-mail).

O n.º 4 visa a protecção do direito ao sigilo das comunicações privadas, mediante a proibição de toda a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação, o que envolve a liberdade de envio e de recepção de todo o tipo de comunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo penal.

VI — A prova obtida com abusiva intromissão no domicílio ou nas comunicações privadas é proibida, não podendo ser utilizada, nos termos do disposto no n.º 8 do artigo 32.º

Artigo 35.º
(Utilização da informática)

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informáticos que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.

2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.

3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

Origem: I — A redacção deste artigo sofreu grandes alterações desde a sua inclusão no texto constitucional, plenamente justificadas pela natureza da matéria a regular, e pela necessidade de adaptar o conteúdo da regulamentação às normas e directivas comunitárias que foram entrando em vigor neste domínio (esta necessidade fez-se particularmente sentir em relação à Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, relativa à protecção das pessoas singulares face ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados).

II — Inicialmente, o texto deste artigo dividia-se em três números. O n.º 1 do artigo 35.º começou por consagrar o direito de todo o cidadão de tomar conhecimento do conteúdo de registos mecanográficos a seu respeito, de se inteirar do fim a que se destinassem essas informações, e de exigir a rectificação e a actualização dos dados constantes desses registo. O n.º 2 deste artigo proibia o uso da informática para o tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratasse do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos, e o n.º 3 proibia a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

III — Com a revisão de 1982 foi substituída a expressão “registos mecanográficos” — utilizada até aí pelo n.º 1 deste artigo — por “registos informáticos”, e ampliou-se substancialmente o âmbito de aplicação do n.º 2 (que entretanto passara a n.º 3, pelo apagamento de um novo n.º 2, que vem proibir o acesso por terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão). O novo n.º 3 do artigo 35.º vem então alargar a proibição do tratamento informático de dados aos elementos relativos às convicções filosóficas e à filiação partidária ou sindical do cidadão. Introduz-se um n.º 4, que remete para a lei a tarefa de definir o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático, e converte-se o anterior n.º 3, que não sofre quaisquer alterações, em n.º 5 do artigo 35.º revisto.

IV — A segunda revisão constitucional vem colocar como limite ao direito de acesso aos dados pessoais constantes de registos informáticos, o segredo de Estado, e o segredo de justiça. Os n.os 2 e 3 mantém-se inalterados. Alargam-se as competências legais previstas pelo n.º 4, passando a ser tarefa do legislador a definição do conceito de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas. Introduz-se um n.º 6 que remete para a lei a definição do regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras, estabelecendo formas adequadas de protecção dos dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

V — O actual n.º 1 do artigo 35.º (1997) deixou de se referir ao segredo de Estado e de justiça como as únicas hipóteses de restrição do direito de acesso e de informação do cidadão relativamente aos dados informáticos que lhe dizem respeito, para substituir essa enumeração, casuística e incompleta, por uma remissão genérica para os “termos da lei” (lei que refere expressamente muitos outros fundamentos de restrição legítima). O n.º 2 (que corresponde genericamente ao anterior n.º 4), prevê a protecção dos dados pessoais através de uma entidade administrativa independente (CNPDP). O n.º 3 alarga uma vez mais a tutela concedida aos dados pessoais, passando a proibição do uso da informática a abranger dados relativos à origem étnica das pessoas. Por outro lado, o legislador passa a incluir o consentimento expresso do titular e a autorização legal com garantias de não discriminação entre as causas de justificação para o uso informático de elementos ditos “sensíveis”, a par da possibilidade já prevista do seu processamento como dados estatísticos não individualmente identificáveis. O actual n.º 4 (anterior n.º 2) proíbe de forma lapidar o acesso a dados pessoais de terceiros salvo em casos excepcionais previstos na lei. Mantém-se a redacção do anterior n.º 5. O n.º 6 passa a garantir a todos os cidadãos o livre acesso às redes informáticas de uso público. Acrescentou-se ainda um n.º 7 a este artigo que estabelece expressamente que a tutela que é conferida às informações processadas informaticamente se estende aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais.

Constituições anteriores: como é facilmente compreensível, a tutela do cidadão contra o uso da informática não se justificava, nem se encontrava prevista, nas Constituições anteriores.

Direito comparado: I — Não parece existir consenso quanto à necessidade e oportunidade de incluir no texto constitucional uma referência expressa aos direitos do cidadão face à informática, até pela natureza fortemente “instável” do objecto de regulamentação (e que o risco de desactualização existe comprova-o à saciedade a evolução do artigo 35.º da nossa Constituição). Toma um caminho diferente daquele que foi trilhado pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional, a Constituição francesa, na qual não se torna possível encontrar qualquer menção ao uso da informática, continuando a vigorar aí, como é sabido, em matéria de direitos do homem, os princípios essenciais e genéricos constantes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, e do Preâmbulo da Constituição, de 27 de Outubro de 1946. O mesmo se passa em Itália, e em Inglaterra, não sendo possível encontrar neste último caso, e no *Human Rights Act* de 1998, qualquer referência aos direitos do cidadão face ao uso da informática. Diferentemente já se passam as coisas em Espanha, onde o artigo 18.º, n.º 4, da Constituição estabelece o seguinte: “A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a integridade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos”. Do mesmo passo, e depois de uma revisão constitucional, a Constituição grega consagra o direito à protecção dos dados pessoais no seu artigo 9.º-A, o mesmo sucedendo na Holanda, na Suécia, no Brasil, e outros textos constitucionais.

II — Merece particular atenção nesta matéria, e ao nível do direito constitucional alemão, o artigo 2.1 da Constituição (GG), que tutela o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. Esta disposição funciona como uma cláusula geral de tutela (consagra um direito geral de personalidade), subsidiária em relação às liberdades especialmente consagradas na Lei Fundamental, e que, precisamente pela natureza “abrangente” de que se reveste, garante também, segundo o Tribunal Constitucional alemão, a “protecção do indivíduo contra a recolha, armazenamento, utilização e transmissão dos seus dados pessoais sem restrições”, conferindo, de igual modo, a cada cidadão, a possibilidade de decidir sobre o abandono e a utilização dos seus dados pessoais. Segundo o mesmo Tribunal Constitucional, numa decisão que marcou a construção do direito à autodeterminação informativa (*Volkszählungs-Urteil BVerfGE* 65, 1, págs. 42 e segs.), a necessidade desta tutela resulta da possibilidade — permitida pelos meios técnicos actualmente disponíveis — de aceder rapidamente e sem limites de distância a uma grande quantidade de informação sobre dados de natureza pessoal, sobretudo nos casos em que se recorre a meios integrados de informação, sem que se torne possível ao titular desses dados exercer qualquer forma de controlo sobre a sua correcção e o seu uso. O recurso ou referência directa ao artigo 2.1 da GG apenas é possível à lei. A tutela do cidadão face à administração rege-se em primeira linha pela *Bundes-DatenschutzG* e pela *Landes-DatenschutzG*. Segundo SCHMALZ (*Grundrechte, AjS, Schriftenreihe, Juni 1984*, anotação ao artigo 2.1, §§ 480 e segs.) esta regulamentação é todavia imprecisa e pouco clara, pelo que se impõe uma interpretação conforme à Constituição mediante a utilização da já referida *Volkszählungs-Urteils*.

Direito Internacional e Comunitário: Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, integrado no Tratado de Amesterdão em 1999; Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, relativa à protecção das pessoas singulares face ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; Convenção da União Europeia que cria o serviço europeu de polícia (EUROPOL), de 6 de Julho de 1995; Directiva n.º 96/9/CE, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados; Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações; Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, sobre aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, designadamente do comércio electrónico no mercado interno; Directiva n.º 2002/53/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa à protecção de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas.

Doutrina: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in AA.VV., *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos. Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual*, Coimbra, 1999, págs. 9 e segs., e *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2001, págs. 45 e segs.; JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Informática, Liberdades e Privacidade* (artigo 35.º), in *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa, 1958; JOSÉ F. DE FARIA COSTA, *O Direito Penal, a Informática e a Reserva da Vida Privada*, in AA.VV., *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, págs. 303 e segs.; DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, I, anotação ao artigo 193.º, Coimbra, 1999; AGOSTINHO EIRAS, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, Coimbra, 1992; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993; JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa; JOSÉ A. S. GARCIA MARQUES, *Legislar sobre protecção de dados pessoais em Portugal (do artigo 35.º da Constituição à Lei n.º 10/91, de 29 de Abril)*, in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 8, 1993, págs. 37 e segs.; JOSÉ A. S. GARCIA MARQUES/LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, Coimbra, 2000; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa, 2000, ALBERTO MARTINS, *O Direito à Protecção dos Dados Pessoais Informatizados, Novos Direitos dos Cidadãos*, Lisboa, 1994, págs. 27 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000; HELENA ISABEL MONIZ, *Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática — o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde*, in RPCC, ano 7, Abril-Junho 1997, págs. 231 e segs.; PAULO DA MOTA PINTO, *A protecção da vida privada e a Constituição*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXVI, 2000, págs. 153 e segs.; MANUEL LOPES ROCHA, *Do Direito da Informática ao Direito da Informática em Portugal*, in AA.VV., *Direito da Informática. Legislação e Deontologia*, Lisboa, 1994; JOSÉ N. DA CUNHA RODRIGUES, *Informática e Reserva da Vida Privada*, in AA.VV., *Comunicação e Defesa do Consumidor*, cit., págs. 287 e segs.; SEABRA LOPES, *A identificação pessoal tratada por computador*, separata do BMJ, n.º 216, 1972; RABINDRA-

NATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001.

Jurisprudência: ParCC n.º 3/81; AcTC n.os 182/89 (inconstitucionalidade por omissão/informática), 135/90 (quotizações sindicais), 355/97 (informática/registos oncológicos), 256/02 (estatuto legal do defensor do contribuinte), 362/02 (higiene, segurança e saúde no trabalho/exames médicos), 368/02 (banco de dados sobre o estado de saúde dos trabalhadores), 207/03 (videovigilância nas salas de jogos), 306/03 (tratamento de dados sobre o estado de saúde dos trabalhadores).

Legislação: Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, sobre o número de identificação fiscal, modificado pelo Decreto-Lei n.º 266/91, de 6 de Agosto; Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, sobre a protecção de dados pessoais face à informática (revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro); Lei n.º 12/91, de 21 de Maio, sobre identificação civil e criminal [revogada, no que se refere à identificação criminal, pela alínea e) do artigo 28.º da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto]; Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, sobre criminalidade informática; Lei n.º 2/94, de 19 de Fevereiro, que vem estabelecer os mecanismos de controlo e de fiscalização do sistema de informação Schengen; Resolução da AR n.º 53/94, de 19 de Agosto, que contém o Regulamento da Comissão Nacional de protecção de dados pessoais informatizados; Lei n.º 28/94, de 29 de Agosto, que aprova medidas de reforço de protecção de dados pessoais (revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro); Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro, sobre a protecção de programas de computador; Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que procede à revisão do Código Penal, e que veio alterar significativamente o regime do artigo 193.º do Código Penal (crime de devassa por meio de informática); Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, que introduz alterações ao Código Penal, e modifica a redacção do seu artigo 221.º (*Burla informática e nas comunicações*); Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, sobre a protecção de dados pessoais (Rectificação: declaração de rectificação n.º 22/98, de 28 de Novembro); Lei n.º 68/98, de 26 de Outubro, que determina a entidade que exerce as funções de instância nacional de controlo, e a forma de nomeação dos representantes do Estado Português na instância comum de controlo, previstas na Convenção que cria um serviço europeu de polícia (EUROPOL); Lei n.º 69/98, de 26 de Outubro, sobre o tratamento de dados Conselho de Ministros n.º 95/99, de 25 de Agosto de 1999, que determina a disponibilização na Internet de informação detida pela Administração Pública; Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99, de 26 de Agosto de 1999, que estabelece regras relativas à acessibilidade a conteúdos de organismos públicos na Internet pelos cidadãos com necessidades especiais; Lei n.º 1/2000, de 16 de Março, que autoriza o Governo a transportar para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados; Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril (Rectificação: declaração de rectificação n.º 6-C/2000), que estabelece procedimentos de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e regras relativas aos serviços da sociedade de Informação; Decreto-Lei n.º 122/2000,

de 4 de Julho, relativo à protecção jurídica das bases de dados; transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados; Resolução do Conselho de Ministros n.º 114/2000, de 18 de Agosto, que estabelece o enquadramento institucional da actividade do Governo em matéria de Sociedade da Informação; Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, destinado a realizar a transposição da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho.

