

Direitos Fundamentais e Telecomunicações

Conflitualidade entre Direitos Fundamentais e Bens Comunitários¹

Pedro Ferreira,

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

1. A DIGNIDADE DO HOMEM FACE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

Nos anos mais recentes, mercê do dinamismo introduzido por tecnologias cada vez mais complexas e eficazes e do relevantíssimo papel social, económico e político atribuído à informação, as comunicações, e dentro deste universo as telecomunicações em particular, passaram a constituir o novo referencial da vida (pós)moderna.

De facto, será difícil, numa sociedade que nos fez informático-dependentes, dispensarmos por muito tempo a possibilidade de realizarmos comunicações à distância, de modo que, dispositivos como o telefone, o *pagging*, a televisão e o computador estão de tal modo presentes nas diversas situações da vida que, na sua falta, nos sentimos amputados, diminuídos e isolados. Mais do que isso, a omnipresença dos dispositivos e tecnologias de comunicação faz com que sejam eles a determinar, a nível das relações pessoais, a medida da nossa existência e participação num mundo crescentemente cibernético, pois quem não comunica, não existe. É este aspecto que pode ser visto como a pedra de toque da modernidade, isto é, o anseio pela criação de um futuro, em que a liberdade de comunicar, se possa dotar de tecnologias aptas a dar expressão a um novo “saber” e a um novo “ser”.

A própria intervenção e participação política, isto é, as possibilidades de expressão e de acesso à informação, porquanto é esta que alicerça o poder, passa a depender dos meios técnicos na disponibilidade de quem legitima o poder e de quem o exerce. Assim, do ponto de vista do ordenamento social, é quase impossível conceber nos dias de hoje organizações humanas sem telecomunicações, pois isso equivaleria a dizer que estaríamos perante sociedades sem informação, sociedades-arquivo,

¹ O presente texto constitui, com algumas alterações e actualizações decorrentes sobretudo da entrada em vigor do novo Código Penal e do novo Código de Processo Penal, o trabalho final do módulo de Direito Constitucional do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, ano de 1994-1995, cuja regência esteve a cargo do Dr. Gomes Canotilho e Dr. Vieira de Andrade.



estáticas, fechadas sobre si próprias e pouco afoitas ao desenvolvimento. Sociedades em que os poderes acabariam por assentar num monopólio não legitimado, logo não democrático, em que a comunicação seria algo a dar/permitir, por via de tal centro macrocéfalo, mas nunca pré-adquirido pelos indivíduos emissores e receptores da comunicação.

Em última instância, tais sociedades seriam produtoras estéreis de informação, pois esta só existe e vale porque se comunica e se desenvolve num processo de troca generalizado, quer pessoal quer colectiva, caracterizado por uma dinâmica de transmissão-(transformação)-fixação. É, aliás, o livre fluir informacional do homem para o Homem e deste para aquele, que motiva a dinâmica de construção e estabilidade/ruptura das relações sociais, económicas e políticas.

Por este imperativo, não é possível falarmos de direitos fundamentais chamados a intervir numa relação de comunicação, sem ter em conta os meios nela utilizados. Significa isto que os dispositivos de comunicação passaram, eles próprios, a integrar o espaço reservado de comunicação, o qual se supunha tradicionalmente radicar em exclusivo na mensagem, e a determinarem a relevância e o peso dos direitos fundamentais não só dos interlocutores, mas também dos terceiros exteriores à comunicação que nela podem influir. Em grande parte são as tecnologias de comunicação que, ao fazerem incidir a sua relevância nas relações sociais, que é o mesmo que dizer, na configuração dos diversos direitos fundamentais correlacionados, determinam a concreta posição jurídica dos interlocutores. E isto não deixa de ser paradoxal.

Primeiro, porque as liberdades e direitos fundamentais relacionadas com a comunicação passam a depender do investimento tecnológico e este, por sua vez, passa a depender do contexto do exercício daqueles direitos e liberdades. De facto, se, por um lado, é a informação que, em larga medida, determina a escolha do meio, por razões estritamente técnicas, por melhor adequação do conteúdo ao meio ou por razões de demonstração mediática, por outro, temos que reconhecer que *“as liberdades de comunicação e de informação são (...) função da natureza, dimensão e condições de acesso e utilização dos instrumentos técnicos disponíveis”*². Por conseguinte, a informação, porque se afirma cada vez mais pela capacidade de encenação ou demonstração mediática ou tecnológica que cada um consegue investir no acto de comunicação, é representativa das desigualdades de poder entre comunicadores³. Acrescente-se que a extensão desta dependência é tanto maior quanto sabemos que se passou *“De uma sociedade em que a produção e as trocas se baseavam largamente na mercadoria”*, para uma outra *“na qual a informação, realidade incorporada, adquire valor económico crescente e passa a ser o recurso estratégico”*⁴. Riqueza, alfabetismo e poder são conceitos que se aferem cada vez mais por escalas tecnológicas.

² Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, p.28.

³ As diferenças na demonstração mediática chegam mesmo a revelar diferenças de nível socio-económico. António Carlos dos Santos, et. al., *Direito Económico*, p. 492, refere com justiça que *“o exercício pleno da liberdade de informação depende do poder, largamente condicionado por factores económicos, de possuir (ou ter acesso a) e utilizar as tecnologias da informação e das telecomunicações”*.

⁴ António Carlos Santos, et al., *Direito Económico*, p. 487.



Segundo, porque quanto mais as novas tecnologias nos aproximam do mundo (o “mundo” dos outros), mais o nosso fica exposto e desprotegido. É verdade que os meios de comunicação potenciam a intimidade do contacto entre os interlocutores a um nível que, na sua ausência, era impossível de atingir, alargam os horizontes da experiência, possibilitam uma nova apropriação e intervenção no real, reduzem o espaço e o tempo, integram culturas, numa palavra, afirmam perante os outros a nossa esfera de autonomia. Mas, também não é menos verdade que essa abertura tem o custo adverso de permeabilizar ainda mais a já de si ténue fronteira da vida privada e da intimidade, de apertar o espaço privado em favor dos outros e, conseqüentemente, inflacionar a informação na sua posse⁵.

Em boa verdade, o receio de violação, o medo da intromissão de terceiros naquele universo particular e muito especial que nasce e inere ao acto de comunicar, não é novo⁶, tendo sido essa a razão, aliás, pela qual se justificou desde sempre a tutela dispensada à intimidade. O que as capacidades acrescidas das novas tecnologias⁷ vieram trazer, foi a facilitação deste perigo, potenciando os métodos e multiplicando a frequência da sua verificação, podendo-se afirmar que os meios de comunicação têm vindo a “alargar não só o espaço comunicacional, mas também, é evidente, estender, na mesma proporção, o âmbito da possibilidade de agressão aos bens jurídicos pessoais”⁸. São como anjos do bem e do mal porque “se, por um lado, tornaram possível o aumento do tempo de ócio e da criação artística, se afirmaram, por outro, também como veículos privilegiados para o ataque a direitos fundamentais”⁹. Aspecto que representa uma certa preversidade das tecnologias, pois se vivemos num mundo onde “os satélites de telecomunicações fazem já hoje mais pela queda das muralhas ideológicas do que os mísseis e os arsenais nucleares”¹⁰, por outro lado, “a angústia maior do nosso tempo provém talvez de que a mesma geração que viveu o condicionalismo do isolamento está obrigada a viver, a pensar, a entender e a definir o condicionalismo de um mundo inteiramente participante”¹¹. A par da homogeneização, acessibilidade e dissiminação das tecnologias, também a experiência

⁵ Este fenómeno é notado por Joseph Jacob (*Confidential Communications*, p. 134) quando diz: “as both public and private organizations acquire more and more information about individuals, so the area of man’s life which remains private must diminish”.

⁶ Como muito bem refere Don R. Pember “The development of privacy as a legal concept presents a textbook example of the classic struggle within a democracy between the rights of the society and the rights of the individual” (Don R. Pember, *Privacy and the press*, p. 249). Em sentido próximo, Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 510.

