

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Relatório

Março de 2009

Caso Cidadão Alexandre Rocha c. Estado–Juiz de Portugal

RELATÓRIO

Caso Cidadão Alexandre Rocha c. Estado–Juiz de Portugal

I. DOS FACTOS E DA PERTINÊNCIA DO ESTUDO DO CASO

No dia 24 de Julho de 2007, cerca das 10:30h da manhã, um cidadão de nome Alexandre Rocha dirigiu-se à 2^a Conservatória do Registo Predial de Braga, com o intuito de registar uma convenção antenupcial.

Sob a circunstância de um alegado mau atendimento prolongado (cuja veracidade não caberá ao ODH julgar, mas às competentes instâncias judiciais, a quem cabe fazer ou não prova das matérias de facto que servem de base aos litígios jurídicos), o cidadão em questão solicitou o livro de reclamações, tendo nele feito constar as seguintes frases:

“sendo atendido pela funcionária Graça Barbosa, esta demonstrou inteira má vontade a partir do momento em que questionei o facto de ter sido chamado para atendimento e ter ido fazer outras coisas, tendo já aguardado 1 hora no local. A referida funcionária impediu mesmo o acto, exigindo outros documentos que anteriormente não foram solicitados a apresentar. Só posso acreditar que, num acto execrável, a funcionária para “vingar-se” fez uso de um abuso de poder.”

No seguimento deste registo, realizado no comummente designado “livro amarelo”, a cidadã Graça Barbosa, considerando as expressões utilizadas, naquela sede, como difamatórias, intentou acção (procedimento) judicial contra aquele primeiro.

Do processo assim nascido, em 1^a instância, a saber o processo nº 1829/07.4TABRG, resultou a condenação de Alexandre Rocha pelos crimes de injúria agravada e difamação agravada, esta última, especificamente justificada pela existência do registo escrito da expressão “*num acto execrável*”.

Não se afigurando pertinente ao ODH analisar a veracidade dos factos alegados por ambas as partes, nem tão pouco a condenação pelo crime de injúria, uma vez que a mesma resulta de acontecimentos que não são assumidos como verdadeiros pelo condenado, preocupa-nos, não obstante, a questão jurídica de extrema relevância que julgamos servir de base à condenação pelo crime de difamação, e que entendemos resultar de um flagrante conflito de direitos fundamentais, cuja solução é controversa, e relativamente à qual entendemos, modestamente, estar constituídos na obrigação de oferecer um parecer técnico. Refira-se, a propósito, e em defesa do princípio do contraditório, que, interpelada, pelo ODH, no sentido de utilizar do seu

direito a pronunciar-se sobre a denúncia, a 2^a Conservatória do Registo Predial de Braga optou por não o fazer, dentro do prazo, para tanto, concedido.

II. DA QUESTÃO JURÍDICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Haverá, antes de mais, que salientar o carácter absolutamente indubitável, da reclamação realizada, como expressão de um direito fundamental, protegido pelo art. 52º, nº1, da Constituição da República Portuguesa, *lato sensu*, entendido como “direito de petição” e que integra, além da petição propriamente dita, a representação, a reclamação e a queixa.

Dir-se-ia, a título de curiosidade, que, não obstante estarmos, no caso em questão, a analisar uma expressão deste direito que é habitualmente apelidada de “reclamação”, facto é que a sua correcta designação jurídica seria, afinal, a de “queixa”, no sentido de “acto através do qual os cidadãos denunciam e dão a conhecer a uma autoridade (geralmente, o superior hierárquico) a prática de um acto ou a adopção de um comportamento ilegal ou o funcionamento anómalo de um serviço, a fim de se poderem adoptar medidas adequadas (disciplinares, criminais, funcionais) contra o agente ou agentes responsáveis”. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 696)

Direito fundamental, portanto, de que o cidadão Alexandre Rocha terá feito uso, podendo, muito embora, discutir-se se, dentro ou fora dos limites permitidos pelo seu núcleo valorativo. O que nos parece, aqui, crucial, é chamar a atenção para a especial natureza deste direito fundamental, intimamente conexionado com outros dois de idêntica estima constitucional: a liberdade de expressão, consagrada no art. 37º; e o próprio direito de acesso ao direito, previsto no art. 20º, ambos da nossa lei fundamental.

A bem ver, será num equilíbrio axiológico, entre as razões e princípios que fundamentam a existência de um e outro destes direitos, que iremos desvendar a difícil questão do traçado do limite do “direito a reclamar” – aquele limite que, ultrapassado, entraria, porventura, a violar a esfera do direito à honra e ao bom nome de outrem, protegido, também ele, a nível constitucional.