I — O artigo 35.º da Constituição garante o cidadão contra a recolha e o tratamento abusivo de dados informáticos de **natureza pessoal**, isto é, contra o uso abusivo de elementos que, de acordo com a formulação particularmente ampla do n.º 1 do artigo 35.º, “dizem respeito ao cidadão”. Também a Lei de Protecção dos Dados Pessoais (Lei n.º 86/98, de 26 de Outubro) parte, ou arranca, de um conceito muito abrangente de dados pessoais. Segundo o artigo 3.º deste diploma, integra a noção de dados pessoais, “qualquer informação, de qualquer natureza, e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, por referência a um número de identificação, ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”. Cabem assim neste conceito de dados pessoais, dados ou elementos informativos da mais variada natureza (sinais ou elementos de natureza não convencional, ou convencional, como é o nome da pessoa, dados de natureza biométrica, de que fazem parte a identificação da retina, das impressões digitais, e da geometria da mão, dados genéticos, entre tantos outros).

II — Em relação aos dados biométricos, hoje na ordem do dia pela importância crescente que têm vindo a assumir, e apesar de estarem sujeitos ao regime geral de tutela de dados pessoais, colocando problemas de vulnerabilidade, confiança, e respeito pela autodeterminação pessoal, idênticos ao de todos os outros dados pessoais, não pode deixar de se lembrar, que não só deixam ponderar a possibilidade de se qualificar a sua recolha como uma ofensa à integridade física do cidadão, como, por outro lado, têm de específico a conversão do elemento físico em que se consubstanciam numa imagem numérica depois de terem sido tratados por um algoritmo especialmente desenvolvido para este efeito, sendo proibida a posterior reversão.

III — A necessidade da tutela do indivíduo relativamente ao uso da informática faz-se sentir cada vez com mais premência tendo em conta as possibilidades de recolha e de armazenamento de informação relativa aos cidadãos

por parte de terceiros e dos próprios poderes públicos, e a facilidade e a velocidade de acesso e de cruzamento de todos esses dados. Têm-se vindo assim a alargar de forma assustadora as possibilidades de compressão dos direitos individuais ao nível dos circuitos informacionais, tornando justificado o receio da construção de um *Big Brother* no mais puro sentido *orwelliano* (designadamente onde está em causa a concentração de informação pelo Estado). É que, não só se corre o risco da recolha injustificada de dados susceptível de constituir por si só uma intromissão ilegítima na vida privada das pessoas (não tanto pela sua natureza, como pela desnecessidade ou natureza infundada dessa recolha), como esses dados podem ser dados capazes de ferir a esfera privada de cada um e de gerar desigualdades de tratamento e exclusão onde forem conhecidos ou divulgados sem limites. Tendo também que se ponderar e prevenir o risco, que foi acautelado autonomamente pelo n.º 5 desta disposição, de se conseguir obter, através da articulação de sistemas informativos e elementos de informação constantes de vários ficheiros, uma imagem completa da pessoa capaz de identificar todos os seus movimentos, os seus bens, as suas doenças, as suas crenças, em suma, todos os espaços mais recônditos da sua vida privada e pessoal.

IV — Nesta perspectiva de coisas, o direito que é consagrado no artigo 35.º é um direito de natureza negativa (*Abwehrrecht*), que permite que o indivíduo negue informação pessoal ou que se oponha à sua recolha e tratamento. Está em causa a tutela da reserva da vida privada da pessoa, a tutela do direito de estar só, de não revelar factos relativos a uma esfera íntima de vida, e que só a ela dizem respeito, independentemente dos factos ou elementos em apreço levados à praça pública poderem ser em concreto muito bem valorados (DE CUPIS dava, a propósito, o exemplo da figura pública que faz sacrifícios para manter um filho num colégio particular, ou que pratica actos de benemerência).

V — Mas a reserva da vida privada não é entendida apenas como liberdade negativa, aqui, no caso que nos ocupa, como possibilidade de oposição do sujeito ao uso da informação sobre si próprio, mas é também liberdade positiva, o “poder de supervisionar o uso da informação” que lhe diz respeito (AGOSTINHO EIRAS, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*). O artigo 35.º garante ao cidadão um *direito de autodeterminação informacional*. A autodeterminação individual pressupõe a liberdade de decidir sobre acções e omissões, e a possibilidade de actuar segundo a decisão tomada. Ora o exercício dessa liberdade supõe o conhecimento das circunstâncias em que se actua e se decide. Quem não pode aceder com a segurança necessária à infor-

mação que existe sobre si numa determinada área do seu mundo social, quem não tem o conhecimento pleno acerca do que os outros sabem de si, está formalmente limitado na sua capacidade de tomar decisões, e na sua liberdade de expressão e de informação. Uma ordenação social e uma ordenação jurídica da vida social perante as quais o cidadão não pode saber quem sabe de si, o que se sabe de si, e sobre que aspectos, não respeitam o direito de autodeterminação informativa. Nesta perspectiva, o artigo 35.º assume-se como um direito a uma acção positiva/prestação normativa por parte do Estado, vinculando-o a tomar medidas legislativas para a realização plena da autodeterminação da pessoa em face do uso da informática.

VI — O artigo 35.º vem reforçar a tutela que é garantida pelo artigo 37.º (*liberdade de expressão e de informação*) que estabelece no seu n.º 2, que “o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”, e de outras liberdades constitucionalmente consagradas, ao mesmo tempo que funciona como proibição de “ingerência” do Estado relativamente a dados de informação que pertencem originariamente ao próprio cidadão e de que ele não pode ser privado (artigo 34.º, n.º 4).

VII — O artigo 35.º contém uma imposição legiferante, tendo sido estabelecido expressamente pelo legislador constituinte que a tutela dos cidadãos relativamente à utilização da informática e o conteúdo dos seus direitos será definida pela “lei” e “nos termos da lei”. É à lei, mais precisamente à Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que veio assegurar a transposição da Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, sobre dados pessoais, que temos que ir buscar a definição das condições de legitimidade para a recolha e tratamento de dados, e os fundamentos para a limitação do direito de acesso e de informação do cidadão relativamente aos seus dados pessoais, o esclarecimento sobre as atribuições e competências da “entidade administrativa independente” a que se refere o n.º 2 do artigo 35.º, em suma, toda a regulamentação através da qual se torna possível o exercício da liberdade informacional constitucionalmente consagrada.

VIII — A Directiva n.º 95/46/CE e a Lei n.º 86/98, de 26 de Outubro, obrigam a comunicar à Comissão Nacional de Protecção de Dados toda a utilização de dados que não seja levada a cabo por pessoa singular no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas, salvo se existir uma exceção aprovada pela própria autoridade de controle. A Comissão Nacional de Protecção de Dados coloca então em registo público, acessível a todos, todas as comunicações que lhe são feitas.

...ades e Garantias

IX — Consagra-se um amplo **direito de acesso** do cidadão aos dados e registos informáticos que lhe dizem respeito, e que a partir da Revisão Constitucional de 1997 (artigo 35.º, n.º 6) passou a estender-se à rede informática de natureza pública (para uma definição de rede informática confira-se o artigo 2.º da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, sobre *Criminalidade Informática*).

X — Além do **direito de acesso**, e como forma de garantir efectividade a este direito, reconhece-se também ao titular dos dados o **direito de rectificação e de actualização** de todos os elementos de informação que lhe dizem respeito, e o **direito a ser informado** sobre a sua existência e "finalidade" a que se destinam (que é elemento essencial da legitimidade do tratamento dos dados, uma vez que só se justifica a colheita e o tratamento de informações relativas a qualquer aspecto da vida das pessoas em nome de um interesse determinado, e de forma proporcional e adequada à sua satisfação ou cumprimento). Estes direitos, como ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, integram os direitos fundamentais em matéria de defesa contra o tratamento informatizado de dados pessoais (*Habeas Data*) muito embora possam sofrer limitações de conteúdo em determinadas situações, e sob determinados pressupostos.

XI — A legitimidade da recolha dos dados pessoais depende sempre da existência de um interesse determinado e explícito, e constitucionalmente legítimo, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essa finalidade. Além disso, onde esteja em causa o interesse público, estes dados devem ser dados com relevância social ou geral, que se mostrem adequados ao cumprimento da intencionalidade própria do serviço ou entidade em causa. A este propósito, deixar-se-ia colocar a questão de saber se certo número de dados e pedidos de informação sistematicamente dirigidos aos cidadãos são adequados e pertinentes em relação ao fim que se pretende atingir, uma vez que parecerá relativamente indiferente a uma lógica estrita de identificação civil, por exemplo, o apuramento da altura do cidadão. Resulta ainda da necessária vinculação dos dados informáticos a uma finalidade explícita e definida, a **proibição de armazenamento de dados**, uma vez que não existe neste tipo de procedimento uma finalidade clara ou específica, pese embora se possa eventualmente admitir o depósito de informação relativamente ao cumprimento de objectivos de natureza estatística (em todo o caso, e essa será uma das razões que permite que o tratamento estatístico de dados mereça um tratamento diferenciado a vários níveis, trata-se sempre da utilização de dados de forma anónima e não individualizada).

XII — Relativamente às restrições ao direito de acesso e de informação dos cidadãos sobre os seus dados pessoais, elas encontram-se reguladas em

pormenor pela Lei de Protecção de Dados Pessoais, contando-se entre as causas mais relevantes de limitação destes direitos a **segurança do Estado** (tenha-se em conta o disposto no artigo 137.º, n.º 2, do Código de Processo Penal que estabelece que “o segredo de Estado a que se refere o presente artigo abrange, nomeadamente, os factos cuja revelação, ainda que não constitua crime, possa causar dano à segurança, interna e externa, do Estado português, ou à defesa da ordem constitucional) e a prevenção ou investigação criminal.

XIII — Importa fazer neste contexto uma referência ao Acordo de *Schengen* (1985), posteriormente integrado no Tratado de Amesterdão, que veio conferir a competência na luta contra o terrorismo à *Europol* (criada em 1998). O espaço *Schengen*, de que Portugal faz parte desde 1991, caracteriza-se pela abolição das fronteiras internas entre os países signatários e pela criação de *Schengen* de acordo com procedimentos idênticos (valem aqui regras comuns em matéria de vistos, de direito de asilo, e de controlo). Ora, como forma de conciliar o alargamento da liberdade de circulação dentro da União e as exigências colocadas em matéria de segurança, que redobraram de intensidade a partir do ataque do 11 de Setembro de 2001, chegando-se a falar de um direito positivo de protecção do cidadão relativamente ao Estado nesta matéria, considerou-se fundamental fazer acompanhar a abertura das fronteiras internas por uma melhor coordenação entre os serviços da polícia, das alfândegas e da justiça, e pela implementação das medidas necessárias para combater o terrorismo e a criminalidade organizada (tráfico de seres humanos e crimes contra crianças; tráfico de droga; tráfico de armas; corrupção e fraude). Foi com este objectivo que foi criado o sistema de informação *Schengen* (SIS), um sistema de informação complexo destinado a assegurar o intercâmbio de dados relativos à identidade das pessoas e descrição dos objectos procurados e que é alimentado pelos Estados membros graças a redes nacionais (N-SIS) ligadas a um sistema central (C-SIS). Esta rede informática é completada por uma outra rede (SISNET) que é um suplemento de informação solicitado à entrada nacional e que integra elementos sobre a imigração.

XIV — Como não poderia deixar de ser, estando em causa informação desta amplitude e desta natureza, impõem-se regras estritas de confidencialidade e no tratamento dos dados que só podem ser utilizados para a protecção e segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, e para garantir a aplicação das disposições da Convenção sobre a circulação das pessoas nos territórios das partes contratantes. Mas nem aqui, e confira-se o disposto no artigo 6.º da Lei n.º 2/94, de 19 de Fevereiro, que cria o centro de dados que serve o Sis-

tema *Schengen*, se exclui por completo o direito de acesso aos dados, mesmo embora ele tenha que ser exercido através da autoridade nacional de controlo (CNPD). Apenas onde a CNPD entender (artigo 11.º da Lei de Protecção dos Dados Pessoais) que a comunicação dos dados ao seu titular pode prejudicar a segurança do Estado é que se limitará a informar o titular dos dados das diligências efectuadas (conferir de igual modo o artigo 23.º da Lei de Protecção de Dados Pessoais que confere ao CNPD funções de representação e fiscalização no âmbito do sistema *Schengen* e *Europol*).