⁷ Há a contar aqui não só com as capacidades intrínsecas, mas também com aquelas que resultam de outros fenómenos. É o que sucede com a confluência das indústrias, dos serviços e tecnologias, que têm permitido que diferentes equipamentos utilizem ou permitam utilizar a mesma linguagem disponibilizada por diferentes operadores o que, na prática, facilita o acesso às tecnologias a nível universal.

⁸ José de Faria Costa, *Direito penal especial: lições ao 5º ano do curso de 1994-1995*, p. 3.

⁹ José de Faria Costa, *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada*, p. 4. Também Jose Tobenas refere que “Las nuevas y prodigiosas técnicas traen consigo muchas ventajas para la vida humana e social; pero (...) crean incesantemente nuevos problemas y, sobre todo, facilitan los procedimientos de destrucción del mundo y lesión de los atributos e derechos de la personalidad” (Jose Castan Tobenas, *Los derechos del hombre*, p.199).

¹⁰ António Duarte Rodrigues, *Comunicação e cultura*, p. 26.

¹¹ Adriano Moreira, *Ciência política*, p. 341.



dos homens se torna mais próxima, mais comungada e, porque não dizê-lo, mais perigosa.

Ainda que se reconheça o constante perigo que a nossa actuação mediática representa, não podemos alinhar com as já pouco ouvidas vozes do utopismo pessimista (Howell e Huxley) na visão de um mundo transformado numa “*auténtica vitrina onde vegeta o homem... nú*”¹². Um mundo em que a transparência total anularia a zona de liberdade que define cada indivíduo relativamente aos seus vizinhos.

Pelo contrário, apenas as liberdades de informação e expressão e outros direitos fundamentais com elas relacionados, poderão suportar a estrutura de uma sociedade democrática, e estabelecer as regras de uma adequada convivência e compromisso entre a dignidade do Homem e o progresso tecnológico¹³. Regras capazes de combater essa “*apetência da sociedade técnica para se afirmar e desenvolver à custa da integridade e autonomia da pessoa*”¹⁴ projectada numa dinâmica de “*libertação e servidão*”¹⁵.

Afinal, este é o paradigma que percorre toda a problemática dos direitos fundamentais no virar do milénio: “*como edificar um direito à privacidade se as técnicas de captação e armazenamento das informações estão desenvolvíssimas, se as pessoas se acotovela nas ruas, se comprimem nos transportes e se, sem fazer por isso, se apercebem dos movimentos do vizinho do andar de cima ou do lado?*”¹⁶. Como conciliar “*por um lado, a constante emergência de novos bens jurídicos, correspondentes à descoberta de novas dimensões da pessoa, autonomizáveis na sua dignidade e carência de tutela penais; e, por outro lado, as sequelas de uma civilização*

¹² M. Januário Gomes, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, p. 34.

¹³ Estas regras, no que ao direito internacional diz respeito, mereceram especial atenção logo após a II Guerra Mundial. Assim, logo na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948 e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estipula-se que “*ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação*” (artº 12º). O PIDCP foi aprovado para ratificação em Portugal, pela Lei nº 29/78, de 12 de Junho. Também na Convenção Europeia dos Direitos do Homem se refere que “*qualquer pessoa tem direito ao respeito pela vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*” (nº 1 do artº 8º) não podendo haver “*ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.*” (nº 2 do artº 8º). A CEDH foi aprovada para ratificação em Portugal, pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro. Apesar de não expresse textualmente o direito à reserva das comunicações de telecomunicações está abrangida pelo referido artº 8º. Também, o artigo 32º da Convenção Internacional das Telecomunicações (extendida a Macau através do DL nº 40612, publicado no BO de 7.7.56) estabelece a este respeito que “*Os membros e os membros associados comprometem-se a tomar as medidas possíveis, compatíveis com o sistema de telecomunicações utilizado, para assegurar o sigilo das correspondências internacionais*”, acrescentando o nº 2 “*Reservam-se, porém, o direito de comunicar essas correspondências às autoridades competentes, a fim de assegurarem a aplicação da sua legislação interna ou a execução das convenções internacionais em que sejam partes*” (corresponde ao actual artº 22 da Convenção, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 3/87, de 30.01.87, publicada no DR, I Série, nº 25, de 30.01.87).

¹⁴ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a reforma do código penal português*, p. 449.

¹⁵ José Augusto Sacadura Garcia Marques, *Informática e vida privada*, p. 5.

¹⁶ M. Januário Gomes, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, p. 32.



*de progresso e de risco, a multiplicar exponencialmente as manifestações de danosidade social, sob a forma de atentados à integridade e autonomia pessoais*¹⁷? Com que base podemos delimitar a esfera da intimidade se ansiamos por objectivos contraditórios e que, ao fim e ao cabo, se vão reflectir na tensão conflitual existente entre as práticas usuais de exercício dos próprios direitos fundamentais relacionados com as comunicações e outros direitos ou bens comunitários que com eles podem entrar em colisão?

A resposta a estas questões radicar-se-á na compreensão do funcionamento dos mecanismos de resolução de conflitos dos direitos fundamentais quando em rota de colisão com bens comunitários (compreensão dinâmica), sem prescindirmos, num momento anterior, de compreender a exacta configuração desses direitos e desses bens quando avaliados estaticamente.

De modo a que a definição dos bens jurídicos em causa e, posteriormente do tipo de conflito, fique mais facilitada, tomemos como base de análise o seguinte exemplo¹⁸: *a polícia, no decurso de funções de vigilância, acede ao tráfego (e não à informação) dos seus equipamentos terminais, móveis ou fixos, sem autorização judicial, valendo-se para isso da intervenção do operador do serviço público de telecomunicações (Concessionária).*

2. A ECOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E BENS COMUNITÁRIOS

2.1. Os direitos fundamentais

O facto das comunicações pessoais serem em grande medida concretizadas através de telecomunicações, e a circunstância das novas tecnologias estarem inexoravelmente presentes na vida dos cidadãos e na própria organização do Estado, faz com que se potenciem os problemas entre as necessidades de protecção e segurança da comunidade com a salvaguarda dos direitos fundamentais individuais. Pois se cresce o receio num aumento da probabilidade de violações de direitos fundamentais, crescerão igualmente as medidas de protecção do Estado a fim de pacificar tais receios. E tal processo irá, afinal, conduzir a um aumento da probabilidade de violação de direitos fundamentais pelo próprio Estado, na ânsia de melhor combater condutas agressoras dos particulares. Num e noutro caso, porém, se trata de proteger

¹⁷ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a reforma do código penal português*, p. 434. Ver igualmente a nota 21 e os autores aí citados.

¹⁸ O exemplo, apesar de comum, não é simples e carece de alguns esclarecimentos complementares por forma a enquadrá-lo correctamente:

a) Não se trata de uma intervenção policial na detecção de chamadas mal intencionadas, visto que tal procedimento em caso algum envolvia a quebra do sigilo das comunicações, era passível de ser reconduzido a um tipo legal de crime e era invariavelmente precedido de um acto voluntário do chamado; b) A Polícia solicita as informações sobre o tráfego ao operador do serviço público de telecomunicações, sem autorização de qualquer entidade judiciária; c) A Polícia apenas pretende informações sobre o tráfego, por exemplo, pretende saber quem e para quem se fala, a identificação do número e do local, a quantidade de comunicações estabelecidas e das pessoas envolvidas, sem quebra do sigilo da informação veiculada.



direitos fundamentais, seja essa protecção oposta a outros indivíduos ou ao próprio Estado e, sendo assim, os seus fundamentos e explicação terão igual valência.

Todavia, se a primeira das questões não é nova nem privativa desta área do conhecimento jurídico, pelo contrário, assenta em postulados de há muito conhecidos como o princípio da liberdade de informação, da protecção do sigilo e da reserva da intimidade da vida privada¹⁹, já a segunda adquire contornos novos e desconhecidos até há poucos anos. Isto sucede porque o próprio Estado se vê confrontado com uma disponibilização de meios técnicos sem precedentes, com um repentino abrir da “intimidade” das pessoas e dele próprio (transparência) e com um desenvolver de práticas comunicacionais atípicas que se situam muito para além da mera conversa telefónica.