De facto, como bem ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “além de um direito de participação política em si mesmo”, que, diríamos, em nota nossa, se observa intimamente ligado à liberdade de participação política pela expressão da palavra, “o direito de petição é também, tal como o direito de acção judicial (art.20º), uma garantia em sentido próprio, de

natureza extrajudicial, para defesa de todos os direitos e interesses legalmente protegidos, a começar pelos demais direitos, liberdades e garantias.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 693)

É, assim, no nosso entender, o carácter muito particular do direito de reclamação, enquanto expressão do direito fundamental de petição, que invoca, por um lado, uma relação íntima com a liberdade de expressão, e, por outro, uma forma de promoção do acesso ao direito, que implica que “as petições não têm que ser adequadas quanto ao seu objecto, nem apropriadas quanto aos termos, não tendo que se apresentar respeitosas, cordatas, ou sequer pertinentes”, embora não possam, naturalmente, atentar contra o bom nome e reputação de outrem. “O teor e os termos da petição podem pesar na sua apreciação, mas não na licitude do seu exercício.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 695)

Recorda-se, a propósito, que “o direito de acesso ao direito não é apenas instrumento de defesa dos direitos. É também integrante do princípio material de igualdade (...) e do próprio princípio democrático (...) Daqui resulta também que o art. 20º não pode ser interpretado como a consagração de um Estado Judiciário ou Estado de Justiça, entendido como um Estado em que o direito se realiza apenas através do recurso aos tribunais ou através da solução judicial de litígios. O direito de acesso aos tribunais ou o direito à via judiciária é uma das dimensões – porventura a mais importante – mas não é a única de um direito de acesso ao direito.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 410)

A nosso ver, perceber-se-á, em consonância com a tese apresentada, que deveria considerar-se o direito de reclamação como uma outra dessas dimensões.

Lembre-se, depois, que “a Constituição dá expresso acolhimento ao direito ao processo equitativo (...) A densificação do princípio de processo equitativo pressupõe a análise dos dados jurisprudenciais, desempenhando aqui um papel de relevo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em torno do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), onde se consagrou expressamente o direito ao processo equitativo. (...) A doutrina e a jurisprudência têm procurado densificar o princípio do processo equitativo através de outros princípios: (1) direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 415)

O que directamente nos remete para a referência ao entendimento do TEDH, relativamente ao caso Nikula c. Finlândia, de 21 de Março de 2002, que julgamos constituir um relevantíssimo precedente na matéria.

Neste processo, Anne Nikula, advogada, teria sido condenada pelos tribunais do seu Estado, por difamação, em consequência de expressões proferidas contra o procurador, no decurso da defesa do seu patrocinado. O TEDH entendeu que, atendendo ao contexto em que as afirmações foram proferidas, a ingerência do “Estado–Juiz” no direito à liberdade de expressão da advogada não teria sido proporcional aos fins legítimos prosseguidos, como fossem a protecção da honra e direitos do procurador, uma vez que “ só em casos excepcionais se podem aceitar, como sendo necessárias numa sociedade democrática, restrições à liberdade de expressão de um advogado de defesa”, acrescentando mesmo que, nestas situações, ela deve ser apreciada à luz “do direito do arguido a um processo equitativo”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: AGENTE DE PORTUGAL JUNTO DO TEDH, 2002:65)

Ora, a nossa posição é, nesta sede, a de concordância com uma abordagem analógica do caso *sub judice*.

A liberdade de expressão, o direito de acesso ao direito, e o específico direito de reclamação terão, naturalmente, limites, que se lhe impõem no confronto de outros direitos e interesses. A solução passará, no entanto, por procurar, em cada conflito, o ponto de equilíbrio que nos permita perceber se estaremos já num caso de violação dos direitos de outrem, ou ainda dentro de uma zona legítima do seu uso, mesmo que falemos de um uso pouco conveniente, ou constrangedor.

“Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (...) O problema agora é o de saber como vai resolver-se esta contradição relativa ao caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais (...) Poderá ser, por exemplo, o caso da liberdade de expressão (...) quando se oponha (...) ao direito ao bom nome e à reputação (...) Verifica-se que essa hierarquização material só pode fazer-se, na maior parte das hipóteses, quando se consideram as circunstâncias dos casos concretos.” (ANDRADE, 2001: 311)

Entendemos que a avaliação não é linear, mas que a protecção da liberdade de expressão deve actuar de forma ainda mais aguçada nestes casos limite, pelo que, no caso em questão, este direito merece, não apenas a protecção habitual da ordem jurídica, mas uma protecção acrescida, por se tratar de um caso de fronteira, de acordo com as finalidades substantivas da consagração do próprio direito, que deve servir como arma de controlo da conformidade da actuação dos poderes públicos com a ordem jurídica, no sentido contrário ao da imposição de ortodoxias politicamente correctas.

