

Algumas Considerações sobre a Tutela Penal da Privacidade*

Jorge Alexandre Fernandes Godinho
*Assistente Convidado da Faculdade de Gestão de Empresas
da Universidade de Macau*

I. INTRODUÇÃO

1. Delimitação do tema

O Código Penal de Macau contém um conjunto de normas atinentes à problemática da privacidade, como facilmente se vê pela leitura do Capítulo VII (“Crimes contra a reserva da vida privada”) do Título I (“Crimes contra as pessoas”) da Parte Especial¹.

Apesar disto, a privacidade, tal como sucede com muitos outros bens jurídicos, não é objecto de uma tutela penal genérica, mas sim de uma tutela fragmentária. Por outro lado, como se procurará explicitar, o bem jurídico privacidade não é uma realidade unívoca, albergando sob o seu manto várias dimensões ou, noutros termos, abrange a privacidade de várias realidades.

Neste quadro, o presente escrito procura – sem quaisquer pretensões de originalidade – constituir um princípio de abordagem da tutela penal do direito à privacidade.

Trata-se assim de proceder a uma análise de aspectos da parte especial do direito penal, mas não de apenas um tipo de crime.

* O presente texto corresponde a um trabalho apresentado na disciplina de Direito e Processo Criminal do curso de Mestrado em Direito da Universidade de Macau cuja parte curricular decorreu no ano lectivo de 1995/96. Nas citações só se identifica sumariamente a obra em causa - os dados bibliográficos completos, bem como a descodificação das abreviaturas usadas, constam a final.

¹ O CPM foi aprovado mediante sucinta autorização legislativa ao Governador, concedida pela Lei n° 11/95/M, de 7 de Agosto, que abrangeu apenas as matérias que, nos termos do Estatuto Orgânico de Macau, são da reserva relativa de competência da Assembleia Legislativa.

Na altura da aprovação do CP 82 foi considerada a hipótese da sua extensão a Macau, tendo para o efeito o Governador constituído uma comissão de estudo do problema (cfr. o Despacho n° 11/83, publicado no BO n° 7, de 12 de Fevereiro de 1983). Nas entrelinhas de parte das considerações

Como é evidente, não se fará um tratamento tendencialmente completo dos tipos de crime em causa, de acordo com a sistemática própria de uma análise de uma incriminação constante da parte especial (que implicaria a “reedição” da parte geral) pois, atenta a complexidade e riqueza do tema, tal seria manifestamente um labor de fôlego muitas vezes superior ao do presente escrito.

Trata-se apenas de propiciar uma visão panorâmica básica, em que se identifiquem minimamente as várias dimensões da protecção penal da *privacy*, apontando-se alguns aspectos mais salientes relativos ao ilícito-típico.

Após algumas considerações introdutórias, seguiremos a ordem dos tipos de crime para depois, a final, ensaiarmos uma síntese.

2. Contexto da tematização do direito à privacidade

O direito não pode ser analisado como se de um sistema isolado se tratasse, devendo sempre ser prestada a necessária atenção aos vários contextos rele-

introdutórias deste despacho não deixa de ser visível alguma preocupação em relação ao novo código: “A eventual solicitação da extensão da sua vigência ao Território exige porém cuidada ponderação prévia do ordenamento nele contido, a articular com as realidades que são próprias do Território, das circunstâncias de modo e de tempo em que venha a ter lugar e das estruturas que lhe possam dar corporização, uma vez que em muitos aspectos aquele ordenamento se revela profundamente inovador não só pela fundamentação teórica e doutrinária em que assenta como também pela repercussão que a sua aplicação envolve”. Nada veio a lume do labor desta comissão, que terá eventualmente concluído que a extensão do CP 82 não seria desejável sem profundas alterações e, como tal, recomendado a manutenção em vigor do CP 52/86. Em 1990 a Assembleia Legislativa decidiu criar uma comissão sobre a mesma questão (cfr. a Resolução nº 2/90, publicada no BO nº 22, de 29 de Maio de 1990).

Nesta altura, três anos haviam já passado sobre a assinatura da DCLC, tendo-se pois consciência da necessidade de, sem delongas, “localizar” o sistema jurídico de Macau. Com efeito, o Código Penal e o Código de Processo Penal vieram a ser os primeiros grandes códigos – e, até agora (Dezembro de 1996), os únicos – a ser “localizados” (a política de localização parece partir da tese, que não tem apoio na DCLC ou na Lei Básica da RAEM de Macau, de que quaisquer normas não aprovadas localmente não poderão vigorar após a transição de soberania para a RPC).

Como se sabe, o novo CPM é no essencial semelhante ao CP 95. Não cabe no âmbito deste texto a inventariação exaustiva das semelhanças e diferenças entre os textos vigentes em Portugal e Macau. Assinaláramos apenas as seguintes: a manutenção das contravenções, o reduzido catálogo de penas de substituição, o nível geral mais elevado das penas, diferenças no respeitante aos crimes eleitorais e aos crimes contra o Estado e a não incriminação, no texto do CPM, da interrupção voluntária da gravidez, que passou para legislação extravagante, o DL nº 59/95/M, de 27 de Novembro – por razões que o legislador não explicita, mas que terão talvez que ver com a polémica então suscitada por *moral entrepreneurs* que denunciaram veementemente o facto de o então projecto de CPM se preparar para descriminalizar o aborto, aliada ao facto de ser reconhecidamente insustentável no pós-transição a subsistência de tal incriminação.

Atente-se em que muitas das infracções previstas no capítulo do CPM sobre os crimes contra a privacidade eram-no já anteriormente na Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro. A comparação das redacções revela-as como muito mais próximas do CP 95 do que do CP 82. Pode-se pois dizer que esta lei, na área da privacidade, representa como que uma “vigência antecipada” do novo CPM, baseado no CP 95, e não uma mera “localização parcial” do CP 82.

vantes para a compreensão de um determinado problema jurídico (*law in context*). Cabe pois fazer uma alusão, ainda que breve, aos factores que estão na origem e enquadram a actual compreensão da problemática da privacidade.

Assim, é de referir que a tutela do domicílio – tratada pela lei penal vigente, no plano sistemático, como um aspecto da privacidade – remonta a um passado distante².

Porém, a criminalização de ofensas do direito à privacidade nos moldes modernos é relativamente recente, o que se explica pelas importantes alterações sociais ocorridas nos últimos dois séculos. Está em causa a interacção de múltiplos factores, designadamente políticos, tecnológicos, demográficos e culturais.

Como assinala LEITE DE CAMPOS, até ao séc. XIX a vida era essencialmente pública no sentido de que “tudo se integrava na ordem do ‘cosmos’ (...). As qualidades e defeitos ‘pessoais’ de cada um, o seu modo de vida, interessavam a todos os outros, por, participando da grande ordem do cosmos e da sociedade, poderem alterar esta”³.

Como se sabe, tudo se alterou com a passagem de uma sociedade estratificada para uma sociedade funcionalmente diferenciada, com a secularização e, sobretudo, com a vitória da ideologia liberal: dá-se o recuo do cognitivismo ético e a consequente instauração de um relativismo ético – um mundo amputado de uma ordem objectiva de valores e, neste sentido, “desencantado”. Digamo-lo como JOSÉ LAMEGO: “Com a modernidade afirma-se uma nova antropologia dominada pela ideia de um ‘eu’ autónomo”, não definido em relação a uma ordem cosmológica⁴.

A afirmação do direito à privacidade – como o “espaço” necessário de autonomia do indivíduo, em contraponto com a heteronomia do viver social – pressupõe este ambiente cultural do liberalismo, do qual são também aspectos essenciais a afirmação da propriedade privada e a demarcação do “público” e do “privado” – a distinção entre uma esfera de relevância comunitária e uma esfera que apenas respeita ao indivíduo.

Porém, a tematização jurídica explícita da privacidade só se dá em 1890. Este surgir “tardio” explica-se por a problemática da privacidade ter sido directamente desencadeada por um certo contexto vivencial propiciado pelo progresso técnico, num movimento que prossegue sem parar nos nossos dias.

Quanto a este aspecto diga-se, em suma, que as grandes transformações iniciadas durante o século XIX alteraram definitivamente a realidade social pré-existente, podendo dizer-se que vivemos hoje numa sociedade capitalista liberal, individualista, industrializada, urbana, massificada, consumista e algo

² Costa Andrade, *Consentimento...*, pág. 368. Embora, como salienta este autor, possam ter ocorrido mutações da realidade tutelada, apesar da manutenção de formulações semelhantes. Sobre a tutela penal do domicílio, cfr. *infra*, nº 5.

³ *Lições de Direito da Personalidade*, págs. 95 e segs.

⁴ José Lamego, *Sociedade aberta e liberdade de consciência...*, pág. 14.



economicista – que propicia grande mobilidade e enormes possibilidades de desenvolvimento pessoal mas, simultaneamente, é um factor de alienação. Como GEORG SIMMEL notou, “one nowhere feels as lonely and lost as in the metropolitan crowd”. Poderemos apenas aqui aludir a alguns dos factores em jogo.

Do ponto de vista das condições de vida, estão em causa os efeitos conjugados da urbanização, do progresso tecnológico e do aumento populacional⁵. A revolução industrial causou o surgimento das grandes cidades com a consequente passagem de uma economia de base agrícola para uma economia de base industrial. A urbanização abriu o caminho para a sociedade de massas, onde predomina o anonimato. A grande família, unidade de produção e consumo, típica da sociedade urbana – em que o espaço do domicílio e da família surge como lugar de refúgio face ao “ruído” citadino⁶.

Por outro lado, certos desenvolvimentos naquilo que hoje chamamos “tecnologias de informação” vieram contender directamente com a privacidade. Primeiro a imprensa escrita, depois os aparelhos de captação e gravação de som e imagem⁷ e, agora, o computador, colocaram com toda a acuidade quer a questão de proteger quer a de limitar a sua utilização⁸. Assim, o desenvolvimento das comunicações, desde logo as postais, fez surgir normas destinadas a proteger o segredo da correspondência. Esta necessidade estende-se hoje a todo o tipo de telecomunicações.

⁵ Em 1800 apenas 3% da população mundial vivia em cidades de mais de 20 000 habitantes. Estima-se que no ano 2000 metade da população mundial viverá em centros urbanos. O crescimento das cidades prende-se com a industrialização e com progressos científicos, designadamente avanços relativos à construção civil, à canalização de água, aos transportes e à energia eléctrica.