Em resposta, tem-se procurado rasgar novas fronteiras à extensão dos direitos fundamentais, conferir-lhes novos âmbitos de protecção, tanto através da invenção de novas arquitecturas do sistema garantístico do legislador ordinário²⁰ como através da renovação do catálogo de direitos consagrados a nível constitucional.

Neste percurso é digno de nota, em primeiro lugar, uma especialização da protecção que os novos dispositivos comunicacionais vieram exigir face à protecção tradicional, e que se reflecte, desde logo, no facto do legislador de Macau ter regulado em diploma avulso o sigilo das comunicações e a reserva da intimidade privada (Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro). Como exemplos de especialização da protecção podemos ainda aqui citar o caso da lei portuguesa de protecção de dados pessoais informatizados (Lei nº 10/91, de 29 de Abril com alterações da Lei nº 28/94, de 29 de Agosto) e da Lei da Criminalidade Informática (Lei 109/91, de 17 de Agosto) ó incida essa protecção sobre a informação em si ou sobre a própria tecnologia, por exemplo restringindo a sua posse (proibição de um número único, regime de licenciamento das redes e estações de radiocomunicações), acesso (proibição de acesso de terceiros às informações pessoais, nº 2 do artº 35º da Constituição da República Portuguesa - CRP,

¹⁹ É de notar que “o nascimento da necessidade de tutelar juridicamente a existência de uma zona íntima ou privada nasceu duma particular evolução da técnica” nomeadamente da imprensa, da fotografia, do telégrafo e do telefone (José Augusto Sacadura Garcia, *Informática e Vida privada*, p. 9. Sobre o desenvolvimento do direito à privacidade no seio da revolução da informação cf. M. Januário Gomes, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, p. 24 e ss.

²⁰ Era notória a insuficiência, por exemplo, da protecção penal clássica presente no Código Penal de 1886, alicerçada quase só na criminalização da difamação, da injúria e da violação do segredo (bens jurídicos pessoalíssimos). Neste sentido, Rodrigo Santiago, *Do crime de violação de segredo profissional...*, p. 197. Como bem nota José de Faria Costa relativamente ao campo normático do direito da comunicação, “se aquelas infracções definem o centro do conteúdo e da intencionalidade do âmbito das condutas merecedoras de penas, porque violadoras de bens jurídicos com dignidade penal, estão, por seu turno, impossibilitadas de circunscrever, como rapidamente se intuirá, todo o universo das condutas susceptíveis de punição criminal, enquanto actos de pôr-em-perigo ou de lesão de bens jurídicos conexados, já não com a comunicação em sentido primitivo ou lato, mas com a comunicação realizada através de precisos e particulares meios de comunicação” (José de Faria Costa, *Direito penal especial: lições ao 5º ano do curso de 1994*, p. 3). Ao legislador reserva-se, desta forma, um importante papel de organização, condicionação e adaptação dos preceitos constitucionais por forma a que estes possam funcionar de forma normal na ordem jurídica (Cf. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, p. 225), e isto só pode ser obtido pela compreensão da importância dos próprios meios de comunicação na definição dos contornos dos direitos fundamentais.



proibição de interligação de redes privadas às redes públicas) e utilização (proibição da difusão de elementos pessoais, cfr. restrição do nº 2 do artº 268º CRP relativo ao princípio do arquivo aberto, proibição de interconexão de ficheiros e registos, com excepção dos que contenham dados públicos, artº 35º CRP).

Esta especialização decorre, aliás, da propensão que certos direitos fundamentais, normalmente exercidos através de meios de telecomunicações, possuem para serem violados através dessa mesma espécie de meios. Por exemplo, na perspectiva do direito à comunicação, a violação (intercepção) é sempre perpetrada pela utilização de meios de comunicação de fins pessoais²¹, sendo diferente, contudo, a configuração da violação, consoante o meio ou serviço particular utilizado. E o âmbito das violações é ainda mais alargado pela própria definição de telecomunicações, a qual abarca “qualquer transmissão, emissão ou recepção de sinais, símbolos escritos, imagens, sons ou informação de qualquer natureza por meio de fios, sistemas radioeléctricos, ópticos ou outros sistemas electromagnéticos”²². É uma definição intencionalmente abrangente e independente da técnica ou suporte de transmissão (por fios, óptica, radioeléctrica, ou outros meios electromagnéticos); do sentido da transmissão (emissão, recepção ou transmissão) e da forma mediata da mensagem (signos, sinais, escrita, imagens, sons ou informação de qualquer natureza).

Num outro plano, o nº 2 do artº 26º da CRP restringe o alcance deste conceito quando impõe que a garantia dos direitos pessoais seja efectuada por lei ordinária, de molde a que os avanços da técnica, que poderão permitir com facilidade a devassa e a utilização abusiva de informações pessoais, sejam acompanhados das respectivas modificações legislativas. Infelizmente, esta garantia não se estende directamente à inviolabilidade dos meios de comunicação privada (nº 1 do artº 34º CRP), pois o nº 2 do citado artº 26º, refere-se expressamente à “utilização abusiva” das informações pessoais mas já não à proibição de acesso a essas informações. Isto é, pode haver violação das comunicações sem que haja “utilização abusiva”, caso em que nitidamente a garantia do nº 2 não se aplica²³.

Em segundo lugar, refira-se que os meios de comunicação pessoal passam a ser, eles próprios, objecto da norma protectora, pois, como dissemos supra, existem meios com especial propensão à violação de direitos fundamentais. Esta visão das coisas, ainda que não inteiramente correcta porque os meios não são um perigo em si mesmo mas sim a utilização que deles se faz, leva a que se diga que, por exemplo, o artº 35º CRP (utilização da informática) “visa em primeira linha proteger a intimidade e a liberdade das pessoas contra o poder e a ameaça que representam as novas tecnologias de informação”²⁴ ou que a intencionalidade incriminadora do direito

²¹ Por exemplo, a escuta de uma conversa telefónica através de um sistema de telefone móvel (emissor/receptor de radiocomunicações) é normalmente possível através de um outro equipamento receptor de radiocomunicações.

²² Nº 5 do artº 1º do Contrato de Concessão do Serviço Público de Telecomunicações celebrado entre o Governo de Macau e a Cable and Wireless, Ltd. em 20.08.1981, publicado no Suplemento ao Boletim Oficial nº 39, de 29.09.81. A definição de telecomunicações constante deste contrato segue, aliás, bastante de perto o que se encontra estipulado internacionalmente pela União Internacional das Telecomunicações.

²³ Contrariamente a este entendimento, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 182.

²⁴ Vieira de Andrade, [*Curso de Direito da Comunicação*], fotoc., p. 43.

penal da comunicação visa “*proteger determinados bens jurídicos que se prendem exclusivamente com os meios (técnicos, instrumentais) de comunicação*”²⁵. Sem pretendemos subverter ou impessoalizar a questão, os conflitos expressam-se pelo confronto entre os valores éticos e de liberdade da pessoa humana, como a palavra, a vida privada e a comunicação, por um lado, e as tecnologias e outros dispositivos de comunicação, por outro.

Este confronto ocorre quer nos direitos fundamentais das telecomunicações, quer nos direitos fundamentais perante as telecomunicações. Num e noutro caso, porém, são direitos fundamentais que adquirem novas densificações em virtude da sua especial relação com um (1) determinado tipo de acto e meio de comunicação que veícula uma (2) certa classe de informação, (3) entre pessoas individualizadas, simultaneamente titulares da informação e responsáveis pela comunicação. Em face desta delimitação, temos em conta não apenas os direitos que podem intervir a nível do conteúdo da comunicação mas, sobretudo, aqueles que, pelo efeito da relação necessariamente estabelecida entre mensagem e meio (contexto)²⁶ podem ser chamados à especial relação comunicativa por via de telecomunicações.