XV — A necessidade de prevenir a prática de crimes, a que também não fica alheia a regulamentação prevista pelo Acordo de *Schengen*, designadamente formas particularmente violentas de crime organizado e terrorismo, e de esclarecer e punir a prática de crimes, é outra das razões que pode levar a considerar justificada a recusa da informação e de acesso do cidadão aos seus dados pessoais.

XVI — Merece aqui uma referência o artigo 8.º da Lei de Protecção dos Dados Pessoais (*Suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais e contra-ordenações*), que se mostra susceptível de suscitar algumas questões particulares. É que a linearidade com que se deixa tratar a questão da compatibilidade entre o direito de autodeterminação informacional e a necessidade da prevenção de crimes, designadamente crimes violentos, capazes de colocar em perigo da forma mais violenta o Estado e a sobrevivência dos cidadãos, não permite disfarçar um mal estar evidente com a possibilidade da utilização legítima (pois em causa está a finalidade que se serve) por parte da polícia, de dados informativos que permitem o acesso aos espaços mais privados da vida das pessoas. Aqui retomar-se-ia a discussão sobre o uso que é dado aos dados biométricos, à informação contida nos exames genéticos feitos a recém nascidos e que podem ser utilizados mais tarde como meio de reconhecimento policial, ao rasto que deixa atrás de si o uso do cartão de crédito, e sobre o alcance informativo que permitem a televisão interactiva, a Via Verde da auto-estrada, o telemóvel, os dados fornecidos à Administração fiscal e hospitalar, etc., não parecendo completamente errado dizer-se que as exigências de segurança vão sacrificando um espaço cada vez mais vasto e atingindo um núcleo cada vez mais essencial da liberdade da pessoa.

XVII — Toca-se também aqui a difícil problemática do **segredo de justiça**, regulado nos artigos 86.º e segs. do Código de Processo Penal (que apenas cessa a partir da decisão instrutória ou do requerimento para abertura de instrução, ou, não tendo lugar um e outro, a partir do momento em que a instrução deixa de poder ser requerida). Nos dois pratos da balança encontram-se a

liberdade informacional do cidadão e a correcta realização da justiça, mos- trando-se particularmente difícil de escolher o critério segundo o qual hão-de ser equilibrados ou compatibilizados os interesses em confronto. Não há dúvida, e de que assim é nos dão provas os melhores ensinamentos da doutrina cons- titucional em sede de limites imanentes e colisão de direitos, que os direitos fun- damentais do cidadão não são garantidos sem limites de conteúdo, e que podem sofrer restrições ou limitações em nome de um outro interesse ou bem jurídico constitucionalmente tutelado. Também não haverá dúvidas de que o acesso do titular dos dados à informação contida no processo em fase de segredo de justiça pode prejudicar seriamente as finalidades a que ele se propõe. No entanto, também não fará sentido optar por uma proibição abstracta e abso- luta de conhecimento de toda a informação constante em ficheiros pessoais informatizados, tudo acabando por depender das circunstâncias do caso concreto, e da natureza da informação a que o titular dos dados pretende ter acesso.

XVIII — A este propósito, coloca-se evidentemente a questão de saber se estamos perante uma verdadeira colisão de direitos, perante a problemática da restrição de direitos fundamentais, ou antes perante uma hipótese de aclaramento de limites imanentes pela lei, entendidos não como formas de conflitualidade ao nível do tipo ou da norma de tutela, mas como expressão do desempenho da mais pura tarefa interpretativa pelo legislador. Tratar-se-ia tão só de considerar ou aceitar que mais do que o confronto entre dois direitos “completos”, ou dois âmbitos de tutela fechados, estaríamos perante a definição dos limites de um direito constitucionalmente consagrado em função das circunstâncias da conduta. E muito embora a ideia da restrição do direito seja a mais difundida, obrigando à ponderação entre a autodeterminação infor- macional do indivíduo e o interesse na realização da justiça, que não poderá ser feita em todo o caso com base numa solução abstracta e linear, mas que impõe também ela a averiguação das circunstâncias em que tem lugar a con- duta (pois que de outro modo a restrição seria ilegítima), não deixa de nos parecer possível considerar que, mais do que uma verdadeira justificação de uma determinada forma de actuação através de uma escolha orientada por uma ordem de valor entre interesses ou direitos, o que está em causa é a valoração inteira da conduta, que nos permitiria dizer que, em certos casos, o direito não é invocável, ou pura e simplesmente, não existe (o que tornaria dispensável uma hierarquização de interesses em sentido estrito). Em todo o caso, parece claro, que se o arguido num processo crime pretende saber se está conve- nientemente identificado no processo, não virá daí, do interesse em ver reve- lada essa informação, qualquer prejuízo consistente e relevante para o andamento do mesmo processo, e para a realização da justiça penal.

XIX — Por último, o direito de informação e de acesso aos dados pessoais é limitado no caso do tratamento de dados com finalidades estatísticas, históricas ou de investigação científica, sempre que a informação do titular dos dados se revelar impossível ou implicar esforços desproporcionados, ou ainda quando a lei determinar expressamente o registo dos dados ou a sua divulgação. A obrigação de informação também não se aplica ao tratamento de dados efectuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária. Dissipam-se, desta forma, pela consideração de outros motivos além do segredo de Estado e de justiça para a limitação do direito informacional do cidadão, todas as razões da crítica que considerava não existir fundamento bastante para apenas terem merecido tratamento constitucional autónomo as duas primeiras hipóteses, às quais, de resto, se eliminou a referência no texto constitucional.

XX — Coloca-se agora uma outra questão que diz respeito ao tratamento dos chamados “dados sensíveis”, a que se refere o artigo 35.^º, n.^º 3, da Constituição e o artigo 7.^º da Lei de Protecção de Dados. Consideram-se **dados sensíveis** os elementos de informação cujo tratamento informático, além de poder contender com a privacidade do sujeito, pode vir a dar origem a tratamentos desiguais ou discriminatórios. Também aqui se faz notar ou sentir a inexistência de direitos fundamentais “absolutos”, e sem restrições, uma vez que o direito de reserva sobre a intimidade da vida privada, como o próprio direito de autodeterminação informativa a que já nos referimos, não é garantido sem limites. Estando em causa um interesse público relevante, que reflexamente pode acabar por ser o próprio interesse do cidadão atingido pela revelação dos seus dados pessoais (o que, aliás, sucede no caso do segredo de justiça uma vez que a justiça justa é um direito fundamental do cidadão, mas que se torna ainda mais claro se pensarmos numa recolha de dados entre pessoas de idade avançada pela Segurança Social em ordem a dotar de assistência doméstica os idosos de fracos recursos) pode-se justificar a restrição ou limitação do direito, ponto é que, e essa exigência resulta claramente da lei, se assegure ou se garanta a não discriminação com base nesses dados (e o cumprimento das medidas de segurança previstas pelo artigo 15.^º da Lei de Protecção de Dados).

XXI — A Lei impõe ainda que em todos estes casos a recolha e o tratamento informático destes dados seja precedida de disposição legal ou autorização prévia pela Comissão de Protecção de Dados, a não ser que o titular do interesse tenha prestado o seu consentimento expresso nos termos previstos pelo seu artigo 3.^º De acordo com esta disposição, é considerado

consentimento “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento”.

XXII — São seguramente dados de informação sensível a maior parte dos dados de que dispõe a Segurança Social, sendo certo que os riscos de lesão de direitos fundamentais do cidadão que andam associados ao seu tratamento e uso são particularmente elevados, não só pela quantidade de informações que se processa, como atendendo às várias dimensões da vida privada das pessoas que se deixam conhecer. O cumprimento da função da Segurança Social realiza-se em parte através da recolha de dados sobre as dificuldades económicas e sociais das pessoas, por via da indagação do seu rendimento, dos seus problemas de saúde, das suas condições de trabalho, das pessoas em situação de dependência no seu agregado familiar, pelo que, sem colocar em risco o desempenho da sua tarefa social, deverá existir neste âmbito uma preocupação acrescida com a finalidade a que se dirige a colheita dos dados informáticos (manutenção rigorosa dentro do fim).

XXIII — Também são dados de informação sensível os dados relativos ao comportamento criminal do cidadão. Ainda de acordo com o artigo 8.º da Lei de Protecção de Dados (*suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais e contra-ordenações*) apenas é permitida a criação e manutenção de registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias por parte de serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal, com prévio parecer da CNPD (os responsáveis pelo tratamento destes dados devem observar medidas especiais de segurança nos termos do artigo 15.º da mesma Lei, enumerando este artigo uma série de mecanismos de controlo que em certos casos podem ser dispensados pela CNPD, onde a natureza das entidades responsáveis pelo tratamento, e o tipo das instalações em que é efectuado o tratamento dos dados o permita, e garantindo sempre o respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados).

XXIV — Proíbe-se o acesso aos dados pessoais de terceiros tal como o determina o artigo 35.º, n.º 4, da Constituição. O acesso ilícito a estes dados pessoais determina a responsabilidade civil do infractor a efectivar nos termos gerais (artigo 34.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais e artigos 483.º e segs. do Código Civil).

Garantias

XXV — A responsabilidade criminal do agente poderá efectivar-se de várias formas possíveis: desde logo, nos termos do artigo 44.º da *Lei de Protecção dos Dados Pessoais*, em todos os casos de acesso não autorizado a dados pessoais que tenham sido objecto de tratamento informático lícito (prisão até um ano ou multa até 120 dias); nos termos do artigo 193.º do Código Penal (cujo conteúdo de regulamentação foi deliberadamente reduzido pela Revisão de 1995 em ordem a evitar a sua sobreposição em relação aos crimes previstos nesta matéria pela *Lei da Protecção de Dados Pessoais*), onde esteja em causa o conhecimento de dados absolutamente insusceptíveis de registo informático, por isso mesmo, ilicitamente tratados. Isto é: o artigo 193.º do Código Penal proíbe e pune o **tratamento e utilização** não autorizados de dados referentes ao núcleo irredutível da vida privada da pessoa. Como afirma DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, I, artigo 193.º, § 9, este tipo legal pode-se ter por preenchido onde a conduta do agente se dirige ao “acesso a um ficheiro automatizado cujo conteúdo é constituído por dados individualmente identificáveis respeitantes a determinados *items* absolutamente proibidos”. Pode colocar-se a hipótese de um concurso entre a conduta prevista e punida pelo artigo 43.º da Lei de Protecção de Dados Pessoais (*Não cumprimento de obrigações relativas a protecção de dados*), mais concretamente a omissão do pedido de tratamento de dados, e o artigo 193.º do Código Penal, uma vez que a partir dessa omissão referente a dados sensíveis, o seu tratamento passa a ser absolutamente ilícito, e a preencher a factuidade típica desta incriminação.

XXVI — Também se pode colocar a hipótese de concurso com eventuais crimes informáticos constantes da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, sobre criminalidade informática, que prevê e pune, no seu artigo 7.º, o acesso ilegítimo a um sistema ou rede informática. Todavia, a punição é aqui sempre colocada na dependência da intenção do agente de alcançar para si ou para terceiro benefício ilegítimo.

XXVII — Há que distinguir o acesso por parte do “terceiro”, das situações de comunicação ilegítima dos dados a “terceiro”, que pode determinar a responsabilidade civil e criminal da entidade que procede ao tratamento dos dados. Confira-se o artigo 47.º (Violação do dever de sigilo).

XXVIII — A este propósito é interessante conferir o parecer que foi pedido à Comissão Nacional de Protecção de Dados (Parecer n.º 22/2001) relativo à legitimidade da comunicação a terceiros de dados de natureza pessoal constantes da base de dados do recenseamento eleitoral. Procede-se aqui a uma articulação

entre a proibição de acesso aos dados pessoais de terceiros e o princípio da finalidade a que também se refere o artigo 35.º da Constituição. Sobre este ponto, acabou por se considerar legítima a comunicação dos dados feita pelo STAPE Administração Local, sempre que demonstrassem existir uma autorização ou obrigação legal de comunicação, mas já não em relação a entidades/pessoas privadas (singulares ou colectivas), ou a outras entidades de natureza não administrativa, que apenas poderiam ter acesso à referida informação através de autorização excepcional por parte da CNPD (admite-se aqui, a título pontual, o desvio da finalidade inicial).