A população mundial em 1750 era de cerca de 800 milhões, altura em que o ritmo de crescimento, que, nos 750 anos anteriores havia sido muito lento, começou a acelerar exponencialmente: 1 bilião em 1800, 2 em 1930, 3 em 1960, 4 em 1974 e 5 em 1990. No ano 2 000 atingirá os 6 biliões. Na base desta evolução estão quedas na mortalidade relacionadas com melhorias nos cuidados de saúde, higiene e nutrição, de onde derivou a subida da esperança de vida. Como se sabe, o país mais populoso é a China, com um quarto da população mundial, embora se preveja que a Índia a ultrapasse dentro de não muitos anos.

⁶ Costa Andrade, *Consentimento...*, pág. 373.

⁷ A problemática jurídica da imagem emerge com o surgimento da fotografia instantânea, que tornou possível tirar fotografias sem o consentimento ou sequer o conhecimento da pessoa fotografada. Quando surgiu, a fotografia não dispensava a cooperação do fotografado por ser necessário posar por algum tempo – o que aliás é comum à situação anterior, em que só era possível captar a imagem através de uma pintura feita por um artista, o que exigia a colaboração da pessoa retratada e de resto não estava ao alcance da generalidade da população.

⁸ Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia...*, págs. 435 e segs., apontam as “ameaças do progresso técnico” como um dos factores explicativos do surgimento de novas incriminações. O avanço da técnica coloca problemas delicados também nas áreas da medicina e de experimentação científica, face ao surgimento de técnicas eticamente duvidosas. Aludimos aos problemas colocados por exemplo pelas novas técnicas de reanimação, diagnóstico pré-natal, transplantes, procriação assistida, manipulação genética, etc. Veja-se o nosso paper apresentado para a cadeira de Direito Civil, Algumas considerações sobre a inseminação artificial e a maternidade de substituição, que procura analisar a admissibilidade destas técnicas em face do direito constituído e responder às questões que se colocam sobre o estabelecimento da filiação.

Revela-se aqui o carácter ambivalente dos progressos técnicos, que são factor de progresso mas também, ao mesmo tempo, uma ameaça.

Actualmente, na “sociedade da informação”, em que avulta o computador, a circulação e disseminação de informação é tão fácil que já houve que pôr alguns limites à recolha, tratamento e circulação da informação. Na vida moderna, os cidadãos são constantemente chamados a fornecer informações a entidades públicas e privadas⁹.

3. O surgimento da privacidade na doutrina jurídica

Atendendo ao que ficou exposto, não será de estranhar que tenha sido nos Estados Unidos – a sociedade marcadamente capitalista e liberal que, no final do século passado, tomou a liderança em termos de industrialização e urbanização (que até aí havia pertencido à Inglaterra) e que mais cedo se tornou numa sociedade de massas – que primeiro se iniciou a tematização explícita e autónoma da privacidade. A doutrina é concordante no sentido de que tal sucedeu em 1890 com a publicação de um artigo de SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS¹⁰, do qual ROSCOE POUND terá dito que fez não menos do que juntar um novo capítulo ao direito¹¹.

As constelações fácticas na base das considerações de WARREN e BRANDEIS são várias: publicação, designadamente na imprensa, de fotografias não autorizadas¹², publicação e divulgação de cartas; e aproveitamento de segredos de natureza patrimonial.

Até então, as questões que hoje são encaradas como constituindo problemas de privacidade eram resolvidas com apelo a outros conceitos jurídicos. WARREN e BRANDEIS demonstram a necessidade de proteger um direito geral de privacidade, autónomo, fundamentando-se na análise de jurisprudência inglesa e americana.

Para tal, demonstram que em vária jurisprudência em que foram invocados outros institutos o que se tutela é, na verdade, a privacidade, e não já esses

⁹ Cfr. infra, nº 7.

¹⁰ *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5 (1890), págs.193 e segs. O texto integral do artigo de Warren e Brandeis, que é relativamente curto, encontra-se transcrito em Morris Ernst/Alan Schwartz, *Privacy – The right to be let alone*, págs. 47 e segs. (que passaremos a citar). É porém de salientar que Warren e Brandeis referem que o direito à privacidade já teria então obtido expressão legislativa em França (loc. cit., pág. 64).

¹¹ Morris Ernst/Alan Schwartz, *Privacy – The right to be let alone*, pág. 46 e seg.

¹² A publicação na imprensa de fotografias e consequentes perigos de abuso parece constituir a especial preocupação dos autores: “Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house tops’” (Warren-Brandeis, loc. cit., pág. 49). Há um entono moralista ou moralizador quando os autores referem que a imprensa estaria a ultrapassar as fronteiras do que é próprio e decente, explorando comercialmente a mera bisbilhotice sobre matérias privadas, designadamente sexuais, contribuindo para um abaixamento dos padrões sociais e de moralidade e tomando o lugar de assuntos de real importância para a comunidade (loc. cit., págs. 50 e segs.).



institutos que formalmente foram invocados. Desta forma, são expostas as insuficiências das várias vias de tutela nos quadros de direito de então. Os institutos em causa são: o direito de propriedade, a propriedade literária e intelectual, o direito dos contratos (designadamente obrigações de confidencialidade: *breach of trust or confidence*) e o direito à honra.

Destacaremos apenas alguns aspectos da argumentação utilizada.

Assim, no que respeita à publicação não autorizada de cartas, WARREN e BRANDEIS expõem as insuficiências dos direitos sobre a propriedade intelectual e artística para tutelar a privacidade e afirmam que estes são concretizações e aplicações de um direito mais geral, o direito à privacidade¹³. A diferença reside em que, naqueles, o interesse está em apenas o autor poder lucrar com a divulgação, publicação ou aproveitamento ao passo que, na privacidade, inversamente, o interesse é o de que não haja publicação ou, sequer, divulgação do conteúdo.

Os autores afirmam que a tutela de escritos privados não pode estar dependente de se estar perante uma obra literária e, conseqüentemente, denunciam como errada a jurisprudência que recusou protecção contra a publicação não autorizada de cartas precisamente por estas não possuírem os atributos de composições literárias. E explicitam: se um homem regista no seu diário que não jantou com a esposa, o que se protege não é o registo mas sim o próprio facto, a ocorrência doméstica, e esta protecção não se pode fundamentar em qualquer direito de *copyright* ou similar.

De resto – como salientam os autores – mesmo em relação a bens corpóreos (por exemplo, uma colecção particular de pedras preciosas), objecto do direito de propriedade clássico, pode haver um interesse em que se não fotografe, descreva ou sequer saiba o que se tem. Trata-se de um problema de privacidade e não de direito de propriedade, assim se separando claramente estes dois direitos. Em terminologia moderna, diríamos que a privacidade é, tal como a propriedade, um direito de domínio. As diferenças de base consistem em que a privacidade tem fundamentalmente que ver com o domínio sobre a circulação de certo tipo de informações e não propriamente com o gozo de coisas corpóreas, correspondendo assim a privacidade a um direito de personalidade (um direito não patrimonial).

Quanto a obrigações de confidencialidade implícitas em contratos, WARREN e BRANDEIS citam, entre outros, o caso *Pollard v. Photographic Co.*, de 1888¹⁴: Um fotógrafo tirou o retrato a uma senhora, voluntariamente, no âmbito de um contrato; de seguida vendeu e expôs cópias da foto. A defesa do fotógrafo alegou que uma pessoa não tem um direito de propriedade sobre as suas próprias características, pelo que, não havendo ofensa à honra, nada impede o fotógrafo de usar

¹³ Loc. cit., pág.52.

¹⁴ Loc. cit., pág.60.

o seu negativo. O tribunal, porém, considerou que houve uma violação de uma cláusula implícita no contrato.

WARREN e BRANDEIS observam que, com os modernos mecanismos, há circunstâncias em que uma foto é tirada sem que nenhum contrato exista. Sendo certo que terá de haver tutela contra a circulação não autorizada do retrato, esta, em tais casos, deverá ser fundamentada noutra base, não contratual¹⁵ – num direito absoluto e não num direito relativo, como diríamos na terminologia jurídica continental.

O *breach of trust or confidence* foi discutido na caso *Yovatt v. Winyard* (1820): Yovatt, um veterinário, mantinha as suas fórmulas médicas num livro. Winyard, o seu assistente, copiou-as, sem consentimento, pois a elas não tinha acesso, bem como as respectivas técnicas de administração. Posteriormente, despediu-se e estabeleceu-se independentemente como veterinário, vendendo medicamentos cujas fórmulas e instruções de administração haviam sido copiadas. Yovatt, pretendendo pôr fim a esta concorrência, agiu judicialmente contra Winyard.

A acção foi considerada procedente por ter havido “breach of trust and confidence” quando Winyard havia sido empregado de Yovatt, portanto uma violação de natureza contratual.

WARREN e BRANDEIS comentam que a solução não poderia deixar de ser a mesma se as fórmulas tivessem sido obtidas por um estranho (por exemplo, por furto), caso em que porém a decisão já não se poderia fundamentar em *breach of trust and confidence*¹⁶.

Os autores estabelecem também uma distinção entre a ofensa da privacidade e a ofensa da honra. O ponto de separação dá-se com a incriminação da divulgação de factos privados como delito de indiscrição, sem implicar ou presupor qualquer desonra. A privacidade vai para além da tutela da honra¹⁷.

A privacidade vem pois a surgir como direito diverso do direito de propriedade clássico, dos direitos de autor ou de propriedade intelectual, do direito à honra e de obrigações contratuais de confidencialidade.

O artigo de WARREN e BRANDEIS é tanto mais notável quanto, após a distinção da privacidade de vários outros bens jurídicos, os autores passam de seguida a indagar os limites da tutela da privacidade e definem algumas orientações ge-

¹⁵ Loc. cit., pág. 61.

¹⁶ Loc. cit., págs. 62 e seg.

¹⁷ Cfr. Costa Andrade, *Liberdade...*, pág. 79 e segs. A honra pode ser entendida num sentido fáctico (abrangendo o bom nome ou consideração, ou seja, a representação social efectivamente existente sobre o valor de uma pessoa – quer seja merecida ou não) ou normativo (a pretensão de respeito devida a toda e qualquer pessoa, se merecida ou fundada no comportamento da pessoa – sendo de admitir a prova da verdade dos factos imputados, que, uma vez feita, determina a inexistência de agressão da honra, pelo que a inverdade dos factos desonrosos imputados integra o tipo). No direito português predomina tradicionalmente uma visão fáctica da honra, que hoje tem consagração constitucional (artigo 26º, que se refere ao bom nome e reputação), embora seja admitida a prova da verdade dos factos se a imputação for feita para prosseguir interesses legítimos, ressalvando-se porém a intimidade da vida privada e familiar.

rais que, salvo uma ou outra precisão, ainda hoje são perfeitamente válidas. Justifica-se a transcrição de algumas das limitações enunciadas.