Em terceiro lugar, é de notar que a protecção a tais direitos impõe para o Estado obrigações específicas, quer se trate de ordenamentos liberalizados, quer no caso de ordenamentos que admitem a existência de monopólios na posse de infra-estruturas e na exploração de serviços de telecomunicações.

Nos ordenamentos, como é o nosso caso, em que os meios de telecomunicações compõem o chamado serviço público de telecomunicações, aqueles não podiam deixar de ser objecto de protecção do ordenamento jurídico, fazendo recair sobre o Governo do Território e sobre a Concessionária determinadas obrigações. Uma vez

²⁵ Joséde Faria Costa, *Direito Penal da comunicação: sumários e alguns tópicos*, p. 8.

²⁶ Esta diferença terá impacto nos caminhos metodológicos trilhados para definição dos valores comunitários e direitos fundamentais que se podem trazer à colação no tema de que tratamos. De facto, é reconhecido que “*as ciências sociais ultrapassaram, por diversas vias metodológicas, as concepções que encaravam o ‘objecto’ da comunicação (mensagem) como algo independente da situação comunicativa (a ponto de se ter tornado comum a própria rejeição da ideia de ‘objecto’ ou ‘referente’)*” (António Hespanha, *Novas tecnologias e mudança cultural*, s.n.). A unidade de um objecto fragmentário contribui para as indefinições do objecto científico de jovens (no sentido de recentes e modernas) disciplinas como o “direito da comunicação”, “direito da informação” ou do “direito da informática”, indefinições estas que as novas tecnologias vieram acentuar. Como refere João Loureiro, “*O espantoso crescimento da comunicação são sinais de tempos intranquilos e difíceis que não deixam de abrir fendas nas construções jurídicas tradicionais*” (João Loureiro, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 19). Por nós, entendemos o “direito da comunicação”, como englobando a regulação, quer a propriedade da informação, quer das condições do seu acesso e comunicação - protecção de dados pessoais, direito de acesso à informação, protecção dos produtos de informação, etc. Sem dúvida que o direito das telecomunicações é um sub-ramo do direito da comunicação, tal como nós o entendemos, embora muito autores teimem em excluí-lo das suas preocupações, reservando a designação “direito da comunicação” apenas para a comunicação social. Por sua vez, podemos definir o direito das telecomunicações como o corpo de normas jurídicas que regem a propriedade, gestão e exploração das telecomunicações, incluindo as regras que se aplicam aos sujeitos e actividades do sector, como a produção e comercialização de equipamentos, estabelecimento e exploração de redes e oferta de serviços de diversa natureza por meios de telecomunicações.



mais entra em linha de conta a dupla dimensão²⁷ dos direitos fundamentais, pois estes radicam não só num étimo subjectivo/individual, como se estendem igualmente a um domínio colectivo, composto por valores de responsabilidade social. São valores desta natureza que implicam para o Estado um dever de promoção e de protecção de direitos fundamentais, quer das interferências de outros cidadãos, quer de si próprio, o que terá por si, exigências particulares quanto às telecomunicações.

Esses deveres consubstanciam-se numa valoração especial dos crimes cometidos por funcionários (p. ex. artº 349º do Código Penal de Macau (CPM), “Violação de segredo de correspondência ou telecomunicações”), e na instituição de normas de controlo interno quanto ao conhecimento das comunicações, como a proibição de intervenção de autoridades estranhas aos CTT nos respectivos serviços (artº 32º e 34º do Regulamento dos Serviços de Correios e Telecomunicações de Macau (CTT), DL nº 2/89/M, de 9 de Janeiro), na obrigação do serviço público de telecomunicações assegurar o sigilo e a segurança das comunicações (DL nº28/81/M, de 18 de Agosto e artº 7º do Contrato de Concessão do serviço público de telecomunicações);

Nos ordenamentos liberalizados, pelo contrário, assiste-se naturalmente a um desvanecimento do papel do Estado enquanto prestador de um serviço público, um Estado menos preocupado com a função social, económica e cultural dos meios de comunicação, dilui-se até o próprio conceito clássico de serviço público, surgindo, em seu lugar, prestações por privados numa base concorrencial. Isto transforma não só os utilizadores dos serviços em consumidores²⁸, beneficiando do regime de protecção dado a estes²⁹ (artº 60º CRP), como diminui a garantia de meios de comunicação livres de interferências com novo relevo dado ao sigilo profissional (artº 188º do CPM). Por essa razão, a obrigação garantística e protectora atribuída ao Estado, em virtude do carácter social dos direitos fundamentais, tem que procurar novos caminhos e novas formas de estender aquelas obrigações a todos aqueles que exploram um sistema ou um serviço de telecomunicações.

2.2. O direito à comunicação pessoal

O catálogo de direitos fundamentais relacionados com as telecomunicações,

²⁷ Sobre a tese da dupla natureza ou da dupla dimensão dos direitos fundamentais v. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 432 e 518; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa*, p. 144 e ss, Manuel da Costa Andrade, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 13.

²⁸ Neste sentido, Margarida Almeida Rocha, *Novas tecnologias e direitos de autor*, p. 22-23; Pedro Gonçalves, *O Utente do serviço público de telecomunicações*, p. 32; Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, p.29. Diz esta autora relativamente a idêntico processo no âmbito do mercado da informação, caracterizado igualmente por uma privatização do domínio, que “*de sujeitos activos da comunicação e da informação, os cidadãos são transformados em consumidores desta. De bem público, a informação passa em larga medida a ser tomada como bem privado, isto é, susceptível de ser apropriado*”. De forma que, também a lógica da sua regulação passará do direito público para o direito privado, passando a liberdade de informar e de comunicar a depender, em maior medida, da liberdade económica.

²⁹ Os consumidores de telecomunicações passam, nos ordenamentos liberalizados, a beneficiar do direito à protecção dos seus interesses económicos através, por exemplo, da facturação mais ou menos discriminada e da possibilidade do controlo do que é efectivamente cobrado pelos serviços utilizados. Faculdades que têm fraca intensidade em regimes monopolísticos de prestação de serviços



e que podem ser violados por via da defesa de outros bens comunitários, subentenda-se aqui o bem segurança, conta na linha da frente com o direito à comunicação pessoal, o qual, todavia, não encontra consagração expressa em nenhum texto legal. A maior parte das vezes é incluído como uma das dimensões do direito à intimidade da vida privada ou da liberdade de expressão e informação e, mesmo assim, quase só na vertente de comunicação social.

Sendo assim, e em primeiro lugar, este particular tipo de comunicação que é a comunicação pessoal, apenas se pode autonomizar e constituir um dos itens do nosso catálogo, partindo do princípio que a Constituição expressamente consagra a existência de valores e bens que aquele direito visa garantir. Em segundo lugar, haverá necessariamente que recorrer a outras fontes de direito, de nível inferior, na busca de lastro jurídico que suporte o seu conteúdo.

Os valores iremos procurá-los no âmbito do artº 34º, do artº 37º e do artº 26º CRP distinguindo neles a sua dimensão pessoal da dimensão social. Este cuidado justifica-se porque, se é verdade que o artº 34º garante a inviolabilidade e a intromissão abusiva nas telecomunicações, o artº 37º e os três artigos seguintes constituem uma ampla “constituição da informação”³⁰, e o artº 26º protege os direitos pessoais projectados na comunicação, bem vistas as coisas, o primeiro engloba igualmente as comunicações abertas³¹, o segundo grupo, limitando-se à informação e à comunicação social, não recebe aparentemente no seu seio algo mais amplo que é a comunicação pessoal no sentido de transmissão da informação, e o terceiro protege os direitos de personalidade seja como for que eles se expressem.

Os bens jurídicos protegidos são a comunicação pessoal, alicerçada na liberdade de expressão e no direito à informação, protegida pela inviolabilidade das telecomunicações e pelo sigilo, assim como pela reserva da intimidade da vida privada.

2.2.1. A liberdade de expressão e o direito à informação

As liberdades de expressão e de informação relevam no âmbito do direito à comunicação, na medida em que garantem a liberdade (autodeterminação) de se escolher o conteúdo da comunicação emitida e recebida, ao que se junta uma garantia de acesso e utilização dos meios de comunicação pessoal disponíveis. É isto que o

³⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 225.