XXIX — Não poderíamos terminar esta anotação ao artigo 35.º, sem referir a proibição da concessão aos cidadãos de um número nacional único capaz de concentrar toda a informação relativa a uma só pessoa, e que chegou a estar previsto na Lei n.º 2/73, regulada pelo Decreto-Lei n.º 555/73, de 26 de Outubro (revogada, pelo menos na parte relativa a esta matéria, pela entrada em vigor da Constituição). Não parece todavia injustificado o receio de que, através da junção de toda a informação disponível em bancos de dados, designadamente os que pertencem aos vários serviços do Estado (pense-se, na quantidade e amplitude de informação de que dispõe a polícia, por todas as razões e fundamentos já referidos), se chegue exactamente ao mesmo efeito que se pretendeu evitar, tornando-se possível compor, através de dados e elementos diversificados, uma imagem completa da pessoa (a este propósito, parece-nos particularmente relevante o direito do cidadão, consagrado no artigo 13.º da Lei n.º 86/98, de 26 de Outubro, de não ficar sujeito a decisões jurídica e pessoalmente relevantes tomadas exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento).

XXX — Confira-se ainda, e a este propósito, o Decreto-Lei n.º 266/91, de 6 de Agosto, sobre o número fiscal, que estatui que ele se destina ao uso exclusivo do tratamento de informação em matéria fiscal, respeitando absolutamente no que se refere às pessoas físicas, as normas constitucionais que proíbem a atribuição de um número nacional único. Para garantir o imperativo constitucional, evita-se a transcrição do número do bilhete de identidade para o suporte magnético que contém os dados fiscais, e, nos casos de homonímia prevê-se o recurso à consulta manual, o que torna fisicamente impraticável o cruzamento através de meios informáticos de informação com outros ficheiros que tenham como chave de identificação o número do bilhete de identidade do cidadão.

Artigo 37.º
(Liberdade de expressão e informação)

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

Origem: é o texto original, com as alterações introduzidas nos n.os 1, 3 e 4 pela revisão constitucional de 1982 e no n.º 3 pela revisão de 1997.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.os 39 e 41, reuniões de 28-8 e 2-9/1975, págs. 1087 e segs. e 1144.

DAR, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, 2.º suplemento ao n.º 6, págs. 70(6) e segs., e 2.º suplemento ao n.º 80, pág. 1508(30), e 1.ª série, n.º 103, de 16 de Junho de 1982, págs. 4240 e segs.

Ibidem, 7.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 95, de 16/7/1997, pág. 3416.

Constituições anteriores: de 1822, artigo 7.º; da Carta Constitucional, artigo 145.º, § 3.º; de 1838, artigo 13.º; de 1911, artigo 3.º, n.º 13; de 1933, artigo 8.º, n.º 4, e § 2.º

Textos Internacionais Básicos: artigo 19.º da DUDH; artigos 19.º e 20.º do PIDCP; artigo 10.º da CEDH; artigo 11.º da C.D.F.U.E.

Direito comparado: 1.º aditamento à Constituição dos Estados Unidos; Constituições italiana, artigo 5.º; brasileira, artigo 5.º-IV; moçambicana, artigo 74.º; santomense, artigo 29.º; cabo-verdiana, artigo 47.º; timorense, artigo 40.º

Doutrina: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito de informação e tutela da honra no Direito penal português da imprensa*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*,

de imprensa, Coimbra, 1984; *as limitações decorrentes da sua função*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 37, 1987; *OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito à informação e direito ao espectáculo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, págs. 15 e segs.; *MIGUEL PEDROSA MACHADO, Crime de ofensa à memória de pessoa falecida*, *ibidem*, págs. 1 e segs.; *VITAL MOREIRA, O direito de resposta na comunicação social*, Coimbra, 1994; *ALFREDO GASPAR, O advogado e a sua liberdade de expressão nos tribunais*, Coimbra, 1994; *JÓNATAS MACHADO, Liberdade de expressão — Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, 2002; *JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, in *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares*, obra colectiva, Coimbra, 2002, págs. 615 e segs.; *Estudos de Direito da Comunicação*, obra colectiva, Coimbra, 2002; *J. A. TELLES PEREIRA, O segredo de justiça e a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra colectiva, Coimbra, 2003, págs. 769 e segs.

Jurisprudência: ParCC n.º 14/79; AcTC n.os 74/84, 81/84, 11/85, 185/85, 75/88 (expressões ofensivas em peças forenses), 9/86, 70/86, 201/86 (difusão de informação sonora), 248/86 (propaganda), 103/87 (polícias), 447/87 (crime de imprensa), 130/88 (cadáveres), 307/88 (inscrições em imóveis), 605/89, 245/90 (crimes de imprensa/Macau), 160/91 (cheque), 35/92, 56/92, 193/92 (acesso às actas), 429/93 (estabelecimentos fabris das forças armadas), 13/95 (direito de resposta), 631/95 (propaganda política), 636/95 (publicidade e propaganda), 113/97 (difamação/dolo eventual), 326/97, 254/98 (processo penal), 581/98 (processo civil), 742/98, 16/99 (radiodifusão), 54/99 (televisão nas regiões autónomas), 67/99 (abuso de liberdade de imprensa), 178/99 (difusão de sondagens), 254/99, 559/99, 185/03 (sanção disciplinar/órgão de partido político), 348/03 (publicidade proibida), 384/03 (magistrado/infracção disciplinar/liberdade de expressão).

I — A liberdade de expressão só se comprehende como liberdade de *expressão do pensamento* (daí a fórmula tradicional, também consagrada no n.º 1). Sem ela atinge-se o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1).

Mais especificamente, postulam-na a liberdade de consciência, religião e culto (artigo 41.º), a liberdade de criação cultural (artigo 42.º), a liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º). Assim como é condição do exercício de direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 1), do direito de manifestação (artigo 45.º, n.º 2), da liberdade de profissão (artigo 47.º), dos direitos de petição e de acção popular (artigo 52.º).

Por isso, encontra-se nela sempre uma vertente negativa — não sofrer impedimentos, nem discriminações (n.º 1, *in fine*) — e uma vertente positiva — o direito de expressão, pura e simplesmente, e de utilização dos meios adequados próprios do tempo presente. Envolve faculdades de exigir e faculdades de agir.

II — Direitos especiais de expressão vêm a ser o direito de resposta e de rectificação (n.º 4), os direitos de antena e de réplica política (artigo 40.º) e a liberdade de propaganda eleitoral [artigo 113.º, n.º 3, alínea a)], mas sobre-tudo — correlacionada com a liberdade de informação — a liberdade de imprensa (em sentido lato) ou liberdade de comunicação social.

Direitos de garantia são o direito à palavra (artigo 26.º, n.º 1) e a invio-n.º 1); e, noutra instância, a irresponsabilidade civil, criminal e disciplinar dos Deputados pelos votos e opiniões que emitam no exercício das suas funções (artigo 157.º, n.º 1).

Mas, quanto aos militares e agentes militarizados dos quadros permanen-rança, a lei pode estabelecer restrições na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções (artigo 270.º).

III — A liberdade de informação tem em vista, ao invés, a interiorização de algo externo: consiste em apreender ou dar a apreender factos e notícias e nela prevalece o elemento cognoscitivo. Compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado, correspondendo o exercício do primeiro direito a uma atitude activa e relacional, o segundo a uma atitude activa e pessoal e o terceiro a uma atitude passiva e receptícia.

Direitos especiais e positivos são o direito à informação jurídica (artigo 20.º, n.os 1 e 2), o direito de acesso dos cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito (artigo 35.º, n.º 1), o direito de serem esclarecidos objectivamente e de serem informados acerca da gestão dos assuntos públicos (artigo 48.º, n.º 2), o direito de os peticionários serem informados, em prazo razoável, sobre o resul-tado da apreciação das suas petições (artigo 52.º, n.º 1, 2.ª parte), o direito das comis-sões de trabalhadores nas empresas de receberem todas as informações necessá-rias ao exercício da sua actividade [artigo 54.º, n.º 5, alínea a)], o direito de informação dos consumidores (artigo 60.º, n.º 1), o direito dos cidadãos de serem informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento de processos em que sejam directamente interessados, bem como de conhecerem as resoluções definitivas que sobre elas sejam tomadas (artigo 268.º, n.º 1).

Enquanto que a liberdade geral de informação não tem (salvo no âmbito da comunicação social) destinatários ou sujeitos passivos predeterminados, os direi-tos especiais de informação postulam (excepto o relativo aos assuntos públicos) rela-ções bilaterais e têm como contrapartida deveres de prestação de facto.

IV — Os direitos de expressão e de informação exercem-se por qualquer meio: a palavra oral ou escrita, a imagem, o gesto [artigo 74.º, n.º 2, alínea h)],

o espectáculo, o filme e qualquer outro meio audiovisual, o ciber-espaco, o silêncio. Em qualquer circunstância. E em qualquer lugar, privado ou público.

Exercem-se perante o Estado e no interior de quaisquer organizações, associações e grupos, mesmo se problemas complexos de disciplina possam surgir em confissões religiosas e em partidos políticos.

V — Nenhum tipo e nenhuma forma de censura são admitidos: desde a censura prévia à proibição ou limitação da difusão de ideias ou imagens, ou à apreensão de jornais, de livros, de filmes, etc. A experiência histórica portuguesa, recente e remota, mostra *a contrario* o que significa existir ou inexistir censura.

A proibição vale, outrossim, nas relações entre particulares (artigo 18.º, n.º 1), com as modulações ou adaptações adequadas. Já não necessariamente no tocante aos condenados a penas ou a medidas de segurança privativas da liberdade, em virtude do sentido da condenação e das exigências próprias da respectiva execução (artigo 30.º, n.º 5).

VI — Isto tudo não significa, porém, que as liberdades de expressão e de informação não estejam sujeitas:

a) A concordância prática com outros direitos, designadamente com os direitos pessoais (artigos 25.º, n.º 1, e 26.º), estabelecendo a lei garantias efectivas, contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias (artigo 26.º, n.º 2).

b) A condicionamentos em lugares públicos (relativamente a afixação de cartazes ou a manifestações).

c) A regulamentação legislativa (conforme o artigo 38.º logo prevê) ou derivada do Direito da União Europeia (como sucede com o comércio eletrónico).

d) A restrições impostas pelo segredo de justiça (artigo 20.º, n.º 3), pelo segredo de Estado [artigos 156.º, alínea d), *in fine*, e 164.º, alínea q)] e pelo estatuto de certas categorias de pessoas (artigo 270.º).

Assim como, no plano da organização política, há limites à expressão dos titulares de cargos políticos, quando em períodos eleitorais, para efeito de imparcialidade perante as candidaturas [artigo 113.º, n.º 3, alínea c)].

VII — As infracções cometidas no exercício das liberdades de expressão e de informação envolvem, em razão da sua gravidade, responsabilidade penal umas vezes e outras vezes contra-ordenacional.

Ainda para salvaguarda da liberdade, o n.º 3 prevê uma dupla garantia. Garantia substantiva: sujeição aos princípios gerais de Direito criminal ou do

ilícito de mera ordenação social, o que, por exemplo, veda a existência de um regime especial de crimes de liberdade de imprensa. Garantia adjectiva: a julgamento das infracções criminais pelos tribunais judiciais — que nunca podem ser tribunais com competência exclusiva para o seu julgamento (artigo 209.º, n.º 4) — e apreciação das contra-ordenações por autoridade independente (artigo 267.º) com possibilidade de recurso da decisão, nos termos gerais, para os tribunais.

VIII — O direito de resposta e o direito de rectificação melhor ficariam no artigo 38.º, por ser sobretudo no campo da comunicação social que têm mais frequente e mais significativa aplicação.

O direito de resposta é um específico direito de expressão frente a outro direito de expressão: garante o direito ao bom nome e reputação contra afirmações ou referências, ainda que indirectas, que o possam afectar. O seu exercício não exclui acção de responsabilidade civil ou criminal por difamação, injúria ou calúnia.

Evidentemente, direito de resposta é também o direito de contestação a opiniões alheias, seja na comunicação social, seja em reuniões ou assembleias, mas aqui (salvo tratando-se de assembleias políticas com as respectivas normas regimentais) vale o regime geral da liberdade de expressão.

Por seu turno, o direito de rectificação reporta-se ao direito de informação e tem por objecto corrigir afirmações ou referências menos verdadeiras ou erróneas.

Artigo 38.º

(Liberdade de imprensa e meios de comunicação social)

1. É garantida a liberdade de imprensa.

2. A liberdade de imprensa implica:

- a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;
- b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção;
- c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.

3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.

4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.

5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão.

6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.

Origem: o texto original, embora só se mantendo intocado o n.º 1; os restantes números foram alterados pelas revisões de 1982 e de 1989 e, quanto ao n.º 2, alínea a) pela revisão de 1997.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.º 39, págs. 1094 e segs., e n.º 41, pág. 114.