Assim, em primeiro lugar “the right of privacy does not prohibit any publication of matter which is of public or general interest”, sendo referidos desde logo os assuntos atinentes a figuras públicas, como os candidatos a actos eleitorais, havendo todavia, mesmo em relação a estes, que salvaguardar os assuntos “which concern the private life, habits, acts, and relations of an individual, and have no legitimate connection with his fitness for a public office which he seeks or for which he is suggested, and have no legitimate relation to or bearing upon any act done by him in a public or quasi-public capacity”¹⁸.

Por outro lado, “the right of privacy is not invaded by any publication made in a court of justice, in legislative bodies, or the committees of those bodies; in municipal assemblies, or the committees of such assemblies, or practically by any communication made in other public body, municipal or parochial”; “the right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent”; ou “the truth of the matter published does not afford a defense”¹⁹.

4. Da privacidade em geral

O direito à privacidade é um direito fundamental, encontrando-se consagrado no artigo 26º, nº 1, *in fine*, da Constituição²⁰ e no artigo 30º da Lei Básica da RAEM.

Uma vez que o propósito do presente escrito é percorrer as áreas da privacidade objecto de tutela penal, não entraremos em considerações muito detalhadas sobre a privacidade em geral.

É difícil dar uma noção não circular de privacidade, ou que em último termo não remeta para a dicotomia público-privado. Em todo o caso, pode referir-se que o bem jurídico privacidade corresponde ao interesse na “reserva (resguardo e segredo) do ser particular e da vida privada de cada um”²¹. Trata-se do

¹⁸ Loc. cit., págs. 64 e segs. Sobre a questão, cfr. infra, nº 6.

¹⁹ Loc. cit., págs. 66 e seg.

²⁰ Para além desta consagração genérica, a Constituição tutela expressamente matérias cuja protecção penal se encontra no capítulo relativo à privacidade, designadamente a inviolabilidade do domicílio (artigo 34º), a inviolabilidade da correspondência (artigo 34º) e o tratamento informatizado de dados pessoais (artigo 35º). Por outro lado, o nº 2 do artigo 26º dispõe: “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. Trata-se de uma imposição legiferante de grande alcance, que não se restringe ao tratamento informatizado de dados ou a medidas de natureza penal. Não cabe no âmbito deste trabalho discutir em que medida a legislação vigente dará cabal cumprimento a esta imposição constitucional. Sobre as relações entre a Constituição e a lei penal, cfr. Faria e Costa, *O perigo...*, págs. 201 e segs.

²¹ Capelo de Sousa, *O direito...*, pág. 315. Este autor procede, numa perspectiva civilista, a uma enumeração tendencialmente exaustiva, do máximo interesse, das áreas protegidas da privacidade.



interesse em manter a coberto de qualquer forma de intromissão ou divulgação os aspectos vivenciais-existenciais que só à própria pessoa dizem respeito. Avulta aqui a intenção de, desde logo, proteger a pessoa contra manipulações ou intromissões injustificadas e, para além disto, de lhe conferir um “espaço” próprio, nos quadros de um ordenamento jurídico de cunho humanista. “A pessoa não é um ‘logradouro universal’” (ORLANDO DE CARVALHO), não pode estar constantemente exposta – tem uma esfera reservada, de “no trespassing”, na qual deve poder estar só (*right to be let alone*). A privacidade terá, assim, no seu núcleo, uma componente de solidão ou associalidade.

Nos tempos actuais, da “sociedade de informação”, tende a ser enfatizada a compreensão da privacidade como o poder de domínio sobre informações pessoais. Nesta perspectiva, abrangem-se na tutela da privacidade quer aspectos reservados, de que ninguém mais tem conhecimento para além do titular, quer matérias que são do conhecimento de outras pessoas (por exemplo, advogados, médicos ou banqueiros) que, assim, estão sujeitas a uma obrigação de estrita confidencialidade. Porém, face à lei penal vigente, esta seria ainda uma perspectiva redutora, pois são compreendidas no capítulo do CPM relativo à privacidade realidades de outra natureza, como o segredo dos negócios, com clara projecção patrimonial, ou o domicílio, cuja dimensão de tutela é primordialmente espacial.

O bem jurídico privacidade – bem como os que dela emergiram, a palavra e a imagem – tem uma estrutura de liberdade, com duas vertentes, positiva e negativa: está em causa a liberdade da pessoa de decidir se e quem tem acesso à sua esfera privada e íntima e a de não ter de sofrer interferências indesejadas²².

Genericamente pode dizer-se que a vertente objectiva das condutas que ofendem a privacidade é dotada de adequação social. Como tal, a significação de uma conduta só pode ser aferida com referência à vontade do titular²³. Se este deu

A tutela do direito civil é geral e não fragmentária, podendo fundamentar-se quer no direito à privacidade reconhecido no artigo 80º, do CC, quer nos específicos bens da privacidade regulados (artigos 75º a 79º, CC) quer no direito geral de personalidade (artigo 70º, CC).

²² Costa Andrade, *Consentimento...*, págs. 496 e segs.

²³ Costa Andrade, *Consentimento...*, pág. 363 e Stratenwerth, *Derecho Penal...*, págs. 127 e segs. A privacidade é pois susceptível de acordo. Se A empresta a B a sua chave de casa e lhe pede que, na hora do almoço, B passe por lá para levar um livro, não faz sentido dizer-se que se deu uma violação do domicílio, justificada por consentimento.

Em relação ao CP 82, o legislador do CP 95 simplificou e uniformizou as expressões relativas à concordância do titular do bem jurídico, referindo-se apenas a “sem consentimento”. Tal obviamente não prejudica a distinção dogmática entre consentimento e acordo. Foram conseqüentemente eliminadas expressões como “sem justa causa”, “contra vontade expressa ou presumida de quem de direito” ou “sem justa causa ou sem consentimento de quem de direito”, salvo no caso de crime de introdução em lugar vedado ao público (artigo 191º, CP 95, e artigo 185º, CPM); cfr. *Actas*, pág. 298. Sobre a “justa causa”, cfr. *infra*, nota 67.



o seu acordo, a liberdade é realizada, não cabendo falar numa expressão paradigmática de danosidade social: uma conduta típica (justificada embora por consentimento). Se há uma actuação contra a vontade do titular, a liberdade é violada.

II. ÂMBITO DA TUTELA PENAL DA PRIVACIDADE

5. Violação de domicílio

O domicílio, como se referiu, tem tutela constitucional (artigo 34º, nº 1, nº 2 e nº 3).

A primeira incriminação que surge no capítulo do Código Penal relativo à privacidade (artigo 190º, do CP 95 e artigo 184º, do CPM) é epigrafada “violação de domicílio” (a violação de domicílio *por funcionário* é especialmente prevista no artigo 428º, do CPM e no artigo 378º, do CP 95).

A inserção desta incriminação neste capítulo compreende-se na medida em que o domicílio corresponde hoje à liberdade de “entrincheiramento” da pessoa no seu espaço privado. A casa é a dimensão espacial da vida privada, familiar e sexual, e serve de contraponto à despersonalização funcionalizante da sociedade moderna²⁴. Em casa pode-se estar despreocupadamente só, à vontade, e aliviar a tensão e o *stress* da vida citadina e profissional²⁵.

Sistematicamente, a tutela penal do domicílio surge a propósito da privacidade porque se trata como que de um “último reduto” ou “retiro”, que se opõe à rua, ao local de trabalho e aos lugares públicos em geral. Tutela-se o espaço reservado da pessoa²⁶ e, por esta via, também a vida familiar, doméstica e sexual. De resto, a Constituição refere-se à intimidade da vida privada e *familiar*.

²⁴ Salientando esta perspectiva, cfr. Costa Andrade, *Consentimento...*, págs. 371 e segs, e *Liberdade...*, págs. 88 e segs.

²⁵ Numa perspectiva civilista, Capelo de Sousa destaca que a autonomia de cada indivíduo “pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (“right to be alone”), pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v. g., intrometendo-se nela e instrumentalizando os elementos que a compõem” (*O direito geral...*, pág. 316).

²⁶ *Quid juris* se o agente invade o domicílio para furtar? Maia Gonçalves refere que o crime de violação de domicílio “concorre com o de furto praticado na casa onde o ladrão se introduziu” (*Código Penal Anotado*, pág. 594, nota 4 ao artigo 190º. O autor cita, em abono desta tese, entre outros Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, pág. 366). Parece pois que o autor sustenta que o agente deve ser punido em concurso efectivo por furto qualificado e violação de domicílio. Discordamos frontalmente: parece-nos um caso linear de concurso aparente, pois é a violação do domicílio que fundamenta o agravamento da agressão do património, devendo o agente ser punido apenas por furto qualificado. De resto, o autor não parece interpretar correctamente a posição de Eduardo Correia no domínio do CP 52/86, que escreve claramente (op. cit., loc. cit.) que “se o agente, para cometer um crime, se introduz ou tenta introduzir contra a vontade do ofendido em



O bem jurídico protegido é a privacidade do lar, desde logo na sua dimensão espacial: não é permitida a presença não autorizada em domicílio alheio, mesmo que a pessoa tenha entrado com autorização. Pune-se o entrar e o não sair do domicílio, ambos sem o acordo do titular do bem jurídico²⁷. É a este que compete administrar o espaço reservado que é o domicílio.

O crime tem uma natureza formal, correspondendo à consideração, assumida pela lei, de que o domicílio é um “espaço reservado”, que, assim, é objecto de uma tutela penal completa, que abrange tendencialmente toda e qualquer intrusão física no domicílio, sem consentimento, independentemente de qualquer devassa da vida privada que tenha ocorrido ou não.

Abrangem-se na noção de domicílio quaisquer espaços com a função de residência, incluindo barcos, tendas, autocarros, quartos de hóspede²⁸, etc.

É de notar através do nº 2 do artigo 184º, do CPM, a criminalização dos telefonemas com a intenção (elemento subjectivo específico) de perturbar a vida privada, a paz ou o sossego²⁹, o que corresponde à consagração de um direito ao que se poderia apelidar de “sossego telefónico”. A (alteração da) epígrafe do artigo – *violação de domicílio* em vez da designação tradicional *introdução em casa alheia* – reflectirá este (novo) âmbito da tutela que, assim, inclui uma di-

casa deste, leva desde logo a cabo um concurso de infracções, cuja punição é agradável por força da circunstância do nº 4 [ter sido cometido o crime como meio de realizar outro crime]. Mas, será também de considerar a agravante nº 15 [ter sido cometido o crime entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido]? Parece que não, sob pena da violação da norma ‘ne bis in idem’”.

²⁷ Onde no CP 82 se dizia “contra a vontade” diz-se agora, no CPM e no CP 95, “sem consentimento”, o que é menos exigente e, como tal, representa um alargamento da incriminação. Cfr. Costa Andrade, *Sobre a reforma...*, págs. 451 e seg.