³¹ É assim, pelo menos, quanto ao nº 4 ao proibir a ingerência das autoridades públicas. Consequentemente, não podemos concordar com Rodrigo Santiago, quando refere que o bem jurídico tutelado pelo nºs 1 e 4 do artº 34º CRP é a intimidade da vida privada (Rodrigo Santiago, *Do crime de violação de segredo profissional no Código penal de 1982*, p. 197), pois isso era supôr que as comunicações são sempre íntimas. Pelo menos não é esse o bem exclusivamente tutelado, devendo entrar-se em linha de conta igualmente com a dignidade da pessoa humana e as liberdades de expressão, de informação e de comunicação. Aliás, enquanto se admitem restrições à intimidade da vida privada, garantida no nº 1 do artº 26º CRP, por outros particulares (p. ex. As que resultem da colisão com a liberdade de informação, por exemplo), no caso da inviolabilidade das comunicações só são admitidas restrições consagradas pelo legislador penal. Por sua vez, a nosso ver bem, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 212, já não afirma que o bem protegido é a intimidade, limitando-se a dizer que a a inviolabilidade está relacionada com o direito à intimidade pessoal ou, de modo semelhante, Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 522, refere que o sigilo das comunicações tem afinências com aquele direito.



artº 37º da CRP tem em vista quando estipula que “*Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio*”, ou, nas palavras da lei de Macau, “*O direito de expressão do pensamento e o direito de informação são exercidos sem qualquer forma de censura, impedimento ou discriminação*” (Artigo 47º da Lei nº 8/89/M, de 4 de Setembro).

Nestas disposições são reconhecidos dois conjuntos de direitos: o direito de liberdade de expressão e o direito de informação. O primeiro comporta o direito a não se ser impedido de exprimir e o direito à expressão e aos meios que a possam concretizar. O segundo, “*consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem*”³², e também de as receber, pelo que, se poderia dizer que, em parte, estes dois direitos, ainda que dirigidos à comunicação social, coincidem com cada um dos sentidos unilaterais da relação de comunicação pessoal³³. Todavia, os dois direitos não se confundem na perfeição, pois, se o isolamento do emissor, por indisponibilidade de meios de comunicação, não prejudica a expressão, já impede a comunicação. Mas, mesmo que o meio esteja disponível, a comunicação só se concretiza quando haja troca efectiva ou, pelo menos, a sua possibilidade. O eu pressupõe sempre o tu, de modo que se, por um lado, “*a comunicação pressupõe informação é também indiscutível que ela só se concretiza em uma relação de alteridade*”³⁴. Haverá comunicação mesmo quando se fala para um atendedor de chamadas ou quando os dois interlocutores de uma conversa telefónica decidam manter o silêncio. Não haverá comunicação quando alguém, no meio de um deserto decide falar alto ou quando alguém decide pegar num telefone e falar sem efectuar a ligação.

É que não existe correspondência total entre a informação privada e a comunicação pessoal ou dito de outra forma, não existe uma relação necessária entre a intromissão na comunicação e a intromissão na informação pessoal. Continuará a haver violação da comunicação pessoal qualquer que seja a natureza da informação e mesmo que nem se chegue a tomar conhecimento desta. Só que, entendendo a privacidade (informação privada) como uma escolha da pessoa sobre o controlo ao acesso da informação, é na sua comunicação que se podem registar os mais graves atentados à liberdade pessoal, à liberdade que o homem tem de escolher a sua própria privacidade³⁵, pelo que, em grande medida mas não totalmente, os dois conceitos ó comunicação pessoal / informação privada ó, são comunicantes e relevam do domínio da liberdade pessoal³⁶. Aliás, correspondem a dois direitos distintos: o direito

³² Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 225.

³³ É, aliás, esta a justificação para se poder dizer que “*o direito de resposta antecipa o direito à comunicação*” e “*permitiria a todos fazerem-se ouvir pelos outros*”, mas distingue-se facilmente do direito à informação (no sentido de direito à notícia) porque essa informação não é fruto de uma relação pessoal. Jean Rivero cit. por Vital Moreira, *O direito de resposta na comunicação social*, p. 27.

³⁴ José de Faria Costa, *O Direito penal, a informática e a reserva da vida privada*, p. 5.

³⁵ No entanto nem toda a privacidade é escolhida, sendo muitas vezes acidental, compulsória ou até involuntária: “*Privacy refers to a condition of life and, as such, has no necessary connection with control over personal information*” (David M. O’Brien, *Privacy law, and public policy*, p. 15).

³⁶ Numa perspectiva unidimensional, entendemos por comunicação pessoal o acto de transmissão de informações ou mensagens não-público, endereçado e salvaguardado da ingerência e conhecimento por terceiros pela utilização de meio técnico apropriado. É aquilo que José de Faria Costa classifica como



à autodeterminação informacional e o direito, mais amplo, à auto-determinação comunicacional, cuja densificação é dada pela liberdade de expressão e informação, pelo direito à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações e pelo direito à reserva da intimidade e da vida privada, à palavra e à imagem.

2.2.2. O direito à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações

Na perspectiva do direito à comunicação, a liberdade de expressão e o direito de informação, previstos no artº 37º CRP, hão-de ser complementados pelo direito a que aquilo que se emite e recebe seja confidencial³⁷, pois não poderá comunicar livremente quem receia a violação dessa comunicação e o conhecimento da informação em si, independentemente, da protecção da intimidade que, noutro âmbito, possa merecer. Comunicar é expressar a pessoa em liberdade, com segurança e independência, mas também, que essa expressão consubstanciada em informação tenha uma ligação livre de interferências com o interlocutor ou o outro pólo da comunicação (por exemplo, uma base de dados pessoal ou restrita a um número limitado de pessoas).

É para demarcar esta zona de liberdade que a CRP consagra no artº 34 o direito à inviolabilidade e ao sigilo³⁸ dos meios de comunicação privada, englobando todos aqueles que permitem comunicações endereçadas, tanto nas relações

comunicação fechada, ou seja, “*uma troca de informação em que os sujeitos da relação comunicacional se autodeterminem quanto ao número de intervenientes dessa precisa relação e esperam, legitimamente, que a comunidade proteja aquela forma querida de comunicação*” (José de Faria Costa, *Direito penal especial: lições ao 5º ano do curso de 1994-1995*, p. 4). Pessoal será não só aquilo que intrinsecamente o é (informação pessoal ou privada) como aquilo que os sujeitos da comunicação indicam ser (qualquer conteúdo da mensagem) pela escolha de um meio privado de comunicação.

Próximo deste entendimento, o Canadian Protection of Privacy Act 1973-1974 define a comunicação privada como “*any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it*” (Cit. por Raymond Wacks, *Personal Information*, p. 279). A não ser assim, dava-se azo, a que se pudesse entender, que os participantes numa comunicação aceitavam o risco dela poder ser ouvida ou ser tida do conhecimento, por outrém. Ora, é exactamente aqui, que reside a diferença entre uma comunicação pública e uma comunicação privada: a escolha do meio para a estabelecer, isto é, a sua aptidão especial para permitir a interacção salvaguardada de terceiros. Só deixa de ser assim quando a comunicação tem em vista a prática de certos crimes, e os interlocutores sabendo esse facto, devem esperar que possam ser ouvidos, embora no nosso ordenamento, apenas por despacho de um magistrado e dentro de apertados limites de salvaguarda de direitos fundamentais.

No direito português as comunicações individuais ou correspondências são simplesmente definidas pela lei como “*as que são dirigidas apenas a determinadas pessoas*” (nº 2 do artº 4º do DL nº 188/81, de 2 de Julho).

³⁷ Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, p. 75. Igualmente Aurellia Maria Romero Colomba reafirma que “*La confidencialidad de las conversaciones telefónicas tiene como fundamento último la integridad de la libertad de la expresión privada, alcanzando la interceptación no sólo a las conversaciones estrictamente íntimas o secretas per se, sino a todo tipo de comunicaciones*” (Aurellia Maria Romero Colomba, *Derecho a la intimidad, a la informacion y proceso penal*, 1987, p. 69).