DAR, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, 2.º suplemento ao n.º 80, págs. 1508(30) e segs.; suplemento ao n.º 98, págs. 1878(13) e segs.; suplemento ao n.º 109, págs. 2022(3)-2022(4) e 2022(9); 2.º suplemento ao n.º 111, pág. 2058(22); 2.º suplemento ao n.º 124, págs. 2230(3) e segs., e suplemento ao n.º 132, págs. 2378(2) e segs. e 2378(13); e 1.ª série, n.º 125, de 23/7/1982, págs. 5286 e segs.;

Ibidem, 5.ª legislatura, 1.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.os 12-RC, 13-RC e 14-RC, págs. 332 e segs., 364 e segs., e 392 e segs., respectivamente; 2.ª sessão legislativa, n.os 72-RC, 73-RC e 74-RC, págs. 2173 e segs., 2198 e segs. e 2216 e segs., e 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.os 70, 71 e 78, de 26 e 27/4 e 5/5/1989, págs. 3340 e segs., 3420 e segs. e 3432 e segs., e 3814, 3815 e 3829-3830, respectivamente;

Ibidem, 7.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, n.º 95, de 16/7/1997, págs. 3416 e segs.

Constituições anteriores: de 1822, artigo 8.º; Carta Constitucional, artigo 145.º, § 3.º; Constituição de 1838, artigo 13.º; Constituição de 1911, artigo 3.º, n.º 13; Constituição de 1933, artigo 8.º, n.º 4 e § 2.º, e artigo 21.º

Direito comparado: Constituições dos Estados Unidos, 1.º aditamento; italiana, artigo 21.º; alemã, artigo 5.º; espanhola, artigo 20.º; brasileira, artigo 5.º, IV e XIV; santomense, artigo 30.º; cabo-verdiana, artigo 47.º; polaca, artigo 54.º

Doutrina: NUNO E SOUSA, *A liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984; JORGE WEMANS, *Os jornalistas perante o segredo de justiça e o sigilo profissional*, in *Jornadas de Processo Penal*, 1987; JORGE MIRANDA, *Televisão e confissões religiosas*, in *O Direito*, 1990, págs. 205 e segs., e *Serviço público de televisão e regiões autónomas*, *ibidem*, 1993, págs. 229 e segs.; RICARDO LEITE PINTO, *Liberdade de imprensa e vida privada*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1994, págs. 27 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA e PAULO OTERO, *O regime de transporte e difusão do sinal de televisão*, *ibidem*, págs. 409 e segs.; JORGE GASPAR, *O Estado e o serviço público de rádio e de televisão*, in *Polis*, n.º 3, Abril-Junho de 1995, págs. 77 e segs.; COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal — Uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, 1996; JOSÉ ALEXANDRINO, *O estatuto constitucional da actividade de televisão*, Coimbra, 1998; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Conflito entre a liberdade de imprensa e a vida privada*, in *AB UNO AD Omnes — 75 anos da Coimbra Editora*, obra colectiva, Coimbra, 1998, págs. 1123 e segs.; JOSÉ FARIA E COSTA, *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra, 1998; o n.º 15/16 da *Sub Judice*, Junho-Dezembro de 1999; LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, Coimbra, 2000; ANTÓNIO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, *Direito da Comunicação Social*, Lisboa, 2003; MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito da informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Coimbra, 2003; ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *Sobre a liberdade de imprensa no Portugal de Abril*, in *Liber Amicorum Francisco Salgado Zenha*, obra colectiva, Coimbra, 2003, págs. 469 e segs.

Jurisprudência: ParCC n.º 26/77, 27/79, 28/79; AcTIC n.º 787 (Crime de difamação Penal), 13/95 (direito de resposta), 49/95 (crimes de imprensa), 60/95, 24/99 (concessão administrativa), 113/97 (difamação/dolo eventual), 64/99, 74/99, 1999 (difusão), 54/99 (televisão nas regiões autónomas), 67/99 (abuso de liberdade de imprensa), 178/99 (difusão de sondagens), 254/02 (lei da televisão), 201/04 (abuso de liberdade de imprensa, prova da verdade das imputações).

I — Imprensa está aqui tomada em sentido lato, compreendendo a imprensa escrita e quaisquer outros meios de comunicação social. As formulações revelam, de resto algumas oscilações.

Seja como for, liberdade de imprensa ou liberdade de comunicação social congloba a liberdade de expressão e a liberdade de informação, com quatro notas distintivas:

- A pluralidade de destinatários, o carácter colectivo ou de massa, sem reciprocidade.
- O princípio da máxima difusão (ao contrário da comunicação privada ou correspondência, conexa com a reserva da intimidade da vida privada e familiar).
- A utilização de meios adequados — hoje, a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética.
- A relevância do estatuto dos seus operadores, os jornalistas.

II — A liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado são individuais, ainda quando exercidos colectiva ou institucionalmente. Já o direito de informar tanto pode ser individual quanto institucional. Mas a liberdade de comunicação social, essa apresenta-se, necessariamente, institucional, visto que pressupõe organização (e organização de empresa), ainda que dependa sempre de actividade de pessoas individualmente consideradas (os jornalistas, os colaboradores, e até os leitores, os ouvintes, os telespectadores).

A liberdade de expressão e a liberdade de informação, na sua tríplice face, situam-se *de pleno* no campo dos direitos fundamentais. A liberdade de comunicação social é ambivalente: envolve um feixe de direitos e trazem-se, ao mesmo tempo, num fenómeno de poder, de poder de facto.

Por isso se comprehende o tratamento em dois artigos: no artigo 37.º, em que prevalece uma postura liberal clássica; e no artigo 38.º, em que — más na rádio e na televisão do que na imprensa escrita — se prevêem formas de controlo interno e intervenções legislativas para salvaguarda do pluralismo democrático.

III — Perante a informação, na perspectiva da comunicação social, ressaltam nítidas as diferenças de posições dos cidadãos em geral e dos jornalistas em particular.

Quanto aos cidadãos em geral, aquilo que sobretudo importa é o direito de se informar e o direito de serem informados. Diversamente, nos jornalistas, que são os profissionais da informação, não se afigura possível dissociar esses direitos e o direito de informar: verifica-se uma conjugação, uma interpenetração, ou, de certa maneira, uma tensão dialéctica entre esses três aspectos.

Nos cidadãos em geral, o direito de se informar surge, antes de mais, como um direito negativo, o direito de não terem impedimentos, ou de não sofrerem sanções por procurarem informação. Para os jornalistas, não é apenas um direito negativo; é também um direito positivo, e nesta dupla vertente justamente vai encontrar-se o direito de acesso às fontes de informação (como pressuposto do direito de se informar) para depois poderem informar.

O direito de informar manifesta-se, outrossim, de modo diferente nos cidadãos e nos jornalistas. Naqueles vai a par, ou manifesta-se em conjunto com a liberdade de expressão. Nos jornalistas é muito mais do que isso: é um direito de expressão e um direito de criação; e é um direito oponível não só ao Estado mas ainda à empresa de comunicação social em que trabalhem.

IV — Bastante complexo, este artigo 38.º contém:

- Regras gerais sobre todos os meios de comunicação social [n.º 1, 2, alíneas a) e c), 3, 4 e 6]; regras só para a imprensa escrita [n.º 2, alínea c)] e regras só para a rádio e a televisão (n.os 5 e 7).
- Regras gerais para quaisquer órgãos de comunicação social [n.os 1 e 2, alíneas a) e b)]; regras apenas para o serviço público e para os órgãos de comunicação públicos (n.os 5 e 6) e regras apenas para os órgãos de comunicação privada [n.os 2, alínea c), 3, 4 e 7].

Assim como afi se encontram:

- Direitos comuns a todos os cidadãos [n.os 1 e 2, alínea c)]; direitos dos jornalistas e colaboradores [n.º 2, alínea a), 1.ª parte]; direitos só dos jornalistas [n.º 2, alínea a), 2.ª parte, e alínea b)].
- Liberdades [n.º 2, alíneas a) e b), 1.ª parte]; direitos de participação [n.º 2, alínea a), 2.ª parte, e alínea b), 3.ª parte]; e garantias [n.º 2, alínea b), 2.ª parte, alínea c), 2.ª parte, e n.º 4].
- Garantias institucionais [n.º 2, alínea b), *in fine*, e n.º 5].

V — A liberdade de expressão e criação de jornalistas e colaboradores é uma liberdade *externa*, mera manifestação da liberdade do artigo 37.º e do direito de criação cultural do artigo 42.º, e uma liberdade *interna* ou livre exercício da actividade jornalística no âmbito dos jornais e das estações de rádio e

Por seu turno, a liberdade interna compreende quer uma vertente *positiva* quer uma vertente *negativa*, a qual consiste em eles não poderem ser constrangidos a transmitir informações que não considerem verdadeiras ou opiniões que não sejam as suas. A protecção da independência profissional [n.º 2, alínea b), 2.ª parte] é uma garantia desta liberdade e justifica um regime de incompatibilidades, além de estabilidade no emprego.

Com esse direito dos jornalistas, conjugam-se:

a) A existência de um director de jornal (ou de um director de informação e de programas na rádio e na televisão), passível de responsabilidade civil e criminal quanto a escritos, declarações ou imagens a que se não oponha (artigos 19.º, 20.º e 29.º da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro).

b) A existência de um estatuto editorial, definidor da natureza e da orientação que o órgão adopta, imposto por um princípio de transparéncia e de respeito pelo direito dos cidadãos à informação, definidor da natureza e da orientação adoptada pelo órgão de comunicação social (artigo 17.º).

Em plano diferente, situa-se a gestão administrativa e financeira da entidade titular da propriedade.

VI — Consagrado pela Assembleia Constituinte por reacção às tentativas de domínio de tipógrafos e outros trabalhadores ocorridas em 1975 (casos da Rádio Renascença e do jornal *República*), o direito de intervenção dos jornalistas na orientação editorial dos órgãos de comunicação manifesta-se, depois, na sua actividade de informação. Não significa, porém, poder de decisão.

Os órgãos de natureza doutrinária ou confessional ficam excluídos do exercício deste direito. Se assim não fosse, pôr-se-ia em causa a liberdade de expressão dos que criam órgãos de comunicação com vista à defesa de certa concepção filosófica ou ideológica (designadamente, partidos) ou de certa concepção religiosa (Igrejas e outras comunidades religiosas).

Até à revisão constitucional de 1997, também o artigo 38.º afastava os jornalistas da orientação editorial de órgãos de comunicação pertencentes ao Estado; o desaparecimento de jornais estatizados terá levado à supressão desse inciso; todavia, ele continua a fazer todo o sentido no serviço público de rádio e de televisão, em nome da garantia da possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião (n.º 6, *in fine*).

VII — Pelo contrário, o direito de eleger conselhos de redacção é exigível em qualquer órgão de comunicação, seja qual for a sua natureza ou a sua dimensão (sendo questionável o requisito de certo número de jornalistas para poder ser exercido).

Através dos conselhos de redacção, os jornalistas intervêm na designação dos directores (ou dos directores de informação e programas) e no tratamento de questões deontológicas e disciplinares.

VIII — Direito também de todos os jornalistas vem a ser o de acesso às fontes de informação, ou seja, aos factos, às situações, às notícias, às opiniões susceptíveis de tratamento jornalístico.

Ele abrange, por certo, quaisquer órgãos e serviços da Administração pública, em todas as modalidades, e quaisquer entidades privadas que exerçam poderes públicos. E abrange ainda, dentro de balizas de razoabilidade, os órgãos judiciais, salvo segredo de justiça (artigo 20.º, n.º 3), e os órgãos políticos, salvo segredo de Estado [artigo 164.º, alínea q), 2.ª parte]. Pelo contrário, não abrange os particulares, a não ser que estes dêem autorização ou colaboração.

IX — A criação de órgãos de comunicação social segue regimes diferentes conforme se trate de jornais ou de estações de rádio ou de televisão.

No primeiro caso, a regra é de liberdade, sem dependência de autorização, caução ou habilitação prévia [n.º 2, alínea c)]. No segundo caso — desde logo, pelas limitações do espaço radioeléctrico e por todas as implicações políticas e financeiras — a de licença, a conferir por concurso (n.º 7).