²⁸ Sobre o quarto de hóspede é de referir o Ac. STJ de 2 de Junho de 1993 (BMJ nº 428, págs. 257 e segs.). O caso é o seguinte: um hóspede numa casa particular furtou por três vezes dinheiro do quarto ocupado por um outro hóspede, que habitualmente deixava a porta fechada apenas no trinco e não à chave. O MP acusou pela prática de três crimes de furto em concurso efectivo com três crimes de introdução em casa alheia, tendo o arguido sido condenado apenas por crime continuado de furto, e absolvido no restante. Inconformado o MP recorreu, tendo o STJ concluído pelo concurso efectivo com o crime de introdução em casa alheia (o STJ não aborda a questão de saber se não será antes caso de furto qualificado; é, porém, questão que não importa agora discutir). Na fundamentação do acórdão do STJ lê-se: “De tudo quanto vimos de expor, somos levados a concluir que um quarto de hóspedes, seja ele de um hotel, de uma pensão, de uma residencial ou de uma simples casa particular, enquanto ocupada pelo hóspede, sendo nele que dorme, que tem as suas roupas e outras coisas, que aí se recolhe nas suas horas de lazer, que aí, eventualmente executa pequenas tarefas, estudando designadamente, que aí muda de roupas, constitui a sua habitação enquanto o hóspede só dele faz uso, não entrando aí mais ninguém a não ser o pessoal que aí contratualmente, vai executar tarefas de arrumação e limpeza, esteja ou não a respectiva porta fechada à chave ou somente com o trinco, isto é, em suma, se em relação a esse quarto só o hóspede é titular do *jus prohibendi*, dependendo do seu consentimento a entrada nele de terceiras pessoas, isto para efeitos de ser abrangido pela tutela do artigo 176º do Código Penal. É no quarto que se centra toda a sua privacidade!” (itálicos no original).

²⁹ No CP 95, “...a paz e o sossego (nº 2 do artigo 190º). O CPM usa a disjuntiva, o que parece mais adequado.



menção funcional do domicílio e não já apenas a dimensão espacial. Com os telefonemas intencionalmente incomodativos não há uma entrada física no domicílio, como é óbvio. Há, porém, uma forma de intrusão no domicílio, de incomodar a pessoa na sua casa, de perturbar a sua tranquilidade e sossego, o seu direito de estar em paz e, como tal, de impedir que o domicílio desempenhe a sua função natural.

Para além do especial espaço que é o domicílio, a tutela penal abrange todo e qualquer lugar vedado ao público (artigo 185º, CPM; artigo 191º, CP 95), embora a pena prevista seja inferior, o que representa a maior dignidade penal da tutela do domicílio³⁰. O crime pressupõe a violação de uma barreira física³¹.

6. Devassa da vida privada

Trataremos agora das várias situações previstas nos artigos 186º do CPM e 192º do CP 95 (que reúne os artigos 178º e 180º, do CP 82).

Apesar de reunidos numa única disposição, continua presente uma separação entre as três primeiras alíneas, que correspondiam ao artigo 180º do CP 82, e a alínea d), que, conjuntamente com o nº 2, correspondia ao artigo 178º do CP 82. A continuidade em relação ao regime do CP 82 é bem evidenciada pelo facto de a causa de justificação da prossecução de interesses legítimos se referir apenas a esta última alínea, o que representa a continuidade do regime anterior³².

Abrangem-se pois várias formas de agressão que são realidades algo distintas, pois se nas três primeiras alíneas são previstas certas situações de invasão ou intromissão em áreas privadas, já na última alínea se trata, mais latamente, da divulgação de informações atinentes à área da privacidade, o que convoca a problemática dos limites de actuação dos órgãos de comunicação social.

Em todas as condutas puníveis descritas nas alíneas se exige o elemento subjectivo da “intenção de devassa”, o que significa que a tipicidade das condutas depende de que tenham sido praticadas com o propósito de agredir a privacidade³³.

Na alínea a) tutela-se a privacidade no âmbito das comunicações telefónicas. O tipo abrange “conversas” e, mais latamente, “comunicações”, o que parece incluir quaisquer tecnologias, existentes ou futuras, de transmissão de dados através de linhas telefónicas (via telecópia ou *modem*, por exemplo). O crime pode consistir em qualquer das várias formas de intromissão previstas.

Trata-se de um crime de perigo abstracto, ou seja, de uma tutela alargada. O tipo não exige que o conteúdo das informações ilicitamente interceptadas seja

³⁰ Costa Andrade, *Consentimento...*, pág. 366, nota 10.

³¹ *Actas*, pág. 299.

³² A Comissão optou não por eliminar a causa da justificação mas sim por exigir, adicionalmente, a relevância do interesse público em causa. Cfr. *Actas...*, págs. 299 e seg. e infra.

³³ Sobre os elementos subjectivos específicos do tipo, cfr. Stratenwerth, *Derecho Penal*, págs. 112 e segs.



de natureza privada – pelo que podem até ser puras banalidades – bastando-se com a exigência de que a intromissão se tenha feito com a finalidade de devassar a vida privada. Se não estiver presente esta intenção mas, tratando-se de uma conversa telefónica, esta tiver sido gravada, os factos poderão constituir o crime de gravações ilícitas³⁴.

Na alínea b) tutelam-se a imagem das pessoas e a “imagem” de objectos e espaços íntimos, contra formas de reificação (captação, fotografia, filme, registo) com intenção de devassa.

Não se trata aqui da consagração de um autónomo direito à imagem, mas apenas de uma tutela da imagem circunscrita àquilo que contenda com a privacidade. O direito à imagem propriamente dito é tutelado pelo crime de fotografias ilícitas³⁵.

Os objectos e espaços íntimos são também tutelados penalmente. São duas outras dimensões da protecção penal da privacidade. Tutela-se o interesse em que não se divulgue ou sequer capte a imagem dos espaços e objectos íntimos da pessoa. Não entraremos aqui na questão de saber que espaços e objectos são ou não íntimos. Diremos apenas que o domicílio parece ser o espaço íntimo por excelência, que, assim é objecto de uma tutela alargada: a lei penal pune não apenas a sua invasão física e o seu “sossego telefónico”, como vimos, mas também, através desta alínea, o que chamaríamos a sua “incolumidade visual”.

Parece que esta alínea abrangerá o caso de quem, munido de poderosas teleobjectivas, fotografe, com intenção de devassa, o interior de uma casa.

Na alínea c) contempla-se um caso mais simples: ver ou ouvir pessoa em local privado, com intenção de devassa. Diferentemente das duas alíneas anteriores, já não se pressupõe o recurso a meios técnicos (embora tal não seja excluído – por exemplo, binóculos ou microfones). Esta alínea cobre assim situações que se poderão dizer clássicas de intrusão na privacidade alheia.

Estas duas alíneas acabadas de referir, no seu conjunto, embora tenham um âmbito mais vasto, pois não tutelam apenas o espaço que é o domicílio, incluem aspectos da tutela do segredo doméstico: o “segredo das atitudes e comportamentos íntimos assumidos no local reservado à habitação, com os seus inerentes direitos à independência e ao livre e oculto desenvolvimento da actividade pessoal entre paredes domésticas³⁶”.

Na alínea d) abrange-se, mais vastamente, a divulgação de informações relativas à vida privada. A lei especifica a doença grave, que é um aspecto da saúde. Não é difícil descortinar a razão pela qual a doença grave é destacada: o conhecimento, por exemplo, de que alguém é portador de HIV ou de SIDA é, quer queiramos quer não, um factor de associalização.

³⁴ Cfr. infra, n° 11.

³⁵ Cfr. infra, n° 11.

³⁶ Capelo de Sousa, *O direito...*, pág. 335.



Esta alínea d) é porventura a mais importante disposição penal de tutela da privacidade pois, como se vê da redacção do Código Penal, o âmbito de aplicação é extremamente amplo e incluirá qualquer divulgação de informações relativas à vida privada, feita com intenção de devassa.

Trata-se nesta disposição de a pessoa poder manter sigilo sobre certos sectores da sua vida que não pretende ver expostos publicamente – é um poder de domínio sobre informações de natureza reservada.

A delimitação do alcance da disposição pressupõe um conceito material de privacidade: “é a natureza ou conteúdo específico dos eventos ou vivências que determina a sua pertinência à esfera e ao regime do correspondente bem jurídico-penal”³⁷. Pode por isto dizer-se que se trata do tipo fundamental dos crimes contra a privacidade, pois visa evitar a exposição de assuntos privados na “praça pública”.

Tudo estará pois em apurar, para efeitos de tipicidade, o que é privado e não público, porquanto desta alínea resulta, *a contrario*, que é atípica a divulgação de informações públicas, que, assim, não estão a coberto de qualquer reserva ou segredo.

Em certos casos poderá haver apoio expresso na lei para a caracterização como pública ou privada de uma matéria³⁸. Fora destes casos aplicar-se-á o critério genérico de distinção entre a esfera pública e a privada, que não poderá ser outro que não o da relevância comunitária. A este propósito, é de salientar que o que seja do foro privado ou não é variável no tempo e no espaço³⁹.

Porém, será talvez de fazer uma tripartição e não apenas uma bipartição, de acordo com a chamada *teoria dos três graus*, para a qual há apoio em várias disposições penais (artigo 174º, nº 3; artigo 186º, nº 1, proémio; artigo 187º,

³⁷ Costa Andrade, *Liberdade...*, pág. 92.

³⁸ Dado o amplíssimo campo de aplicação desta disposição, daremos apenas dois exemplos. Um exemplo de publicidade: as audiências dos tribunais são públicas (artigo 209º da Constituição). Um exemplo de privacidade: o artigo 78º Código Civil dispõe que o destinatário de carta não confidencial só a pode usar em *termos que não contrariem a expectativa do autor*, ou seja, segundo Pessoa Jorge (*Ensaio...*, p. 314), a sua vontade presumível ou, segundo Antunes Varela (*Código Civil Anotado*, p.109), “as limitações que resultem implicitamente do conteúdo e natureza da carta”.

³⁹ Pode exemplificar-se com a matéria da sexualidade. Neste âmbito, o direito penal vigente assumiu o princípio de que as condutas voluntárias de adultos, em privado, que não causem danos a terceiros, não são matéria que deva ser punida criminalmente, por mais imorais que sejam (cfr. por todos, Figueiredo Dias, *O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma*, p. 170; para uma judiciosa aplicação deste princípio político-criminal no âmbito da droga, cfr. Figueiredo Dias, *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*). A descriminalização operada nesta área corresponde pois a uma área de privacidade acrescida. Nas palavras de Costa Andrade: “Hoje reconhece-se generalizadamente a tendência para a despublicização e intimização da actualização da liberdade sexual” (*Consentimento...*,p.644).



todos do CPM) e na própria Constituição⁴⁰. Caberá distinguir três esferas ou áreas: íntimo-privado-público.