³⁸ Os termos em que a Constituição se refere a este direito não deixa de colocar algumas dúvidas sobre a terminologia utilizada, o que poderá ter influência na própria compreensão do direito. Literalmente a CRP consagra o “direito à inviolabilidade do sigilo dos meios de comunicação privados”, parecendo afastar os casos de violação do meio (intromissão) sem violação do sigilo. Em termos próximos, a Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, inclui no sigilo quer a proibição de intromissão quer a proibição de divulgação.



Estado-cidadão como entre particulares. O facto de serem endereçadas, não exclui que se dirijam a mais do que uma pessoa determinada. Não se limitam, no entanto, às comunicações orais (vocais) mas a todas as comunicações que impliquem a transmissão de informação: voz, dados, vídeo, audio, isto é, todas as formas de transmissão que incluímos na definição de telecomunicações.

Daí que tenhamos que demarcar o âmbito do direito à comunicação pessoal do direito à palavra (e à imagem), mesmo que aqui se inclua a palavra em si, a conexão entre palavras e o ambiente da sua produção. Mas, em sentido inverso, já o direito à comunicação beneficia da protecção dada ao direito à palavra, englobando o direito à voz, e o direito à imagem o qual é “*em tudo e para todos os efeitos parificado ao direito à palavra falada*”³⁹. Na medida em que a palavra participa da comunicação, também esta é indirectamente protegida na medida em que aquela o seja, a exemplo da equiparação estabelecida pelo artº 37º quando coloca ao mesmo nível a palavra, a imagem e “*qualquer outro meio*”. Bem vistas as coisas, tanto a palavra (e as relações entre as palavras), como a imagem e outros sinais da pessoa participante da comunicação implicam uma liberdade de disposição e de protecção, nessa especial área que é a comunicação pessoal.

Neste âmbito, só haverá verdadeiramente violação do direito à palavra quando haja escutas telefónicas, e não noutras formas de interceptação ou de conhecimento das restantes qualidades de informação. Por isso, não concordamos que o bem violado fundamentalmente pela escuta seja a palavra e, portanto, que a reserva da escuta se destine em exclusivo aos meios que possibilitam a emissão e recepção da palavra falada⁴⁰. Menos ainda concordamos que seja assim, com o argumento de que para as outras comunicações não se justifica a tutela, remetendo-se estes casos para a apreensão de correspondência⁴¹.

Ora, os casos de apreensão de correspondência têm apenas por objecto *as “cartas, encomendas, valores, telegramas e qualquer outra correspondência”* (artº 164º do Código de Processo Penal de Macau - CPPM), referindo-se, portanto, à forma como se consubstancia a comunicação e não ao meio utilizado. Excluindo-se dos

Seguindo-se, contudo, a interpretação que nos parece mais de acordo com a realidade e com a essência das coisas, trata-se distintamente de um direito e de uma garantia: o direito à inviolabilidade (intromissão e conhecimento) e a garantia do sigilo (divulgação do que se teve conhecimento pela violação). Não se faz mais do que seguir o significado dos termos empregues: inviolabilidade significa integridade e sigilo significa segredo. Portanto, violar é tomar conhecimento da comunicação, enquanto o sigilo é a obrigação que nasce desse primeiro acto, e que impõe a proibição de não revelação a terceiros. Esta distinção é concretizada em diferentes pontos do nosso ordenamento: por exemplo, o CPM distingue entre “interceptar” e “divulgar” comunicações (alínea a) do nº 1 do artº 186º, e o artº 188º CPM, que tem por epígrafe “violação de [...] telecomunicações” fala em intromissão e em impedimento, por um lado, e em divulgação por outro. Quando o sigilo é devido por motivo da profissão então fala-se em segredo profissional.

³⁹ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a reforma do código penal português*, p. 492.

⁴⁰ Em sentido contrário, Manuel da Costa Andrade, *As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova no novo Código de Processo Penal de Macau*, p. 1.; Manuel Leal-Henriques, *Código de Processo Penal de Macau: notas, legislação*, p. 404.

⁴¹ Assim os autores citados na nota anterior. Não concordamos por inero com as justificações apresentadas. De facto, diz Manuel Leal-Henriques, *Código de Processo Penal de Macau: notas, legislação*, p. 404, que “*as comunicações telegráficas têm um regime específico de controle, qual seja o da apreensão*



artigos 164º e 172º CPPM, salvo o telefone e o correio, as outras formas de comunicação, deixar-se-ia de fora uma grande parte dos serviços de comunicações pessoais utilizados hoje em dia como o correio electrónico, as comunicações pessoais “on line”, o *pagging* e todos os outros serviços que se baseiam na transmissão de dados (não necessariamente convertíveis em palavras). O fundamento que sustenta a restrição do artº 172º à inviolabilidade está na protecção de outros bens jurídicos, designadamente a justiça, e portanto o importante é que a excepção se estenda a qualquer meio que possa, na observância dos requisitos legais, assegurar a obtenção de meios de prova através do acesso às comunicações privadas dos indivíduos sob vigilância.

Além da protecção a nível constitucional que procurámos sintetizar nos parágrafos antecedentes, a inviolabilidade e sigilo das telecomunicações beneficia ainda de outros níveis de protecção decorrentes de densificações que a legislação ordinária ó civil, penal e administrativa ó ousou introduzir.

Em primeiro lugar, a inviolabilidade impõe a proibição de devassa e de tomar conhecimento de qualquer mensagem ou informação para garantia do essencial do direito ao sigilo das telecomunicações (nº 1 do artº 2º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro)⁴². Tenha-se em conta que, como a mensagem não existe por si, para além da proibição de conhecimento da mensagem, é interdito o acesso à comunicação em

da correspondência”. Não vislumbramos justificativo na letra do artº 164º CPPM para tal afirmação, pois este fala em *telegrama* (documento em papel que consubstancia a comunicação de modo a chegar ao conhecimento do destinatário) e não em serviço telegráfico. Aliás, hoje em dia o conteúdo dos telegramas é normalmente comunicado por telefone sem que haja o objecto “telegrama” apto a ser apreendido para efeitos do artigo 164º (cf. alínea e) do artº 20º do Contrato de Concessão da CTM). E o mesmo sucede com o telefax que, entendido como o papel que suporta a mensagem, não impede que a comunicação possa ser “escutada” pois, como se sabe, o telefax utiliza o mesmo sistema que suporta o serviço telefónico. Também aqui o “fax” pode nunca chegar a ser impresso em papel, bastando a sua visualização, por exemplo, num computador. Neste tipo de serviços deve distinguir-se entre a aceitação e entrega da mensagem consubstanciada em papel (passível de ser feita pelos serviços postais e, portanto, apta a ser apreendida) e a sua transmissão por meios de telecomunicações (passível de ser feita pelos serviços de telecomunicações e, portanto, apta a ser objecto de escuta). Se nestes e noutros casos semelhantes se tivesse que esperar pela chegada da comunicação em forma de papel ao destinatário, por certo se perderia em muitos casos a possibilidade de obtenção de meios de prova. Mas, mesmo que se argumente que, neste tipo de serviços, a que podemos adicionar aqui o correio electrónico e o “voice mail”, entre outros, há sempre uma armazenagem por parte do operador de telecomunicações da mensagem transmitida, e portanto, passível de ser apreendida nas estações de telecomunicações, nem sempre isto é assim. O local de armazenagem dos dados, pode estar situado no “server” de origem, no próprio equipamento terminal do utente ou noutro ponto qualquer, acedível pelo destinatário. Além de que, seria difícil falarmos em “apreensão” das comunicações, quanto muito apreendiam-se os computadores e outros equipamentos terminais.