X — Nos n.os 3 e 4, traçam-se as coordenadas do regime jurídico das empresas de comunicação social, com vista a assegurar o pluralismo inerente ao regime democrático e que é, ele próprio, uma garantia de liberdade de expressão e informação dos jornalistas e dos cidadãos em geral:

a) Divulgação, com carácter genérico, da titularidade e dos meios de financiamento, a fazer por meio de registo prévio, obrigatório e de acesso público (artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 2/99) e, quanto às empresas constituídas sob a forma de sociedades anónimas, pela prescrição da natureza nominativa das acções (artigo 16.º, n.º 1).

b) Regra da especialidade, o que significa que somente são admissíveis empresas de comunicação social constituídas especificamente para esse fim.

c) Tratamento não discriminatório.

d) Impedimentos de concentração, designadamente através de participações múltiplas e cruzadas.

À quarta destas regras ainda não foi dada exequibilidade, verificando-se, por conseguinte, constitucionalidade por omissão.

XI — O n.º 5 cuida das empresas do sector público — sejam do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais — impondo como regras bási-

cas e complementares a garantia da independência perante os respectivos órgãos e a possibilidade de expressão e cumprimento das diversas correntes de opinião,

XII — Excepto, porventura, as publicações culturais e científicas (efr. artigo 73.º, n.º 2), os órgãos de comunicação social não têm direito a apoio do Estado. Mas, a haver apoio — por exemplo, a jornais e a estações de rádio locais ou regionais — ele não pode ser discriminatório (n.º 4).

XIII — Serviço público de rádio e de televisão (n.º 5) e sector público de comunicação social (n.º 6) não têm de coincidir *a priori*. Todavia, afigura-se difícil impor aos órgãos de comunicação privados, sem adequadas compensações, os encargos advinientes do serviço público; a efectivação de direitos de antena em períodos eleitorais (artigo 40.º, n.º 3) é excepcional.

Da Constituição inferem-se logo algumas das obrigações do serviço público: desde os tempos de antena dentro e fora de períodos eleitorais (artigo 40.º) à difusão internacional da língua portuguesa [artigo 9.º, alínea f)], à promoção do acesso dos cidadãos à fruição cultural (artigo 73.º, n.º 3) e dos filhos de emigrantes à língua e à cultura portuguesa [artigo 74.º, n.º 2, alínea i)], à protecção da linguagem gestual [artigo 74.º, n.º 1, alínea h)] e à defesa e promoção, em geral, da cultura portuguesa no estrangeiro [artigo 78.º, n.º 2, alínea d)].

As leis da televisão e da rádio concretizam-nas e acrescentam obrigações de programação adequada a diferentes níveis etários e culturais, de divulgação de informação de interesse geral e de realização de tempo de emissão pelas confissões religiosas (artigo 47.º da Lei n.º 4/2001 e artigo 47.º da Lei n.º 32/2003, de 23 de Fevereiro e 22 de Agosto, respectivamente).

XIV — Problema discutível é o de saber se a lei pode impor a publicação ou a emissão de notas oficiais aos órgãos de comunicação social, públicos ou privados. A Constituição não o prevê, ao contrário do que sucedia com a Constituição de 1933.

Em geral, deve dar-se uma resposta negativa. Todavia, em determinadas situações de premente necessidade pública, ligadas à política externa ou à defesa nacional, parece admissível uma resposta positiva, contanto que as notas sejam de dimensão razoável e não sirvam finalidades de contraditório político interno. Nesses casos, poderá justificar-se tal restrição à liberdade editorial dos órgãos de comunicação social (não à liberdade de expressão dos jornalistas, que poderão sempre comentá-las e criticá-las).

Artigo 39.º

(Regulação da comunicação social)

1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social:

- a) O direito à informação e a liberdade de imprensa;**
- b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social;**
- c) A independência perante o poder político e o poder económico;**
- d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;**
- e) O respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social;**
- f) A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião;**
- g) O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.**

2. A lei define a composição, as competências, a organização e o funcionamento da entidade referida no número anterior, bem como o estatuto dos respectivos membros, designados pela Assembleia da República e por cooptação destes.

Origem: provém da revisão constitucional de 2004, embora remontando a 1976.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.os 40 e 41, de 30/8 e 2/9/1975, págs. 1117 e segs. DAR, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 10, págs. 176(23) e segs.; suplemento ao n.º 98, págs. 1878(20) e segs.; 2.º suplemento ao n.º 111, págs. 2058(22) e segs.; e suplemento ao n.º 124, págs. 1230(6) e segs.; e 1.ª série, n.os 125 e 128, de 23 e 28/7/1982, págs. 5294 e 5406 e segs.

Ibidem, 5.ª legislatura, 1.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.º 14-RC, págs. 422 e segs.; 2.ª sessão legislativa, n.os 74-RC e 104-RC, págs. 2223 e segs. e 2949 e segs.; e 1.ª série, 2.ª sessão legislativa, n.º 71, de 27/4/1989, págs. 3388 e segs., 3425 e segs. e 3432 e segs.

Ibidem, 7.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 95, de 16/7/1997, págs. 3422 e segs.

Ibidem, 9.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.os 5, 9 e 10-RC, págs. 159 e segs., 292 e segs. e 301 e 302, respectivamente; e 1.ª série, n.º 78, de 23/4/2004, págs. 4239 e segs. e 4247.

Jurisprudência: ParCC n.os 12/80, 22/80, 16/81; AcTC n.os 8/83, 461/87 (orçamento), 438/89, 200/90 (centros regionais da RDP e da RTP), 13/95 (direito de resposta), 505/96 (Alta Autoridade para a Comunicação Social), 742/98 (direito de antena), 254/02 (lei da televisão).

- I — A regulação (hetero-regulação) da comunicação social com vista a assegurar o pluralismo ideológico e outros interesses constitucionalmente relevantes é uma das áreas em que as normas constitucionais têm ostentado maior instabilidade, com sucessivos órgãos chamados a desempenhar essa tarefa:
- primeiro, no texto de 1976, os *conselhos de informação*, a integrar proporcionalmente por representantes indicados pelos partidos representados na Assembleia da República, mas com funções restritas aos órgãos de comunicação social pertencentes ao Estado ou a entidades sujeitas ao seu controlo económico (artigo 39.º, n.os 3 e 4);
 - a seguir, em 1982, o *Conselho de Comunicação Social*, que recebeu ainda o poder de emitir parecer sobre a nomeação e a exoneração dos directores daqueles órgãos de comunicação social, e cujos membros eram eleitos pela Assembleia da República por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções [artigos 39.º e 166.º, alínea v];
 - depois, em 1989, a *Alta Autoridade para a Comunicação Social*, com competência alargada à defesa da independência de todos os órgãos de comunicação social, públicos e privado, perante os poderes político e económico e à emissão de parecer sobre o licenciamento de estações privadas de televisão, e com membros, uns designados pela Assembleia da República e pelo Governo e, outros, representativos da opinião pública, da comunicação social e da cultura (artigo 39.º);
 - agora, uma entidade pública independente (cfr. artigo 267.º, n.º 3) inominada.

II — Considerando os objectivos constantes do n.º 1, a regulação há-de ser, nuns casos, meramente externa [alíneas b), c) e g)] e, noutras casos, interna, atinente a conteúdos [alíneas a), d), e) e f)].

Novas competências em confronto com as dos órgãos antecedentes são as relativas à não concentração da titularidade dos meios de comunicação social (artigo 38.º, n.º 4, *in fine*) e ao respeito dos direitos, liberdades e garantias pessoais (aqui, em sentido restrito, circunscritos os direitos dos artigos 25.º e 26.º).

III — O n.º 2 remete para a lei a definição da composição, da competência, da organização, do funcionamento e do estatuto dos membros — sendo estes, em parte, eleitos pela Assembleia da República e, em parte, cooptados pelos primeiros (à semelhança dos juízes do Tribunal Constitucional).

Essa lei carece de aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (artigo 168.º, n.º 6), e à mesma maioria está sujeita a eleição dos membros [artigo 163.º, alínea h)].

IV — Problema que pode suscitar-se (e que poderia já suscitar-se a propósito dos órgãos anteriores) é o de saber se a intervenção de uma entidade abrange também os períodos eleitorais.

Considerada a especialíssima relevância destes períodos e o realce que a Constituição confere às campanhas eleitorais (artigo 113.º, n.º 3), é plausível entender que, relativamente às campanhas eleitorais, o órgão competente continue a ser a Comissão Nacional de Eleições, mesmo se não constitucionalizada.

V — A Alta Autoridade mantém-se em funções até à tomada de posse dos membros do novo órgão (disposição transitória).

Artigo 40.º

(Direitos de antena, de resposta e de réplica política)

1. Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão.

2. Os partidos políticos representados na Assembleia da República, e que não façam parte do Governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas.

3. Nos períodos eleitorais os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei.

Origem: o n.º 1 remonta ao texto originário, com alterações de 1982, 1989 e 1997; o n.º 2, aditado pela revisão constitucional de 1982, sofreu alterações em 1989; o n.º 3, remonta ao texto originário, tendo sofrido alterações em 1982 e 1989, bem como uma mudança terminológica em 2004.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.os 40, 41 e 131, de 30/8 e 2/9/1975 e 1/4/1976, págs. 1117 e 1127 e segs., 1143 e 1144 e 4372.

DAR, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 10, págs. 176(23) e segs.; suplemento ao n.º 98, págs. 1878(26) e segs. e 1878(30); 2.º suplemento ao n.º 111, pág. 2058(29) e suplemento ao n.º 124, págs. 2230(11)-2230(12); e 1.ª série, n.º 115, de 8/7/1982, págs. 4781 e segs.

Ibidem, 5.ª legislatura, 1.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.º 14-RC, págs. 426 e segs.; e 2.ª sessão legislativa, n.os 15-RC, 74-RC e 96-RC, págs. 436 e segs., 2240 e segs. e 2785 e segs. e 3607 e 3608.

Ibidem, 7.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 95, de 16/7/1997, págs. 3416 e segs.

Direito comparado: Constituições brasileira, artigo 17.º, § 3.º; cabo-verdiana, artigo 57.º

Doutrina: BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O direito de antena eleitoral*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, I, Coimbra, 1996, págs. 573 e segs.; BLANCO DE MORAIS, *Liberdade religiosa e direito de informação — O direito de antena as confissões religiosas e o serviço público de televisão*, ibidem, II, 1997, págs. 239 e segs.

Jurisprudência: ParCC n.os 28/79, 28/80; AcTC n.os 9/86, 17/86, 264/86, 125/87 (direito de antena), 438/89, 630/98 (concursos/publicitação), 742/98, 418/99 (lei eleitoral).

I — Liberdade de expressão requer possibilidade de expressão. Requer possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião (de novo, artigo 38.º, n.º 6). Daí, nos meios audiovisuais (pela natureza das coisas) a consagração constitucional do direito de antena.

No entanto, se a localização do n.º 1 faz inteiro sentido, já a dos n.os 2 e 3 é, no plano sistemático, incorrecta: o n.º 2 melhor ficaria no artigo 114.º, sobre direito de oposição, e o n.º 3 do artigo 113.º, sobre princípios gerais de direito eleitoral.

II — São nítidas as diferenças entre os três números.

No n.º 1, trata-se do direito de antena em geral; no n.º 2, do direito de antena inerente à Oposição; no n.º 3, de direito de antena especial em razão das eleições e por força do paralelismo entre ambas as figuras (artigo 10.º, n.º 2), necessariamente também em razão dos referendos nacionais e regionais.

No n.º 1 e no n.º 2, o direito de antena pode exercer-se a todo o tempo.

No n.º 3, só em períodos de campanhas eleitorais e referendárias.

No n.º 1, titulares do direito são todos os partidos legalmente constituídos e diversas organizações da sociedade civil, devendo entender-se que o seu elenco não é taxativo, podendo a lei acrescentar outras organizações como, por exemplo, as confissões religiosas. No n.º 2 são os partidos representados na Assembleia da República e, em cada região autónoma representados nas respectivas Assembleias Legislativas que não façam parte do Governo (da República ou regional). No n.º 3 são os concorrentes às eleições, ou seja, as candidaturas, bem como partidos e grupos de cidadãos que intervenham nas campanhas referendárias.

No n.º 1 e no n.º 2, o rateio dos tempos de antena faz-se segundo critérios de representatividade. No n.º 3, em obediência aos princípios de liberdade e igualdade eleitorais [artigo 113.º, n.º 3, alíneas a) e b)], segundo critérios igualitários — “tempos de antena regulares e equitativos”.

III — A representatividade de cada partido afere-se pela sua representatividade eleitoral — quer dizer, para o efeito do n.º 1, pelo número de votos obti-

dos nas últimas eleições gerais para a Assembleia da República, e para o efeito do n.º 2, consoante os casos, pelo número de votos obtidos nas últimas eleições para essa Assembleia ou para a Assembleia legislativa regional. Eventuais alterações, decorrentes da saída de qualquer Deputado do partido por que tenha sido eleito [artigo 160.º, n.º 2, alínea c)], são irrelevantes.