A esfera da intimidade é uma área nuclear que goza de tutela absoluta. Todos a têm por inteiro e por igual, incluindo as figuras públicas. Fazem parte da esfera da intimidade designadamente as convicções filosóficas, políticas⁴¹ e religiosas reservadas⁴².

A esfera da privacidade é uma área de reserva, que porém já poderá ter de ceder em relação a outros valores, podendo ser levada à ponderação de interesses.

Há também um certo grau de relatividade em função das pessoas e das situações na definição da esfera da privacidade. Conforme se dispõe no n.º 2 do artigo 80.º do Código Civil, “A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. Torna-se pois necessária uma análise do caso concreto para se definir o alcance da tipicidade.

A natureza do caso será a ponderação, em termos objectivos, dos interesses que subjazem à pretensão de reserva na área concretamente em causa⁴³.

A necessidade de ter em conta a “condição das pessoas” significa que a esfera da privacidade é variável de pessoa para pessoa. Será menor ou mesmo tendencialmente inexistente nas figuras públicas: as pessoas que fazem a história do seu tempo (*Personen der Zeitgeschichte* em sentido absoluto: designadamente políticos, actores, desportistas, músicos⁴⁴).

⁴⁰ Costa Andrade, *Liberdade...*, págs.96 e segs. Gomes Canotilho/Vital Moreira afirmam que a distinção apontada entre uma esfera de intimidade e uma de privacidade não terá referência ou apoio constitucional (cfr. *Constituição...*, págs.181 e seg.). Discordamos, pois pelo menos de uma disposição constitucional resulta que há uma área de reserva sobre a qual não há qualquer direito de conhecimento ou intromissão por parte de seja quem for. É o caso das convicções sobre crenças religiosas, que, nos termos do n.º 3 do artigo 41.º da Constituição, constituem matéria reservada ou foro íntimo, sobre as quais não pode “qualquer autoridade” perguntar ou indagar e, caso pergunte, não tem o cidadão perguntado de responder, não podendo por isto ser prejudicado. Como escrevem Gomes Canotilho/Vital Moreira, “as perguntas em matéria de convicções religiosas estão interditas não apenas às autoridades *públicas* mas também às autoridades *privadas*, visto que a Constituição não distingue e as razões da norma valem tanto para umas como para outras. Deste modo, as convicções e as práticas religiosas assumem um estatuto de *foro íntimo* das pessoas, indepassável e totalmente indiferente ao estatuto social, profissional ou político dos cidadãos” (loc.cit., p. 243; itálicos no original).

⁴¹ Sendo penalmente tutelado o segredo de escrutínio (artigo 342.º, CP 95). O voto é forma especialmente relevante de expressão das preferências político-partidárias, que são secretas, pretendendo-se salvaguardar o anonimato dos eleitores, não sendo possível saber em quem votou cada pessoa ou quem são os votantes de certa formação política. O secretismo é aspecto fundamental da liberdade de voto, que é valor fundamental nas democracias (n.º 1 do artigo 10.º da Constituição; o CPM não contém normas sobre crimes eleitorais, constando a matéria da lei eleitoral para a Assembleia Legislativa, a Lei n.º 4/91/M, de 1 de Abril, que foi profundamente alterada pela Lei n.º 1/96/M, de 4 de Março).

⁴² Cfr. nota 40.

⁴³ Costa Andrade, *Liberdade...*, pág. 102 e Capelo de Sousa, *O direito...*, pág. 326.

⁴⁴ Sobre as *Personen der Zeitgeschichte*, cfr. Costa Andrade, *Liberdade...*, pág. 123, págs.157 e seg. e págs. 261 e segs.



As pessoas que se vejam, ainda que acidentalmente, envolvidas em situações que atraem, justificadamente (será de excluir o mero impulso inquiridor ou bisbilhoteiro: o divulgar por divulgar, apenas para que se saiba, ou por mero sensacionalismo), as atenções comunitárias – as *Personen der Zeitgeschichte* em sentido relativo: designadamente vítimas ou pessoas envolvidas em incêndios, confrontos, tufões, crimes e outros eventos excepcionais, geradores de um legítimo interesse na obtenção de informações por parte da comunidade – poderão ver a sua privacidade exposta, mas apenas na medida necessária à informação sobre o facto que as transporta para o centro das atenções.

Relevam da esfera pública designadamente o crime⁴⁵ e mesmo condutas que em princípio relevavam da esfera íntima, se contenderem com aspectos de interesse comunitário⁴⁶.

Em matéria de justificação, a primeira nota a fazer é a de que, como já se referiu, a esfera da privacidade pode ser levada à ponderação de interesses. Não há valores absolutos pelo que, no caso de colisão entre a privacidade e outros valores, haverá que salvar de cada um deles o máximo, sem anular o outro, em termos de concordância prática, ponderado o caso concreto, havendo designadamente que apurar meios e fins⁴⁷.

Nesta sede, para além das causas de justificação gerais aplicáveis, cabe fazer uma especial alusão a uma causa de justificação específica da ofensa da privacidade *stricto sensu*: é lícita a divulgação de factos relativos à vida privada quando tal divulgação constitua um meio adequado à realização de um interesse público legítimo e relevante (artigo 186º, nº 2, CPM e artigo 192º, nº 2, CP 95).

A consagração de uma causa de justificação específica na parte especial do Código Penal tem o sentido de alargar as hipóteses de justificação para além dos casos genericamente previstos na parte geral. Concretamente, esta causa de justificação diverge do direito de necessidade por não pressupor uma situação de perigo para bens jurídicos e por não exigir uma superioridade do interesse a sal-

⁴⁵ Embora se possa discutir se será inteiramente assim nos crimes semi-públicos ou particulares e haja que respeitar a presunção de inocência do arguido. Por outro lado, o decurso do tempo, especialmente após o cumprimento da pena, é factor de esquecimento e progressivo resvalar dos crimes cometidos para a privacidade, em nome do direito à ressocialização, que constitui um princípio fundamental do ordenamento penal vigente – com excepção, porém, dos crimes que pertencem à história (cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal português*, pág. 74; Costa Andrade, *Liberdade...*, págs. 252 e seg.). Pode pois ser ilícita, pelo menos em face do direito civil, a publicitação de condenação penal antiga (cfr. Capelo de Sousa, *O direito...*, pág. 309 e pág. 319). Por outro lado, como se sabe, o registo criminal é cancelado decorridos prazos variáveis.

⁴⁶ Comentando os exemplos referidos por Costa Andrade (cfr. *Liberdade...*, pág. 260), afigura-se que se um ministro da defesa de um país do bloco ocidental tem relações sexuais com uma jovem que mantém práticas idênticas com um adido militar do bloco leste, poderá estar em causa a segurança nacional; ou se um jornal noticia a visita ao ginecologista de uma rainha ou consorte real poderá estar em curso um processo que poderá relevar para a sucessão do chefe de Estado; em ambos os casos estão presentes inquestionáveis interesses públicos.

⁴⁷ Costa Andrade, *Liberdade...*, págs. 162 e segs.



vaguardar: basta que se trate de um interesse legítimo. Trata-se, digamo-lo com COSTA ANDRADE, de “uma causa de justificação de intencionalidade claramente dinâmica e inovadora: preordenada não tanto à salvaguarda de um *status quo* posto em perigo, quanto à afirmação e triunfo de novos valores ou interesses”⁴⁸.

Trata-se assim de uma causa de justificação semelhante à constante dos crimes contra a honra – artigo 174º, nº 2, alínea a), do CPM e artigo 180º, nº 2, alínea a), do CP 95. Porém, não há identidade entre o regime consignado nas ofensas à honra e nas ofensas à privacidade. Nestas, para além de se exigir que o interesse em causa seja, para além de legítimo, também público e relevante, sobretudo se não admite a prova da verdade dos factos, pois em relação à privacidade de o que mais fere é a verdade e não a mentira⁴⁹.

Trata-se pois de uma forma de articular dois interesses diametralmente contrapostos: o interesse de reserva, resguardo ou segredo de certos factos e o interesse na sua divulgação ou publicitação, encabeçado desde logo pelos jornalistas.

Os direitos à honra, à privacidade, à palavra e à imagem⁵⁰ tendem a conflitar com a liberdade de imprensa⁵¹: esta, por definição, afirma-se à custa

⁴⁸ *Liberdade...*, pág. 383.

⁴⁹ Trata-se de um aspecto que já havia sido referido por Warren e Brandeis (cfr. supra, nº 3). A *exceptio veritatis* – uma espada de dois gumes, pois de alguma forma é a vítima que está a ser julgada – é hoje, em Macau, admitida apenas no âmbito dos crimes contra a honra. O regime anterior constava do nº 1 do artigo 19º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro. Esta norma admitia a prova da verdade dos factos, salvo se o ofendido expressamente o permitisse e, contrariamente a muitas outras disposições desta Lei, não foi expressamente revogada pelo diploma que aprovou o CPM. O que não impede todavia que se considere implicitamente revogada pelo nº 2 do artigo 186º do CPM.

É de notar que, no âmbito dos crimes contra a honra, existe uma diferença de tomo entre o CP 95 e o CPM: a disposição do nº 5 do artigo 180º do CP 95 – que, no caso de imputação de facto que constitua crime, restringe a prova da verdade dos factos à resultante de condenação transitada em julgado – não tem equivalente no CPM. Para uma crítica, cfr. Costa Andrade, *Liberdade...*, págs. 212 e segs. Em suma, o arguido pode nunca vir a ser julgado em processo penal ou pode vir a ser absolvido por variadas razões que nada têm que ver com o apuramento da verdade dos factos, o que resulta em agravamento injustificado da posição do arguido de difamação. É de referir que, em Macau, não foi expressamente revogado pelo novo Código Penal o regime especial da *exceptio veritatis* constante da Lei de Imprensa (Lei nº 7/90/M, de 6 de Agosto). Suscita-se assim a dúvida sobre a sua vigência, em termos paralelos aos ocorridos em Portugal de 1982 a 1995, altura em que foi expressamente revogado pelo diploma que aprovou o CP 95. Pronunciando-se pela vigência, cfr. Capelo de Sousa, *O direito...*, pág. 311, nota 778. Afigura-se-nos que, em Macau, se poderá sustentar a sua revogação implícita pelo CPM dada a existência de agravações de penas em função de o crime ter sido cometido através de órgão de comunicação social (artigo 177º, nº 2 e artigo 192º, ambos do CPM), o que indicará que o CPM teve em conta o fenómeno da comunicação social na regulação do direito à honra, assim se submetendo as ofensas cometidas através da imprensa às regras gerais (cfr. o nº 3 do artigo 37º da Constituição; sobre a questão, cfr. Faria e Costa, *O perigo...*, págs. 209 e segs.)