⁴² Até à entrada em vigor do novo Código Penal, a Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, era o diploma essencial sobre o sigilo das comunicações, contendo normas substantivas e processuais. A norma revogatória do Novo Código Penal revogou expressamente os artigos 5º a 14º, 21º e 22º daquela Lei (nº 1 do artº 10º) do DL nº 58/95/M, de 14 de Novembro) mas deixou intactas as restantes disposições. Incluem-se aqui as normas de natureza processual, as normas relativas às sociedades concessionárias de serviços de comunicações, as normas relativas ao conteúdo do dever de sigilo e a norma relativa à responsabilidade solidária em sede de violação do dever de sigilo. O CPPM, aprovado pelo Decreto-Lei nº 48/96/M, de 2 de Setembro, com entrada em vigor no dia 1 de Abril de 1997, revogou os artigos 16º a 19º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro (Cf. Rectificação publicada no 4º Suplemento do B.O., nº 53, I Série, de 31 de Dezembro de 1996. Não foram expressamente revogados



todos os seus elementos, incluindo a identificação dos sujeitos que nela participam, a hora, a intensidade, duração e espécie, ou seja, o tráfego⁴³, a que se junta o aparelho terminal, o meio de transmissão e, no caso de terminais móveis, a localização dos interlocutores. A identificação dos sujeitos pode ser feita directamente através do nome, pseudónimo, ambos com protecção autónoma (artºs. 72º e 74º do Código Civil), ou qualquer identificação que relacione determinada pessoa com a qualidade de sujeito da comunicação ou, indirectamente, através do número⁴⁴ ou endereço. Os elementos integrantes desta identidade, que podemos adjectivar de telemática, como o número de telefone ou o endereço do correio electrónico, além de beneficiarem da

os artigos 1º a 4º, 15º, 20º, 23º e 24º. Saliente-se que no CPPM ficaram de fora os crimes de associações criminosas ou de malfeitores e os crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou organizada que dantes constavam das alíneas b) e c) do nº 1 do artº 17º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro. A solução, embora enfraquecida, está em integrar estes dois itens do catálogo na alínea a) do nº1 do artº 172º CPPM, ou seja, enquanto crimes “*puníveis com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos*”, como aliás sucede no âmbito do artº187º do Código de Processo Penal português. Só que aqui, ao contrário do artº 172º CPPM, existe um outro número que vem concretizar o catálogo, indicando que as escutas podem ser feitas relativamente aos crimes de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada; a associações criminosas; contra a paz e a humanidade; contra a segurança do Estado; produção e tráfico de estupefacientes; falsificação de moeda ou títulos; e a crimes abrangidos por convenções sobre segurança da navegação aérea ou marítima (nº 2 do artº 187º).

Por outro lado, após 21 de Dezembro de 1999, como em princípio continuarão em vigor os artigos 1º, 2º e 4º que versam matérias actualmente protegidas a nível da Constituição, como esta deixará de ter aqui aplicação, a sua utilidade irá recrescer na proporção inversa à deminuição da protecção aos direitos fundamentais relacionados com as telecomunicações.

Depois de 21 de Dezembro 1999 valerá nesta matéria o artigo 32º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, o qual refere que “*A liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes de Macau são protegidos pela lei. Nenhuma autoridade pública ou indivíduo poderá violar a liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes, sejam quais forem os motivos, excepto nos casos de inspecção dos meios de comunicação pelas autoridades competentes, de acordo com as disposições da lei, e por necessidade de segurança pública ou de investigação em processo criminal*”. Note-se, em primeiro lugar, o alargamento (quase ilimitado) do campo de restrição do direito operado pela possibilidade de, nos casos de inspecção administrativa (o único com reserva de lei), razões de segurança pública e processo penal, poder haver intromissão nas comunicações e, em segundo lugar, o facto dos não-residentes nem sequer dessa mínima protecção poderem auferir.

Pelo carácter e pela extensão da restrição, e pela sua patente contradição com os princípios fundamentais do regime vigente, deve-se entender estar em contradição com o previsto no Ponto 4 e Ponto I do Anexo I e, muito em especial do ponto V do Anexo I à Declaração Luso-Chinesa Sobre a Questão de Macau, o qual refere que a RAEM “*assegurarà, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente (...) o direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações*”.

⁴³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 213; Pedro Gonçalves - *O Utente do serviço público de telecomunicações*, p. 32-33. Igualmente no direito espanhol, José Matinez de Pison Caverro, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, s.n. Editorial Civitas, 1992, p. 29-30, e italiano, Decisão de 16.03.1993 da Corte Costituzionale italiana, in “*la Giustizia Penale*”, Giugno, 1993, p. 162-168, ambos citados no Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 16/94, de 24 de Junho de 1994.

⁴⁴ O simples conhecimento dos números de telefone coloca questões que extravasam o presente trabalho. Não podemos deixar de salientar que a CTM tem como prática actual, permitir que, através do pagamento de uma taxa, o chamado de um telefone móvel da rede digital possa identificar o número do chamador, mesmo antes de encetar a conversação e sem que o chamador saiba que o seu número está a ser identificado. Esta prática, além de duvidosa legalidade a nível infra-constitucional, parece-nos ser



protecção devida no âmbito da reserva das comunicações é ainda protegida como elemento da identidade da pessoa, ou seja, como dado pessoal. Deste modo, beneficia cumulativamente do previsto quanto à correção de dados e à sua não divulgação sem consentimento (cf. artº 35º CRP).

Em suma, o espaço demarcado pela comunicação pessoal é muito mais vasto do que aquilo que se comunica através de uma mensagem. É todo o contexto de produção e recepção, incluindo os elementos funcionais que possam identificar o tráfego e os sujeitos da comunicação. O direito à reserva da comunicação, isto é, que esta seja salva do conhecimento e da interferência de terceiros, implica necessariamente a liberdade de escolher o interlocutor, de escolher o tempo e o local do acto de comunicação e de escolher a tecnologia e meio, pois, se *“a informação repousa sobre a comunicação de uma mensagem entre dois entes”*⁴⁵, o meio de que eles se servem determina o próprio conteúdo de tal relação, fazendo até, por essa razão, que além dos dois pólos da cadeia comunicativa surjam igualmente os prestadores do serviço, os possuidores dos meios e o Estado.

Para protecção deste espaço reservado da comunicação, o Código Penal⁴⁶ (nº 2 do artº 188º)⁴⁷ penaliza com prisão até um ano ou multa até 240 dias, *“quem, sem consentimento, se intrometer no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento”*.

Do mesmo modo, no ordenamento administrativo, no que respeita às radiocomunicações, estabelece-se a proibição de captar ou tentar captar radiocomunicações não destinadas ao interceptante (alínea c) do artº 18º do DL nº18/83/M, de 12 de Março) e, no caso destas serem recebidas involuntariamente, a proibição de retransmissão, comunicação do seu conteúdo ou existência ou utilização para qualquer fim. Esta última disposição é a que acaba por prescrever um âmbito de protecção mais extenso e intenso pois o essencial é que haja efectiva e objectivamente quebra do sigilo.

Em Portugal a intromissão nas comunicações encontrou eco noutros quadrantes reguladores como na Lei da Criminalidade Informática (Lei nº 109/91, de 17 de Agosto), na qual se penaliza a interceptação⁴⁸ ilegítima, por meios técnicos, das

de repudiar em absoluto, na medida em que restringe para além do admissível o espaço reservado da comunicação, viola a intimidade e transforma as relações pessoais em relações de deslealdade e de hipocrisia. O chamador fica despojado do recato do seu local de comunicação pois, alguém por ele (a CTM), sem o seu consentimento e sem o seu conhecimento, permite o conhecimento por outrém de um dos elementos da comunicação que, possivelmente o chamador não quer ver devassado. Por esta razão dizemos que o âmbito da comunicação deve ser alargado, mesmo a momento anteriores à própria transmissão da mensagem, a fim de beneficiar plenamente da protecção devida ao direito à comunicação.

⁴⁵ Maria Eduarda Gonçalves - *Direito da Informação*, 1994, p. 17.

⁴⁶ O Novo Código Penal foi aprovado pelo DL nº 58/95/M, de 14 de Novembro, e entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1996.