Quanto aos partidos entretanto constituídos de novo e quanto às organizações da sociedade civil, cabe à lei estabelecer fórmulas adequadas com vista à efectivação do direito.

IV — No n.º 1 estão em relação, em dialéctica, os partidos, todos, uns com os outros. No n.º 2, os partidos da Oposição e o Governo.

Por isso, o direito de antena da 1.ª parte do n.º 2 não exclui, antes acresce ao direito de antena do n.º 1. E ele regula-se, primeiro, concedendo aos partidos da Oposição um tempo global equivalente àquele de que goza o Governo e, depois, concedendo a cada partido um tempo em razão da sua representatividade própria.

Já no direito de resposta e de réplica política, de carácter circunstancial, em confronto poderão estar frente a frente Governo e apenas este ou aquele partido.

V — O direito de antena nos n.os 1 e 2 exerce-se no serviço público de rádio e televisão. No n.º 3 em qualquer estação emissora de rádio e de televisão, pública ou privada, o que traduz uma restrição à actividade das empresas proprietárias justificada pelo superior interesse público da formação da vontade popular.

VI — Porque tudo se situa no domínio da liberdade de expressão, as infracções cometidas no seu exercício não podem deixar de ficar submetidas aos princípios gerais referidos no artigo 37.º, n.º 2.

Isso não impede, no entanto, o legislador eleitoral de tipificar violações de seriedade dos actos de campanha (v. g., a utilização de publicidade comercial ou a campanha a favor de candidatura diferente).

Artigo 41.º*(Liberdade de consciência, de religião e de culto)*

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.
2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.
3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.
4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.
5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.
6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei.

Origem: é o texto original, com o aditamento do n.º 3, feito em 1982, e alterações dos n.os 1, 4 e 6 também provenientes da revisão desse ano.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.os 41, 43 e 131, reuniões de 2 e 9/9/1975 e de 1/4/1976, respectivamente págs. 1144 e segs., 1212 e 4372;

DAR, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 10, pág. 176(33), e 2.º suplemento ao n.º 80, págs. 1508(35) e segs.; e 1.ª série, n.º 103, de 16/6/1982, págs. 4241 e segs.

Constituições anteriores: de 1822, artigos 8.º, 19.º, 25.º, 53.º, 78.º e 123.º-V e XII; Carta Constitucional, artigos 6.º, 75.º, §§ 2.º e 14.º, e 145.º, § 4.º; Constituição de 1838, artigos 3.º, 11.º e 82.º-IV e XII; Constituição de 1911, artigo 3.º, n.os 6 a 10; Constituição de 1933, artigos 8.º, n.º 3, 45.º a 48.º

Textos Internacionais Básicos: artigo 18.º da DUDH; artigo 18.º do PIDCP; artigo 9.º da CEDH; artigo 10.º da C.F.D.U.E.

Direito comparado: Constituições irlandesa, artigo 44.º; italiana, artigos 7.º e 19.º; alemã, artigos 4.º, 12.º e 140.º (ressalvando os artigos 136.º a 141.º da Constituição de

Weimar); espanhola, artigos 16.º e 30.º, n.º 2; brasileira, artigos 5.º-VI a VIII e 145.º, § 1.º; moçambicana, artigo 78.º; momena, artigo 29.º; polaca, artigo 53.º; austríaca, artigo 15.º; timorense, artigo 15.º

Doutrim: ANTÓNIO LARTE, *A religião no Direito constitucional português*, in *Religião, diretade aberta e liberdade de consciência*, Lisboa, 1985; R. DA COSTA MIRALAS, *Igreja, Estado, in Polis*, III, 1985, pgs. 396 e segs.; AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986; JORGE MIRANDA, *Liberdade religiosa, Chiese e Stato in Portogallo*, in *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 1988, pags. 203 e segs.; A Concordata e a ordem constitucional portuguesa, in *Direito e Justiça*, 1991, pags. 155 e segs.; *A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997*, in *Direito e Justiça*, 1998, tomo 2.º, pags. 3 e segs.; *A Concordata de 1940 — Portugal-Santa Sé*, obra colectiva, Lisboa, 1993; ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, *O direito à objecção de consciência*, Lisboa, 1993; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A protecção dos dados informaticizados e o fenómeno religioso em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1993, pags. 181 e segs., e *Objecção de consciência (direito fundamental)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, 1994, pág. 165 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *O regime concordatário entre a "Libertas Ecclesiae" e a liberdade religiosa*, Coimbra, 1993; *Liberdade religiosa uma comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, 1996; *A Constituição e os movimentos religiosos minoritários*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, pags. 193 e segs.; *Minorias religiosas, liberdade de culto e propriedade horizontal*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 42, Novembro-Dezembro de 2003, pags. 35 e segs.; VITALINO CANAS, *Estado y Iglesia en Portugal*, in *Estado y Iglesia en la Unión Europea*, obra colectiva, Madrid-Baden-Baden, 1996; J. A. TELES PEREIRA, *A liberdade religiosa e as relações Igreja-Estado em Portugal nos anos noventa*, in *Revista do Ministério Público*, 1996, pags. 77 e segs.; CARVALHO JORDÃO, *As confissões religiosas e a Constituição*, in *Scientia Juridica*, 1996, pags. 39 e segs.; *Liberdade religiosa — Realidades e perspectivas*, obra colectiva, Lisboa, 1998; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Citoyens et fidèles dans les pays de l'Union Européenne*, in *Cittadini e Fedeli nei Paesi dell'Unione Europea — Una Doppia Appartenenza alla Prova della Secularizzazione e della Mondializzazione*, obra colectiva, Milão, 1999, pags. 231 e segs.; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, 2002; *Relações Igreja-Estado em Portugal*, obra colectiva, Lisboa, 2002; RAQUEL TAVARES DOS REIS, *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho de trabalhadores de tendência*, Coimbra, 2004; PEDRO VAZ PATTO, *Laicidade e identidade religiosa*, in *Brotéria*, Julho de 2004, pags. 7 e segs.

Jurisprudência: AcTC n.º 423/87, 103/88 (acções de despejo), 130/88 (cadáveres), 143/88, 65/91, 363/91, 107/95, 118/95, 681/95 (objecção de consciência), 174/93 (ensino da religião), 5/96, 1218/96, 246/98, 144/04, 196/04 (crime de lenocínio), 192/04 (pena de demissão), 268/04 (tribunais eclesiásticos)

I — A consideração constitucional da liberdade de consciência, de religião e de culto revela-se bem no emprego do adjetivo *inviolável*, que só se encon-

tra também no artigo 24.º sobre o direito à vida e no artigo 25.º sobre a integridade física e moral.

Embora possa configurar-se como uma só liberdade, importa deslindar, mais ampla do que a liberdade de religião, pois tem por objecto tanto as crenças religiosas como quaisquer convicções morais e filosóficas. Em contrapartida, ela só diz respeito ao foro individual, ao passo que a liberdade de religião possui uma necessária dimensão colectiva e institucional e implica também a liberdade das confissões religiosas. Quanto à liberdade de culto, não é senão uma das componentes da liberdade de religião.

II — A Constituição não define religião, nem o poderia fazer, sob pena de atingir o cerne da própria liberdade: de certo modo, religião é para cada pessoa o que ela entende ser religião. Todavia, quando se passa para a dimensão colectiva e institucional, não são poucos os problemas que, por vezes, surgem e que exigem intervenções legislativas a estabelecer distinções e zonas de fronteira (cfr. artigos 20.º, 21.º, 33.º, 36.º e 37.º da Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho).

De todo o modo, não deixa de revestir algum significado histórico-cultural a terminologia adoptada, ora falando-se em Igrejas e comunidades religiosas (artigo 41.º, n.º 4), ora em confissões (artigos 41.º, n.º 5, e 55.º, n.º 4), ora em Igrejas [artigos 51.º, n.º 3, e 288.º, alínea c)].

III — A liberdade individual de religião consiste, antes de mais, na liberdade de ter ou não ter religião e de mudar de religião.

E para quem professe uma religião comprehende, designadamente: a) o direito de celebrar o respectivo culto e as respectivas festividades; b) o de cumprir os deveres dela decorrentes; c) o direito de a expressar por qualquer forma, através de palavras ou de símbolos; d) o de a manifestar na sua vida pessoal, v. g., contraindo casamento ou educando os filhos de harmonia com essa religião (cfr. artigo 36.º, n.os 2 e 5); e) o direito ao respeito dos seus sentimentos religiosos; f) o direito de difusão da sua religião ou de proselitismo, no respeito da liberdade dos outros.

Mas a liberdade de religião consiste, de igual modo, em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento dos deveres religiosos. Se o Estado, apesar de reconhecer aos cidadãos o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade de religião. Assim como, em contrapartida, não haverá liberdade de religião se o Estado se transformar em polícia das consciências, emprestando o seu braço — o braço secular — às confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos seus membros dos deveres como crentes.

IV — O n.º 2 vem a ser uma explicitação do princípio da igualdade, a concretizar com o n.º 6. Só se justifica, por a igualdade religiosa ser relativamente recente (em Portugal, apenas em vias de ser alcançada com a aplicação da Constituição de 1976).

V — O n.º 3 é uma garantia — aliás, uma dupla garantia (direito de não ser perguntado e direito de não ser prejudicado em caso de recusa). E é, ao mesmo tempo, garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º, n.º 1). Com o mesmo sentido, proíbe-se a utilização da informática para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas e a fé religiosa (artigo 35.º, n.º 3).

VI — A separação das Igrejas e comunidades religiosas do Estado — ou seja, a independência recíproca entre elas — aparece, simultaneamente, como exigência da liberdade de religião e como corolário da laicidade do Estado moderno.

Em coerência com este princípio (elevado a limite material de revisão constitucional), veda-se a qualquer partido — sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa — usar denominação que contenha expressões directamente relacionadas com qualquer religião ou Igreja ou emblema confundível com símbolos religiosos (artigos 51.º, n.º 3, e 295.º). Trata-se ainda de uma garantia de liberdade de religião, porque os partidos se movem no espaço público e recebem importantes prerrogativas constitucionais.

Ao invés, é apenas garantia de liberdade sindical a prescrição de que as associações sindicais são independentes das confissões religiosas (artigo 55.º, n.º 4).

VII — Laicidade e separação não equivalem, contudo, a laicismo ou a irrelevância, menosprezo ou desconhecimento da religião.

Uma coisa é o Estado, enquanto tal, não assumir fins religiosos, não professar nenhuma religião, nem submeter qualquer Igreja a um regime administrativo; outra coisa seria o Estado ignorar as vivências religiosas que se encontram na sociedade ou a função social que, para além delas, as confissões exercem nos campos do ensino, da solidariedade social ou da inclusão comunitária.

É isto que explica:

- por um lado, a não confessionalidade de actos oficiais e do protocolo do Estado ou a proscrição do juramento religioso;
- e, por outro lado, a subsistência de feriados religiosos, o reconhecimento de eficácia jurídico-civil do casamento religioso (de todas as religiões), e até o financiamento público de certas actividades das confissões.

Nem se compreenderia a irrelevância das confissões religiosas no sistema de uma Lei Fundamental que acolhe e valoriza associações diversas existentes na sociedade civil, como as de beneficiária da segurança social, de defesa do ambiente, de família, de juventude, de cidadãos portadores de deficiência, culturais, científicas e desportivas [artigos 63.º, n.º 2, 66.º, n.º 2, 67.º, n.º 2, alínea g), 70.º, n.º 3, 71.º, n.º 3, 73.º, n.os 3 e 4, e 79.º].

VIII — Direitos institucionais das organizações religiosas são a liberdade de organização e de exercício das suas funções e do culto (artigo 41.º, n.º 4, 2.ª parte) e a liberdade de ensino e a de utilização de meios de comunicação social (artigo 41.º, n.º 5).