Este é, aliás, o verdadeiro sentido da expressão “quid jure utitur, nemini injuriam facit”, que implica que, por força do art. 31º, nº2 b) do Código Penal Português, o diligente uso de um direito possa constituir uma causa de exclusão de ilicitude, facto que não poderá deixar de conjugar-se com o sentido valorativo do art. 180, nº2 a) do mesmo diploma.

Aliás, como bem ensina Faria Costa, “salta de imediato, mesmo ao mais dos inadvertidos dos intérpretes, que a criação de uma específica e particular causa de exclusão do ilícito neste campo normativo da incriminação se tem de compaginar e entrecruzar com a regulamentação que a um tal propósito se consagra na PG. E se isto já seria evidente perante uma cuidada interpretação do todo normativo que constitui a nossa presente preocupação, mais impressivo ainda se torna já que é o próprio legislador que expressamente (nº3) convoca as normas previstas nas als. b), c) e d) do nº 2 do art. 31º.” (FIGUEIREDO DIAS (direcção), 1999: 615)

De facto, “Se, em regra, a lei penal incriminadora define os tipos legais de crime com o maior grau possível de determinação, já utiliza conceitos indeterminados para referir as respectivas causas (gerais e, sobretudo, especiais) de exclusão da ilicitude, da culpa ou da pena, justamente quando possa estar em causa uma situação de verdadeiro conflito entre direitos. Nestes termos, pode considerar-se a lei penal como uma lei harmonizadora e os conceitos legais como critérios de ponderação, que orientam a actividade dos juízes nos casos concretos.” (ANDRADE, 2001: 318)

III. DO NOSSO PARECER SOBRE A QUESTÃO

Concluindo, diríamos que:

- a) A reclamação, registada, por escrito, pelo cidadão Alexandre Rocha, no “livro amarelo” da 2ª Conservatória do Registo Predial de Braga, foi realizada, no uso do seu direito fundamental de petição, protegido pelo art. 52º, nº1 da C.R.P.;
- b) O direito fundamental de petição encontra-se intimamente conexionado, por um lado, com a liberdade de expressão, consagrada no art.37º, e, por outro, com o próprio direito de acesso ao direito, previsto no art. 20º, ambos da nossa lei fundamental;
- c) O uso do direito a reclamar, quando realizado abusivamente (entenda-se, além dos limites permitidos pelo seu núcleo valorativo) pode, naturalmente, colidir com o direito à honra e ao bom-nome de outrem, também protegido constitucionalmente;

- d) Há, assim, no caso *sub judice*, um flagrante conflito de direitos fundamentais, entre o direito de petição do cidadão Alexandre Rocha (enquanto conexionado com a liberdade de expressão, e com o direito de acesso ao direito) e o direito à honra e bom-nome da cidadã Graça Barbosa;
- e) Contudo, e de acordo com a jurisprudência do TEDH sobre a matéria, quando a liberdade de expressão e o direito à honra e ao bom-nome se confrontam em situações de litígio jurídico análogas à analisada, há que olhar este confronto à luz do direito ao processo equitativo, o que alarga os habituais limites do diligente uso da liberdade de expressão;
- f) O uso que o cidadão Alexandre Rocha fez do seu direito a reclamar foi, muito embora constrangedor, ainda legítimo;
- g) O que, pelas razões conjugadas dos arts.31º, n^o 2º b) e 180º, n^o 2 a) do Código Penal Português, implica que este legítimo uso do seu direito deva ser considerado causa de exclusão de ilicitude, perante a acusação pelo crime de difamação;

Pelo que, a confirmar-se, e a transitar em julgado, a condenação do cidadão Alexandre Rocha pelo crime de difamação, sugerimos o competente recurso ao TEDH, uma vez que se verifica, no mínimo, controversa, a ponderação dos bens jurídicos (direitos fundamentais) em jogo.

As Relatoras,
Ana Luísa Rodrigues e Rita Freitas

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de – **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976**. Coimbra, Almedina, 2001
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – **CRP: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA: ARTIGOS 1º A 107º: VOLUME I**. Coimbra, Coimbra Editora: 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (direcção) – **Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo I: Artigos 131º a 201º**. Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: AGENTE DE PORTUGAL JUNTO DO TEDH – **Sumários de Jurisprudência 2002** (retirado de www.gddc.pt, em 28/11/2007)