⁵⁰ E outros, como o direito à ressocialização (cfr. nota 45).

⁵¹ Estes direitos têm pois uma estrutura de princípios e não de regras, o que implica não a sua aplicação em termos de “tudo-ou-nada” mas sim a sua concordância prática em termos de ponderação face ao caso concreto, salvaguardando o conteúdo essencial de cada direito (cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, págs. 533 e seg.). Quanto à liberdade de imprensa, resulta com toda a clareza do nº 3 do artigo 37º da Constituição que a tutela constitucional não é absoluta.



daqueles pois destina-se a divulgar factos, opiniões, sons e imagens. São pois bens jurídicos “intrinsecamente conflituais” (COSTA ANDRADE), pois todos eles correspondem a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados⁵², sendo que nenhum deles tem valor absoluto.

Caberá indagar qual o fim que a divulgação de factos da vida privada tem em vista prosseguir e também o relevo comunitário do assunto. A revelação de factos de interesse comunitário – aqui perpassando a distinção público-privado – designadamente para formação da opinião pública, será admissível. Mas já não a revelação de factos sem qualquer interesse comunitário, designadamente em que avulte o propósito de devassa.

Nesta matéria é útil ter também alguma abertura ao contexto social em que a exposição da privacidade se dá. Assim, a título ilustrativo, refira-se que nos EUA, especialmente no contexto de campanhas políticas, é usual a imprensa desenvolver investigações aturadas e exaustivas de todo o passado das figuras públicas, que inclui não apenas o desempenho político e profissional, mas também os mais variados pormenores da vida íntima (como as desavenças e infidelidade conjugais), no quadro de um ambiente social de algum puritanismo, podendo dizer-se que as *Personen der Zeitgeschichte* em sentido absoluto não têm nem privacidade nem intimidade, exigindo a opinião pública americana uma vida privada sem qualquer mácula. Tal não é manifestamente o caso em sociedades como a portuguesa, em que tais extremos não são atingidos.

7. Devassa por meio de informática

Não cabe aqui insistir no conhecido contexto em que se dão os desenvolvimentos do ordenamento jurídico motivados pelos avanços da informática⁵³.

⁵² A liberdade de imprensa é dado irrenunciável numa sociedade aberta pois corresponde a um valor fundamental: a liberdade de expressão do pensamento e está ao serviço de outros valores, como a denúncia da corrupção. Porém, é potencialmente agressora da privacidade e da honra e tem uma danosidade social agravada, praticamente impossível, no plano factual, de controlar, sendo o direito de resposta claramente ineficaz (Costa Andrade, *Liberdade...*, págs. 65 e segs.). Sobre a compreensão, a função e a importância da liberdade de imprensa num Estado democrático (como veículo da liberdade de expressão, como factor de formação da opinião pública, como difusor de cultura, entre outras funções), cfr. Costa Andrade, *Liberdade...*, págs. 39 e segs.

⁵³ A “revolução informática” começa nos anos 60. Até aos anos 80 foi a era dos “grandes” computadores, os *mainframes*. A partir do início da década de 1980, o computador pessoal (*personal computer*, ou PC) desenvolveu-se de forma espectacular. As características técnicas dos computadores pessoais têm-se desenvolvido e aumentado de forma exponencial, a todos os níveis: processadores, formas e capacidade de armazenamento de dados (como o disco rígido ou o CD-ROM), memória, velocidade de comunicação entre computadores através de linhas telefónicas, etc. Simultaneamente, os custos associados têm baixado drasticamente. Conjuntamente, estes desenvolvimentos significam que qualquer pessoa pode hoje ter acesso a tecnologias de que há não muitos anos normalmente apenas organizações como governos ou empresas poderiam dispor – caso já existissem –, o que constitui, no plano dos factos, uma “democratização da informática”.



Em suma, o progresso informático teve e continua a ter os mais variados reflexos em todos os domínios, como o industrial, o financeiro ou o das comunicações. Mas o progresso técnico é ambivalente: tem vantagens e riscos – a técnica liberta e escraviza o homem.

Esta incriminação representa apenas um aspecto da complexa problemática da tematização jurídica da protecção dos dados pessoais face à informática⁵⁴ e do direito à autodeterminação informacional⁵⁵. Concretamente, em Portugal consiste numa das infracções criminais legalmente previstas nesta área, a par das previstas na legislação que regula a matéria, a Lei nº 10/91, de 29 de Abril. Em Macau não existe legislação equivalente.

Na base da incriminação em análise está o facto de que os bancos de dados são uma fonte de perigos para a privacidade, a liberdade e, em último termo, para a democracia: permitem o registo permanente e tendencialmente completo da história pessoal através da interconexão dos ficheiros. No horizonte surge assim o espectro de uma sociedade totalitária, controlada por um “big brother” que, através da informática, tudo sabe sobre os seus cidadãos⁵⁶. Há também o perigo da multiplicação incontrolada de ficheiros.

Assim, como decorrência directa do nº 3 do artigo 35º da Constituição, é proibida a criação, manutenção ou utilização de ficheiros automatizados de da-

Os autores têm salientado, com razão, os perigos da informática. No dizer de um autor, “a informática participa numa dinâmica própria que favorece o reforço dos centros de poder em prejuízo das liberdades individuais” (Xavier Bellefonds, *L’informatique et le droit*, cit. in Agostinho Eiras, *Segredo de justiça...*, pág. 67). E, porém, com o advento da Internet, os dados alteraram-se (a Internet é uma rede de redes – uma “teia” –, iniciada nos EUA, que hoje cobre todo o mundo). São agora de alguns governos as vozes que afirmam a necessidade imperiosa de, perante o “caos” e a “anarquia” que seria a Internet, impor “ordem” e “regras”, no que configura um discurso de *law and order* na área informática. Porém, a Internet não possui qualquer centro ou administrador responsável pelo conjunto da rede (sendo a comunicação feita com base em protocolos comuns, como o TCP/IP ou o PPP), o que constitui um desafio de tomo a quaisquer tentativas de controle. Dado o seu carácter internacional, os esforços de qualquer legislador nacional para controlar realidades como o jogo ou a pornografia estão à partida votados ao fracasso, salvo se pura e simplesmente se impedisse o acesso dos cidadãos às tecnologias em causa (o que, porém, numa sociedade democrática, seria impensável; e tanto mais porquanto implicaria a eliminação ou nacionalização de vários segmentos da indústria e dos serviços informáticos). Por outro lado, o surgimento de novas tecnologias de encriptação (por exemplo o programa PGP: *pretty good privacy*), que o governo dos EUA regulamenta de forma equiparada às tecnologias militares, parece significar que o *e-mail* será a forma de comunicação mais segura, por poder ser de todo em todo indecifrável.

⁵⁴ E, mais latamente, da problemática do enquadramento jurídico da informação. Para uma tentativa de sistematização global, cfr. Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da informação*, págs. 18 e segs.

⁵⁵ Trata-se de um “superconceito” que aglutina um feixe de direitos de domínio sobre a informação. O direito à autodeterminação informacional é o poder de decidir se e quem pode utilizar a informação que à pessoa diz respeito (cfr. Costa Andrade, *Sobre a reforma...*, pág. 435 e Agostinho Eiras, *Segredo de justiça...*, págs. 78 e segs.).

⁵⁶ Cfr. Agostinho Eiras, *Segredo de justiça...*, págs. 67 e segs., com referências de direito internacional e comparado.

dos individualmente identificáveis e referentes a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, à vida privada ou à origem étnica (artigos 193º do CP 95 e artigo 187º do CPM) – os chamados “dados pessoalíssimos”⁵⁷. É de notar que o CPM, diferentemente do CP 95, não se refere a ficheiros sobre filiação partidária ou sindical⁵⁸.

Quanto à proibição de ficheiros automatizados sobre a origem étnica, diga-se que não será a privacidade o bem jurídico cuja protecção motivou o legislador a incluir na proibição este tipo de ficheiros. Dificilmente se poderá sustentar que a etnia é matéria privada, por ser um dado notório, e não reservado. É manifesto que estará aqui em causa a problemática do racismo e não a da privacidade⁵⁹.

O preceito abrange também as convicções filosóficas e religiosas. Trata-se de matérias que se podem reconduzir a aspectos essenciais da liberdade de consciência⁶⁰. O bem jurídico tutelado é pois a privacidade destas convicções ou opções. Quanto às convicções religiosas, o preceito constitui eloquente expressão jurídica da secularização, pois expressamente afirma que as convicções religiosas relevam da interioridade: a consciência “privada” de cada um.

Quanto às convicções políticas, está em causa a sua privacidade⁶¹ e, indirectamente, a autenticidade da democracia.

Por último, proibem-se em geral ficheiros sobre a “vida privada”. O problema é, de novo saber as fronteiras deste conceito, valendo as considerações tecidas a propósito da devassa da vida privada, em relação à qual este tipo representa uma tutela alargada ou antecipada, por se tratar de um crime de perigo abstracto⁶².

⁵⁷ Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados*, págs. 725 e segs.

⁵⁸ O que, no que respeita à filiação sindical, mal se compreende, pois a Lei Básica, no seu artigo 27º, garante o direito de “organizar e participar em associações sindicais e em greves”.

⁵⁹ Esta consideração teleológica poderá permitir a redução do tipo a situações em que o que esteja em causa seja um problema de igualdade ou não discriminação. Sem prejuízo de um estudo do assunto, afigura-se-nos à primeira vista que em Macau, sociedade multicultural, poderá de facto ser mais provável o surgimento de bases de dados com alusões à etnia, porém sem intuídos discriminatórios. A etnia dá indicações genéricas quanto à cultura, língua e preferência das pessoas, o que é importante num prisma de *marketing*.

⁶⁰ A liberdade de religião é um aspecto da liberdade de consciência, tendo-se estas duas liberdades autonomizadas com o processo de secularização. Cfr. José Lamego, *‘Sociedade aberta’ e liberdade de consciência*, págs. 3 e segs.

⁶¹ Cfr. supra, nota 41.

⁶² Não se trata de um crime de dano nem sequer de um crime de perigo concreto. O perigo que motivou o legislador foi manifestamente o dos abusos a que a disponibilidade de informações sobre as matérias previstas pode dar lugar. Sobre a problemática dos crimes de perigo abstracto, cfr. Faria e Costa, *O perigo...*, págs. 620 e segs.



8. Violação de correspondência ou telecomunicações

Esta matéria é objecto de referência constitucional (artigo 34º, nº 1 e nº 4) e encontra-se regulada no artigo 188º do CPM e no artigo 182º do CP 95, onde se pune:

- a) a mera abertura de carta, encomenda ou outro escrito fechado;
- b) a tomada de conhecimento, por processos técnicos, do conteúdo;
- c) o impedimento da recepção pelo destinatário;
- d) a intromissão no conteúdo de telecomunicação;
- e) a divulgação do conteúdo.