- a) A liberdade de organização comprehende:
 - a definição da organização interna;
 - a designação de ministros do culto, dirigentes e representantes;
 - a constituição de associações, congregações ou outras organizações;
 - a comunicação com dirigentes e organizações da própria confissão dentro e fora do país.
- b) A liberdade de exercício das funções e do culto comprehende:
 - o exercício de actos de culto, público e privado;
 - a definição dos deveres e direitos religiosos dos crentes;
 - a assistência religiosa aos crentes, designadamente em hospitais, lares de idosos, estabelecimentos de menores ou prisões, com o correspondente direito de acesso dos seus membros;
 - a celebração do casamento religioso, de outros actos religiosos e de ritos fúnebres em benefício dos fiéis;
 - a comunicação com e entre os fiéis;
 - a escolha e a utilização de objectos de culto;
 - a construção de edifícios com a forma exterior adequada à respectiva confissão (igreja, mesquita, sinagoga, pagode, etc.) ou a utilização, por arrendamento ou aquisição, de outros locais destinados ao culto;
 - a garantia de que nenhum objecto ou local de culto será destinado a outro fim, sem o consentimento da respectiva confissão;
 - a escolha de quaisquer meios de criação cultural para fins religiosos.

Como se verifica, algumas das vertentes desta liberdade têm conteúdo positivo, traduzido em direitos à protecção ou a prestações por parte do Estado.

- c) A liberdade de ensino praticado no âmbito da respectiva confissão não significa liberdade de ensino nos locais de culto, mas sim no interior da própria confissão, ou seja, da comunidade de crentes. Por isso, abrange ensino ministrado quer naqueles locais, quer em escolas criadas pela confissão para formação e cultura religiosa, quer ainda em escolas públicas, privadas ou cooperativas.

d) A liberdade de utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das actividades da confissão refere-se tanto à imprensa escrita como aos meios audiovisuais, observadas as regras do artigo 38.º, sem intervenção de jornalistas que neles trabalhem na sua orientação editorial [artigo 38.º, n.º 2, alínea a), 2.ª parte, de novo]. Inclui ainda, em face da evolução tecnológica, a utilização da cibernetica.

IX — A atribuição de direitos iguais a todas as confissões religiosas não prejudica alguma diferenciação derivada da extensão por que se encontram difundidas, do peso real que têm na sociedade e da diversidade de estruturas organizatórias. Daí as diferentes formas de relacionamento com o Estado (através de concordata celebrada com a Santa Sé, no caso da Igreja Católica, e através de outros acordos, no caso das demais confissões religiosas) ou os diferentes tempos de emissão no serviço público de rádio e de televisão.

Tudo está em impedir que tratamento diferenciado em razão de diversa representatividade degenera em privilégio e em discriminação.

X — O direito à objecção de consciência é corolário da inviolabilidade de consciência e do respeito pela integridade moral das pessoas (artigo 25.º, n.º 1).

Não se trata, em rigor, de excepção à não isenção de deveres por causa de convicções, porque, de ordinário, se combinam deveres em alternativa e porque, no limite, a ponderação dos bens justifica ou pode justificar a imposição dos próprios deveres primários para salvaguarda de bens de valor superior (como a vida humana).

XI — O direito à objecção de consciência distingue-se bem do direito de resistência:

- A objecção de consciência funda-se num elemento subjectivo (a convicção moral, religiosa, filosófica da pessoa); a resistência num elemento objectivo (a constitucionalidade ou o direito afectado).
- A objecção de consciência envolve um conflito de deveres (de consciência e de cidadania), não a resistência.
- A objecção de consciência é uma expressão de minoria, a resistência uma forma de actuação que pode interessar a quaisquer cidadãos.
- A objecção de consciência é uma reacção frente a uma norma legítima, a resistência numa reacção frente a uma norma ou uma decisão ilegítima.
- A objecção de consciência é essencialmente pessoal, individual; a resistência pode adquirir um significado colectivo e até eminentemente político.

XIII — Desde a revisão constitucional de 1982 está claro que a objecção de consciência se não esgota no serviço militar (artigo 276.º, n.º 4). Abrange outras áreas em que se verifiquem conflitos entre deveres de consciência e deveres cívicos comuns (vacinação, escolaridade, juramento, etc.) ou entre deveres de consciência e deveres particulares de certas categorias de pessoas, desde jornalistas [artigo 38.º, n.º 2, alínea b), 2.ª parte] a profissionais de saúde. E não são de excluir até relações contratuais de Direito do Trabalho (artigo 18.º, n.º 1).

Não pode, porém, exercer-se senão nos termos da lei (n.º 6, *in fine*), à qual cabe estabelecer procedimentos equitativos destinados à verificação da seriedade dos motivos e à salvaguarda dos bens comunitários fundamentais. Objecção de consciência não equivale a cláusula de recusa de cidadania, de recusa de pertença à comunidade política.

XIII — Os titulares de cargos públicos não podem deixar de praticar os actos devidos no exercício das suas funções e enquanto neles investidos. Não é somente o juiz que não pode abster-se de julgar com fundamento em razões de consciência (se bem que possa, ao arrepio do artigo 8.º, n.º 1, do Código Civil, desaplicar uma lei por injusta, à luz dos valores objectivos do Estado de Direito democrático). É também o Presidente da República que não pode, por idênticas razões, deixar de promulgar uma lei, esgotados os meios contemplados nos artigos 136.º e 278.º e 279.º

No entanto, porque continuam cidadãos e portadores de direitos fundamentais, podem sempre, caso o entendam, renunciar aos cargos e, assim, recuperar a sua liberdade, ficando para quem os substituir a prática dos actos contra os quais se tenha insurgido a sua consciência. O que está excluída é a hipótese de suspensão, pelo menos em relação ao Presidente da República.

Diferentemente, na relação entre Deputados e grupos parlamentares (ou partidos) a objecção de consciência contra a disciplina de voto torna-se admissível por força do princípio do mandato representativo (artigo 151.º, n.º 2) e da irresponsabilidade por votos e opiniões no exercício do mandato (artigo 157.º, n.º 1).

Artigo 42.º

(Liberdade de criação cultural)

1. É livre a criação intelectual, artística e científica.
2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.

Origem: é o texto originário de 1976.

Trabalhos preparatórios: DAC, n.º 41, sessão de 2/9/1975, págs. 1153 e 1154.

Constituições anteriores: Carta Constitucional, artigo 145.º, § 24.º; Constituição de 1838, artigo 23.º, § 4.º

Textos Internacionais Básicos: artigo 15.º do PIDESC; artigo 13.º da C.F.D.U.E.

Direito comparado: Constituições espanhola, artigo 20.º, n.º 1, alínea b); sueca, artigo 19.º; brasileira, artigo 5.º-XXVII e XXVIII; moçambicana, artigo 79.º; santomense, artigo 28.º; colombiana, artigo 61.º; cabo-verdiana, artigo 53.º, n.º 3.

Doutrina: ALBERTO SÁ E MELO, *O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português*, Lisboa, 1989; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, 1992, *Direito de autor e direitos fundamentais*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, II, Coimbra, 1997, págs. 181 e segs., e *O direito de autor no ciberespaço*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, obra colectiva, Coimbra, 2000, págs. 83 e segs.; LUIZ FRANCISCO REBELO, *Introdução ao Direito de Autor*, Lisboa, 1994; JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, tomo I, 1994, págs. 47 e segs.; EDUARDO ANDRÉ FOLQUE FERREIRA, *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, págs. 229 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, págs. 217 e segs.

Jurisprudência: AcTC n.º 1057/96 (benefícios fiscais).

I — A liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica é, antes de mais, uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade (cfr. artigo 26.º, n.º 1).

Pressupõe autonomia da pessoa na determinação do objecto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária e científica, sem interferência de qualquer poder público ou privado.

Mas para que seja possível produzir cultura torna-se necessário receber cultura, o que implica educação. Não há liberdade de criação cultural sem

liberdade de aprender, e também de ensinar (artigo 43.º, n.º 1); assim como não se torna uma liberdade acessível a todos sem direito à educação (artigos 73.º e segs.).

II — Esta liberdade é indissociável da liberdade de expressão e da liberdade de fruição cultural.

Não há liberdade de criação sem liberdade de expressão, sem a liberdade de comunicar aos outros e de divulgar, dentro e fora da comunidade nacional, o resultado da criação (n.º 2, 1.ª parte). E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão tanto pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções.

Sem criação, não pode verificar-se fruição cultural. Tal como, reciprocamente, só pode criar cultura quem fruir cultura. Daí a interdependência de liberdade de criação e de liberdade de fruição cultural, que deve, portanto, sem prejuízo do que dispõe o artigo 78.º, ter-se por implícita no artigo 42.º

III — A liberdade de criação e fruição cultural correlaciona-se ainda com a liberdade e convicções e de religião (artigo 41.º). Porque a arte pode ter por objecto a religião (ou outras vivências espirituais), a liberdade de criação cultural revela-se uma das dimensões daquela liberdade.

IV — Na maior parte dos casos, justamente pela necessidade de comunicação, a criação cultural implica a disponibilidade de meios de variadíssima natureza — edição de livros ou de discos, produção de cinema, de teatro ou de outros espectáculos, exposições, etc.; e, quanto à ciência, equipamentos adequados de investigação.

A liberdade dos criadores, a liberdade de arte, literatura e ciência implica então a liberdade dos habitualmente chamados operadores culturais. Sem a liberdade de iniciativa e de organização destes — correlacionada com liberdade de iniciativa empresarial (cfr. artigo 61.º, n.os 1 e 2) — impedem-se ou diminuem-se drasticamente quer a fruição quer a criação cultural.

V — Como garantia, a Constituição veda ao Estado programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43.º, n.º 2).

Isso não impede, evidentemente o Estado de assegurar o ensino e a valorização da língua portuguesa [artigo 9.º, alínea f)] e de proteger e valorizar o património cultural [artigos 9.º, alínea e), e 78.º], de proteger e valorizar a língua gestual portuguesa [artigo 74.º, n.º 2, alínea h)], de assegurar aos filhos de emigrantes o ensino da língua e o acesso à cultura portuguesa [artigo 74.º,

n.º 2, alínea i)]. Ou de promover uma educação que contribua para o espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade e para a participação democrática na vida colectiva (artigo 73.º, n.º 2).

VI — A liberdade cultural não sofre condicionamentos ou restrições *stricto sensu*.

Não está, porém, imune, às limitações impostas por lei com vista exclusivamente a promover o respeito dos direitos dos outros e a satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal). Daí decorrem, designadamente, a rejeição da pornografia e a proibição ou a limitação de experiências científicas sobre o ser humano.

VII — A garantia institucional dos direitos de autor surge como elemento ou como corolário do direito de invenção, produção e divulgação da obra cultural. Caracterizam-na:

a) A sua amplitude — ficam garantidos tanto os direitos *moraes* como os direitos *materiais* de autor — sendo aqueles os que se ligam à paternidade, genuinidade e integridade da obra e estes os respeitantes à sua disposição, fruição e utilização (artigo 9.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos).

b) Ao contrário, portanto, do que se verifica com a propriedade sobre coisas corpóreas (artigo 62.º), a ligação directa e imediata desses direitos materiais à liberdade — mas, do mesmo passo, e agora em consonância com o favor prestado pela Constituição a algumas formas de propriedade, a sua ligação ao trabalho (a propriedade intelectual é sempre fruto do trabalho).

Enquanto espaço de autonomia pessoal perante o poder público, a propriedade privada (sobre coisas corpóreas) tem uma natureza que se reconduz à dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, os direitos de autor não só traduzem em si mesmo essa autonomia como derivam essencialmente do seu exercício, do exercício da liberdade pessoal de criação. E é, por isso, que eles recebem, à luz da ideia de Direito da Constituição de 1976, uma protecção mais alargada ou reforçada.

VIII — Falando em protecção *legal* dos direitos de autor, a Constituição parece admitir, desde logo, a necessidade de uma intervenção ou conformação legislativa. De resto, sendo múltiplos os tipos de obras culturais a proteger (livros, composições musicais, filmes, quadros, programas de computador, etc.), para cada um tem de se procurar disciplina adequada.

A Constituição permite medidas ablativas da propriedade (sobre coisas

corpóreas), designadamente de bens de produção, observados certos pressupostos (artigos 62.º, n.º 2, e 83.º). Não de direitos de autor.

Todavia, se os direitos morais, além de inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, são perpétuos, assegurando-se a sua protecção até depois da morte do autor (artigos 56.º e 57.º do Código do Direito de Autor), já os direitos patrimoniais caducam, em geral, no prazo de 70 anos (artigo 31.º).

IX — A Constituição não prevê as entidades de gestão colectiva de direitos de autor — nem se justificaria que as previsse, porquanto tal excederia o papel ordenador que lhe cabe.

A existirem (como impõem as realidades do mundo actual), as formas a adaptar serão formas de Direito privado, sejam associações, cooperativas ou sociedades, com maior ou menor margem de liberdade do legislador e dos próprios interessados.