O bem jurídico tutelado é, assim, a confidencialidade das comunicações – o segredo epistolar (que se deve entender como referido não apenas às cartas, mas também a outras formas de comunicação escrita como o telex, o fax e o *e-mail*)⁶³ e o segredo das comunicações telefónicas – ou seja, o direito de que a mensagem que apenas se pretende que seja recebida por certa pessoa não seja lida ou escutada por terceiro.

Pressupõe-se pois uma relação de comunicação, abrangendo-se dois tipos. Por um lado, comunicações postais ou outras que têm de fisicamente efectuar um percurso para atingir o destinatário (por exemplo, cartas ou encomendas) e que, portanto, podem ser devassadas (no sentido de abertas) ou impedidas de chegar ao destino (por exemplo, destruídas). Em relação às comunicações deste tipo, a inovação introduzida foi o acrescento da punição do facto de se impedir a recepção pelo destinatário⁶⁴ – que não será já um atentado à privacidade mas sim à efectividade das comunicações (o interesse em que estas atinjam o seu destino).

Por outro, comunicações sem este referente físico, que se consubstanciam na transmissão de sinais sonoros ou outros, que podem ser escutados, lidos ou descodificados.

É de referir que, em Macau, o regime constante do artigo 188º do Código Penal é idêntico, quer na definição do tipo de crime, quer nas penas, ao regime que já constava da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, com apenas a excepção da substituição da referência a “comunicação telefónica, telegráfica ou telecopiada” por “telecomunicação” – o que, dado o carácter genérico da expressão utilizada, representa um alargamento da incriminação, que, assim, abrange outras realidades como o correio electrónico.

Em estreita ligação com esta matéria, é também punida a violação de segredos de correspondência ou telecomunicações por funcionários dos serviços de correios, telégrafos e telefones (artigos 349º, CPM e 384º, CP 95).

⁶³ Sobre o segredo epistolar, cfr. De Cupis, *Os direitos de personalidade*, págs. 147 e segs.

⁶⁴ Cfr. *Actas*, pág. 312.



9. Violação de segredo profissional

As pessoas que, em razão da sua profissão, pública ou privada, têm acesso a segredos alheios, têm uma obrigação estrita de confidencialidade (artigos 189º e 348º, do CPM; e artigos 195º e 382º, do CP 95). É uma dimensão essencial da tutela da privacidade. Trata-se de garantir, em termos estritos, a privacidade implícita e exigível em certas relações de confiança, que pela sua própria natureza implicam o conhecimento por terceiros de informações de natureza privada. Há espaços e situações onde há uma expectativa legítima de privacidade e reserva por parte de certos profissionais (por exemplo: advogados, médicos, instituições financeiras) e nelas, como refere RODRIGO SANTIAGO: “o segredo profissional constitui o étimo fundante de uma sã relação de confiança”⁶⁵.

O crime tem uma estrutura formal: consubstancia-se com a mera revelação do segredo⁶⁶, ou seja, o alargamento do universo das pessoas que dele têm conhecimento.

Em relação ao CP 82, o CP 95 e o CPM trazem, nesta matéria, algumas inovações. Para além do facto de o crime de violação de segredo profissional ter sido “desdobrado” em dois tipos, é de salientar que a prossecução de interesses legítimos, uma causa de justificação específica consagrada no artigo 185º, do CP 82, foi eliminada. O mesmo sucedeu com a referência à possibilidade de intervir uma “justa causa”⁶⁷. Assim, são aplicáveis apenas as causas de justificação gerais, o que representa um estreitamento das possibilidades de justificação da violação do segredo profissional⁶⁸. Porém, pode suceder que o legislador, quer em regras de processo penal, quer ao regulamentar cada uma das profissões ou actividades sujeitas a segredo profissional, crie novas excepções aos deveres de confidencialidade⁶⁹. Qualquer que seja a valoração que se faça das excepções criadas, esta será uma via

⁶⁵ *Do crime de violação de segredo...*, pág. 104.

⁶⁶ Sobre o conceito de segredo, cfr. Rodrigo Santiago, cit., págs. 88 e seg. e págs. 114 e segs.

⁶⁷ Sobre o estatuto dogmático e a função normativa do inciso “sem justa causa”, cfr. Figueiredo Dias, *O problema...*, págs. 447 e segs. Trata-se de um inciso que constitui uma “menção redundante da ilicitude” sem outra função que não a de “chamar a atenção para a possível intervenção de tipos-justificadores”, por se estar numa área em que tal sucederá com alguma frequência. A menção terá sido retirada apenas por introduzir um factor de complexidade acrescida – perfeitamente dispensável – na interpretação dos preceitos legais, não significando por isso um alargamento do âmbito da criminalização.

⁶⁸ Costa Andrade (*Liberdade...*, págs. 381 e seg.) inclina-se no sentido de a prossecução de interesses legítimos, apesar de eliminada, continuar a relevar em matéria de violação de segredo profissional, mas já não noutros âmbitos não explicitados na Parte Especial. Discordamos, pois pura e simplesmente não parece haver apoio legal para esta afirmação. Se o legislador eliminou a prossecução de interesses legítimos como causa de justificação específica da violação de segredo profissional, parece linear a conclusão de que apenas são aplicáveis as causas de justificação gerais previstas na Parte Geral do Código Penal.

⁶⁹ É o que sucede, por exemplo, em Portugal, com a legislação que, na sequência da criminalização do “branqueamento de capitais”, consagrou para um conjunto de instituições financeiras o dever de *denunciar* transacções suspeitas, que justificam a violação do segredo a título de cumprimento de um dever imposto por lei. A criminalização do branqueamento de capitais foi em



mais segura de delimitar com clareza os casos em que a violação do segredo poderá ou deverá ocorrer, pois será então o legislador que, expressa e claramente, abre excepções ao dever de confidencialidade precisamente em nome de interesses que considera de maior importância. Não resta pois campo de aplicação para a prossecução de interesses legítimos, que seria factor de incerteza e insegurança na determinação das excepções à obrigação de confidencialidade.

No âmbito público, é especialmente punida a violação de segredo por funcionário (artigo 348º, do CPM).

10. Aproveitamento indevido de segredo

Como resultado do referido “desdobramento” do anterior artigo 185º, do CP 82, surge agora na lei o crime de aproveitamento de segredo alheio (artigo 190º do CPM e artigo 196º do CP 95).

Trata-se aqui de proteger informação com valor económico ou comercial. O crime consubstancia-se com o aproveitamento económico de segredo a que o agente teve acesso por via do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte⁷⁰ – é como que um “abuso de confiança” referido a informações. O bem jurídico parece pois ser a confiança indispensável nas relações profissionais, em que o ingresso numa ocupação muitas vezes implica o acesso a informações confidenciais de natureza “estratégica”⁷¹.

Trata-se de um crime de dano, de natureza patrimonial, com vasto campo de aplicação no mundo dos negócios, que visa evitar que se não causem prejuízos ao detentor do segredo.

11. Gravações e fotografias ilícitas

Os crimes de gravações e fotografias ilícitas não se restringem à privacidade, tendo-se autonomizado desta, pelo que poderiam já não ser abordados num texto que visa tratar apenas o direito à privacidade.

O crime de gravações ilícitas visa tutelar o direito à palavra falada – que tem tutela constitucional (artigo 26º, nº 1) mas não já na Lei Básica –, cada vez

Portugal operada pelo artigo 23º do D.L. nº 15/93, de 23 de Janeiro, em conexão com o tráfico de droga, e posteriormente alargada a outras incriminações (artigo 2º do D.L. nº 325/95, de 2 de Dezembro). O dever de denunciar transacções suspeitas resulta do artigo 10º do D.L. nº 313/93, de 15 de Setembro. Estes desenvolvimentos legislativos constituem uma clara erosão da privacidade na área financeira.

⁷⁰ E não propriamente com a divulgação do segredo, que pode nem existir (como, por exemplo, se viu supra, nº 3, no caso *Yovatt v. Winyard*) não sendo pois um atentado à privacidade (cfr. *Actas*, pág. 319). Por esta razão, e dada a natureza patrimonial desta incriminação, talvez a sua inserção sistemática mais adequada fosse nos crimes contra o património. Cfr. Costa Andrade, *Sobre a reforma...*, pág. 472.

⁷¹ Cfr. Rodrigo Santiago, cit., págs. 118 e segs.



mais ameaçado pelos meios de gravação e, em geral, pela sociedade mediática.

O direito à palavra não tem necessariamente que ver com o direito à privacidade porquanto as palavras objecto de gravação ilícita não têm de ser em privado ou sobre matéria privada, podendo ser sobre qualquer assunto, por mais banal – ou público – que seja. Diferentemente das várias condutas incriminadas no crime de devassa da vida privada, o crime de gravações ilícitas não exige uma intenção de devassa.

Trata-se antes de uma ofensa a uma área de domínio que consiste no direito de decidir quem pode gravar a voz e, uma vez gravada, se e quem a pode escutar⁷². Não se trata pois de um delito de indiscrição – e, consequentemente, deixou, no plano sistemático, em Portugal, de integrar o capítulo dos crimes contra a privacidade⁷³.

Quanto às gravações, a regra primária que se depreende do Código Penal é que a gravação, para ser lícita, tem de ser autorizada, pois o tipo abrange qualquer gravação feita sem consentimento. Se houver acordo, a gravação é atípica, correspondendo ao exercício de uma liberdade por parte do titular. Porém, a gravação só pode ser usada para os fins para que foi concedida a autorização.

Não é pois a privacidade o bem jurídico protegido⁷⁴, embora a distinção entre o público e o privado esteja presente aqui de novo já que as palavras penalmente protegidas são apenas as “não destinadas ao público”, no sentido de destinadas a uma audiência circunscrita ou fechada⁷⁵. Os telefonemas, como acima se viu⁷⁶, são considerados pela lei como privados por definição.

A tutela penal abrange duas áreas ou momentos, que cabe distinguir: a feitura da gravação, por um lado, e a sua utilização não consentida, por outro.

Num primeiro momento, tutela-se a feitura de gravações sem consentimento, incluindo palavras dirigidas a quem faz a gravação.

Num segundo momento, tutela-se a manipulação arbitrária da palavra gravada. Nos termos expressos da lei, mesmo que a gravação tenha sido feita licitamente, a sua utilização não consentida é típica – o que representa a consagração legal da teoria ou concepção dualista⁷⁷.

⁷² Costa Andrade, *Consentimento...*, págs. 497 e segs, *Liberdade...*, pág. 125 e *Sobre a reforma...*, págs. 464 e segs.

⁷³ Mas não em Macau, sem que para tal se descortine qualquer explicação. Sobre a evolução e as etapas ou estádios que atravessa ou pode atravessar a progressiva autonomização da tutela da imagem, cfr. Costa Andrade, *Liberdade...*, págs. 127 e segs.

⁷⁴ Costa Andrade, *Sobre a reforma...*, págs. 470 e segs.

⁷⁵ O estatuto do *off-the-record* (trazido recentemente ao primeiro plano mediático em Portugal) tem precisamente o sentido de, na presença de um jornalista, distinguir entre palavras em privado e palavras destinadas a divulgação através dos órgãos de comunicação social. Pelo que a gravação não autorizada de palavras proferidas *off-the-record* preenche o tipo de crime de gravações ilícitas.

⁷⁶ Cfr. supra, n° 8.

⁷⁷ Cfr. Costa Andrade, *Sobre a reforma...*, págs. 476 e segs.



Já não se abrange na tutela penal da palavra a difusão da gravação, por exemplo através de um relato oral (por exemplo, radiofónico) ou transcrição (por exemplo, na imprensa) feitas com base na gravação ilícita⁷⁸. Isto porque, por um lado, já não é a palavra “coisificada” que está directamente em jogo. Por outro, relevam outros valores como o direito ao segredo das fontes de informação.

Considerações muito idênticas se podem tecer acerca do crime de fotografias ilícitas, por este ser semelhante ao crime de gravações ilícitas, com a diferença fundamental de que só são típicas as violações do direito à imagem contra vontade do titular⁷⁹.

Nestes termos, também o direito à imagem tem tutela penal autónoma nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Macau, pois a incriminação não depende da existência de uma violação da intimidade/privacidade. São puníveis, nos termos de uma tutela dualista, quer a fotografia ou filmagem, quer a utilização destas (por exemplo na imprensa, na televisão ou através de redes informáticas), ainda que hajam sido licitamente obtidas.

As pessoas que fazem a história do seu tempo, nos termos do nº 2 do artigo 79º do Código Civil, poderão ver a sua imagem captada sem consentimento⁸⁰. É de notar que, nos termos desta disposição, são excluídas da tutela civil e como tal da tutela penal as imagens enquadradas nas de lugares públicos⁸¹.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

12. Áreas protegidas pelos crimes contra a privacidade

Terminado o percurso que nos havíamos proposto, verifica-se que há alguma complexidade ou heterogeneidade nas realidades tuteladas sob a designação de crimes contra a privacidade. Tutelam-se é certo, “expressões concretizadas e estabilizadas da liberdade geral de acção ou do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”⁸², mas não enquadráveis numa só perspectiva.

A privacidade penalmente tutelada não é pois uma realidade unívoca, mas sim multifacetada, comportando várias dimensões, que visam proteger aspectos diferentes da autonomia e da liberdade da pessoa. Assim, o “entrincheiramento”; as comunicações; as informações privadas em geral (as-

⁷⁸ Costa Andrade, *Liberdade...*, pág. 230 e págs. 313 e segs.

⁷⁹ Cfr. *Actas...*, págs. 529 e segs. e, desenvolvidamente, Costa Andrade, *Sobre a reforma...*, págs. 487 e segs.

⁸⁰ São aqui aplicáveis, *mutatis mutandis*, as considerações acima expendidas sobre as pessoas da *Zeitgeschichte*. Cfr. *supra*, nº 6.

⁸¹ Se se tratar de um espectáculo público em que, por cláusula inserta nos bilhetes de ingresso, é expressamente proibido tirar fotografia e gravar o som e/ou a imagem, haverá tutela penal? Não parece; os interesses em causa são patrimoniais, e não da esfera da privacy. Os crimes de gravações e fotografias ilícitas não se afiguram preordenados à tutela de interesses patrimoniais.

⁸² Costa Andrade, *Liberdade...*, pág. 71.



sumindo aqui particular destaque as convicções filosóficas, religiosas, políticas ou partidárias reservadas); as expectativas de reserva no âmbito de relações profissionais; os segredos de valor patrimonial; e, numa perspectiva mais ampla, a palavra e a imagem.

As formas típicas de tutela do bem jurídico variam: a par de crimes de perigo surgem crimes de dano, que pressupõem um conceito material de privacidade. Por outro lado, tratam-se de incriminações contra valores pessoais, havendo porém uma incriminação que visa claramente defender interesses patrimoniais.

Noutro plano, por um lado há uma tutela predominantemente espacial, a referente ao domicílio e aos espaços vedados. Por outro, há uma área de tutela que respeita predominantemente a informação em sentido amplo: informações relativas à vida privada (incluindo os dados pessoalíssimos), segredo das comunicações, segredo profissional, segredo dos negócios, gravações e fotografias. Em jeito de conclusão, poderemos elencar, em termos sintéticos, as várias dimensões da tutela da privacidade que, ao longo do presente escrito, fomos surpreendendo.

I. Espaços

- a) domicílio – invasão física ou não abandono após intimação;
- b) domicílio – perturbação das funções através de telefonemas (“sossego telefónico”);
- c) espaços vedados ao público – introdução ou permanência não autorizadas.

II. Informações pessoais

- a) divulgação de factos relativos à vida privada;
- b) acumulação de dados pessoalíssimos através de ficheiros automatizados;
- c) violação do segredo profissional.

III. Comunicações

1. Telefonemas:
 - a) intromissão, com intenção de devassa.
2. Cartas, encomendas ou outros escritos fechados:
 - a) abertura;
 - b) tomada de conhecimento, por processos técnicos, do conteúdo;
 - c) impedimento da recepção pelo destinatário;
 - d) divulgação do conteúdo.
3. Telecomunicações:
 - a) intromissão no conteúdo;
 - b) divulgação do conteúdo.

IV. Segredos comerciais, industriais, profissionais ou artísticos

- a) aproveitamento indevido de segredo.



V. Palavra

1. Tutela autónoma: crime de gravações ilícitas.
2. Tutela no âmbito da privacidade (com intenção de devassa):
 - a) escuta às ocultas de palavras proferidas em lugares privados.

VI. Imagem

1. Tutela autónoma: crime de fotografias ilícitas.
2. Tutela no âmbito da privacidade (com intenção de devassa):
 - a) reificação da imagem das pessoas;
 - b) observação às ocultas de pessoas em lugares privados;
 - c) reificação da imagem de objectos íntimos;
 - d) reificação da imagem de espaços íntimos.

13. Os novos desafios à privacidade

Como vimos, o que “faz mexer” a privacidade, a palavra e a imagem é o progresso técnico e a evolução da moral positiva⁸³ e, neste quadro, é indiscutível que a recente reforma penal consagrou uma ampla tutela da privacidade que merece todo o aplauso.

Porém, deste facto não resulta que no ordenamento jurídico no seu conjunto não surjam novas ameaças à privacidade.

Com efeito, a privacidade é um bem jurídico por assim dizer “frágil”, facilmente atacado por desenvolvimentos legislativos em várias áreas à margem dos Códigos Penais⁸⁴. Designadamente, é um dos bens jurídicos mais ameaçados pelas tendências para o endurecimento do direito penal⁸⁵ e da sua utilização não já como *ultima* mas sim como *prima* ou mesmo *única ratio*.

⁸³ Já atrás exemplificámos com a matéria da sexualidade. Cfr. nota 39.

⁸⁴ Por exemplo, os desenvolvimentos legislativos relativos ao “branqueamento de capitais”. Cfr. nota 69.

⁸⁵ Cfr. Winfried Hassemer, *A segurança pública no estado de direito*, que põe em destaque que a percepção pública do crime aliada à agitação de forma muitas vezes populista do tema no âmbito de discursos de *law and order*, são factores poderosos de reformas legislativas que conduzem invariavelmente à compressão dos direitos fundamentais.



BIBLIOGRAFIA

- Andrade, Manuel da Costa,
 - * *Consentimento e acordo em direito penal*, Almedina, Coimbra, 1990.
 - * *Sobre a reforma do Código Penal português*, RPCC, ano 3, 2º a 4º, Abril-Dezembro de 1993, pp.427 e segs.
 - * *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- Campos, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed., Coimbra, 1992.
- Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 1993.
- Canotilho, J. J. Gomes-Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Rei dos Livros, Lisboa, 1993 (citado: *Actas*).
- Correia, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, II, Almedina, Coimbra, 1968.
- Costa, Faria e, *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- Cupis, Adriano De, *Os direitos da personalidade*, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961.
- Dias, Jorge de Figueiredo,
 - * *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
 - * *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*, in *Revista Jurídica de Macau*, Vol. II, nº 1, Janeiro-Abril de 1995, págs.13 e segs. (publicação bilingue português-chinês).
 - * *Direito Penal Português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*, Aequitas e Editorial Notícias, Lisboa, 1993.
 - * *O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma*, RPCC, ano 3, 2º a 4º (Abril-Dezembro de 1993), págs. 161 e segs.
- Dias, Jorge de Figueiredo-Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia - o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- Eiras, Agostinho, *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- Ernst, Morris-Schwartz, Alan, *Privacy - The right to be let alone*, MacGibbon & Kee, Londres 1968 (edição original americana: MacMillan Co., New York, 1962).
- Gonçalves, Maia, *Código Penal Anotado*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1996.
- Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da informação*, Almedina, Coimbra, 1994.
- Gouveia, Jorge Bacelar, *Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados*, in *ROA*, ano 51º, III, Dezembro, 1991, págs. 699 e segs.
- Hassemer, Winfried, *A segurança pública no estado de direito*, pub. após *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*, AAFDL, Lisboa, 1995.
- Jorge, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimp.)



- Lamego, José, *'Sociedade aberta' e liberdade de consciência – o direito fundamental de liberdade de consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985.
- Lima, Pires de-Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- Santiago, Rodrigo, *Do crime de violação de segredo profissional*, Almedina, Coimbra, 1992.
- Sousa, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- Stratenwerth, Gunther, *Derecho penal, Parte General, I, El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982 (trad. da 2ª ed. alemã, de 1976).
- Warren, Samuel-Brandeis, Louis, *The right to privacy*, in Ernst, Morris-Schwartz, Alan, *Privacy – The right to be let alone*, cit., págs. 47 e segs. Originalmente publicado in *Harvard Law Review*, vol. IV, n° 5 (1890).

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BO	Boletim Oficial
CC	Código Civil
CP 52/86	Código Penal de 1852/86
CP 82	Código Penal Português de 1982, na redacção vigente até à reforma de 1995
CP 95	Código Penal português de 1982, reformado pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março
CPM	Código Penal de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei nº 58/95/M, de 14 de Novembro
DCLC	Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau
MP	Ministério Público
RAEM	Região Administrativa Especial de Macau
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RPC	República Popular da China
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