⁴⁷ No direito anterior, o nº 2 do artº 5º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, estabelecia em termos ligeiramente diferentes que era punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias *“quem, sem consentimento, se intrometer no conteúdo de comunicação telefónica, telegráfica ou telecopiada ou dele tomar conhecimento”*.

⁴⁸ Interceptação é definida pela própria lei como o acto destinado a captar informações contidas num sistema automatizado de dados através de dispositivos electrónicos, acústicos, mecânicos ou outros.



comunicações que se processem no interior de um sistema ou rede informática que lhe sejam destinadas ou dela procedam (artº 8º). Há aqui nitidamente uma sobreposição na protecção normativa, pois “*rede informática*” é definida como “*um conjunto de dois ou mais computadores interconectados*” (artº 2º-a) da Lei da Criminalidade Informática), ou seja, cabe na definição dada de rede o caso de ligação entre dois terminais através da rede pública, cuja interceptação de comunicações é criminalizada pelo artº 8º, mas também pelo nº 2 do artº 188º do Código Penal. A comunicação telefónica pode, obviamente, desenrolar-se através de um sistema informático, tudo dependendo da tecnologia empregue. A interceptação quando feita através de meios técnicos de comunicações no interior de um sistema ou rede informática, deve ser estendida igualmente quando essa interceptação é levada a cabo através de um acesso por telecomunicações ou, quando dentro do sistema sejam utilizados meios de telecomunicação para aceder a ele (por exemplo se estiver ligado por meios de radiocomunicação ou linhas alugadas aos operadores de uso público). Porém, os bens jurídicos protegidos num e noutro caso não são exactamente os mesmos, pois no caso da Lei da Criminalidade Informática cabem outros casos em que não haja comunicação telefónica, por exemplo, se a interceptação da comunicação conduzir à recolha de dados, à sua alteração ou à alteração do seu destinatário. A problemática das escutas, dentro e fora de um “sistema”, até haver um regime unitário, terá que continuar a ser resolvida na obediência dos dois campos normativos.

Percebe-se, ainda assim, o redobrado cuidado do legislador. Os perigos que a informática, nos seus aspectos activos de interconexão de bases de dados, pode colocar aos direitos fundamentais passa quase necessariamente por um uso de meios de telecomunicações, seja em redes internas como externas. A defesa de tais intromissões (por exemplo, relação de dados dispersos) pode, em larga medida, ser obviada pelo controlo exercido sobre o que se liga e onde se liga. É isso que pretende fazer o nº 2 do artº 35º CRP ao proibir a interconexão de ficheiros (comutação de dados, em termos das telecomunicações) que contenham dados pessoais e que não sejam exclusivamente públicos, ao mesmo tempo que assegura a sua protecção, designadamente “*por entidade administrativa independente*”.

É por esta via que o direito da informação, sobretudo no que toca à protecção de dados pessoais, ganha uma valoração específica na prestação de serviços de telecomunicações. Os operadores de telecomunicações, no desenvolvimento da sua actividade, possuem e utilizam uma série de dados relativos aos seus clientes, talvez a maior lista privada de dados pessoais, como os que constam de listas telefónicas⁴⁹. Naturalmente que, para a sua protecção, estes dados não podem ser prestados pelos operadores de telecomunicações a terceiros, incluindo as autoridades de polícia, salvo com o consentimento dos utentes, expresso ou tácito.

Em segundo lugar, a inviolabilidade presuppõe uma proibição de intromissão técnica. De forma similar ao que sucede com o direito à inviolabilidade da

⁴⁹ Em Macau, apenas constam da lista telefónica os assinantes do serviço telefónico fixo, sendo apenas relativamente a esses que o serviço de informações é prestado. Sem que se encontre justificação, os números dos telefones móveis são considerados confidenciais, mesmo quando não seja essa a vontade do assinante.



correspondência, no qual se protege não só o conteúdo mas a simples violação do envelope, igualmente nas telecomunicações, a inviolabilidade estende-se à mera possibilidade de interceptação ou de interferência.

De acordo com o que atrás ficou dito, a proibição de intromissão técnica é salvaguardada pela proibição de posse, sem autorização⁵⁰, de determinados meios técnicos passíveis de serem utilizados em interceptações de telecomunicações, tais como equipamentos rádio (artº 6º do DL nº18/83/M, de 12 de Março) e de telecomunicações (DL nº 31174, de 14 de Março de 1941, extendido a Macau com alterações através da Portaria nº 507/71, de 17 de Setembro), e ainda, pelo mecanismo da homologação de equipamentos (artºs. 25º e ss. do DL nº18/83/M, de 12 de Março e 84º e ss. do DL nº 48/46/M, de 3 de Novembro). A proibição de intromissão técnica, e mais especificamente de interferência por radiocomunicações é ainda regulada pelos artigos 39º a 42º do DL nº 18/83/M, de 12 de Março, atribuindo-se competência aos CTT para mandar suspender ou modificar as fontes das interferências. É aliás, para se fazer face a este tipo de interferências que se admite a possibilidade de serem criadas servidões radioeléctricas a favor dos centros radioeléctricos que prossigam fins de utilidade pública (artºs. 47º a 50 do DL nº 18/83/M, de 12 de Março e o DL nº 597/73, de 7 de Novembro, publicado no Boletim Oficial nº 48, de 1 de Dezembro de 1973).

Todavia, as maiores garantias contra a intromissão técnica residem na inovação trazida pelo artº 263º do CPM e pela alínea v) do nº 1 do artº 1º da Lei nº 6/97/M, de 30 de Julho. A primeira destas disposições criminaliza a importação, fabrico, guarda, compra, venda, cedência ou aquisição a qualquer título de equipamento ou aparelhagem especificamente destinados à montagem de escuta telefónica ou à violação de telecomunicações. A segunda das disposições referidas, especializa a criminalização do artº 263º, determinando que a “*posse ilegal de meios técnicos susceptíveis de intromissão activa ou passiva nas comunicações das forças e serviços policiais ou de segurança*”, constitui índice de manifestação de associação ou sociedade secreta.

Em terceiro lugar, proíbe-se a ingerência do Estado nas comunicações (nº 4 do artº 34º CRP). A inviolabilidade e o sigilo das comunicações, apesar do seu carácter tendencialmente absoluto, tem obviamente que sofrer excepções determinadas pela medida em que a intervenção seja necessária à manutenção das próprias comunicações ou, quando esteja em causa salvar outro direito ou bem. Deste modo, a proibição de ingerência se, no sentido negativo é uma garantia à inviolabilidade e sigilo das comunicações de modo a proteger a liberdade do acto de comunicar ó envio e recepção, escolha do meio sem interferência, proibição de retenção ou apreensão -, no sentido positivo, recorta as possibilidades de intervenção do Estado e, por maioria de razão, das entidades privadas⁵¹,

⁵⁰ Mesmo a autorização para o estabelecimento e utilização de uma rede ou estação de radiocomunicações, exige como requisito que o requerente “*não tenha sido condenado, por sentença transitada, em pena maior ou correcional, por crime para o qual o exercício da actividade de radiocomunicações possa ser considerado instrumento particularmente adequado*” (alínea f) do nº 1 do artº 3º do DL nº48/86/M, de 3 de Novembro).

⁵¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 214. A extensão desta norma às entidades privadas é inteiramente justificável. Aliás, tal ingerência poderá integrar o tipo de ilícito previsto na alínea d) do nº 1 do artº 267º CPM (“*impedir ou perturbar a exploração de serviços de comunicações*”).



nos “casos previstos na lei em matéria de processo criminal” e do caso especial do controlo, por autorização dum juiz de instrução, das comunicações dos reclusos (nº 4 do artº 32º e nº 4 do 34º CRP), e apenas neles.

Isto não prejudica que, nos estritos termos da actividade administrativa, o Estado exerça poderes que, indirectamente, influenciem a prestação de serviços de comunicação, nomeadamente através de fiscalização ao conjunto dos serviços de telecomunicações e sociedade concessionária no âmbito da competência do Delegado do Governo Junto da Companhia de Telecomunicações de Macau (CTM); fiscalização das condições de utilização e dos equipamentos de radiocomunicações; concessão e fiscalização da utilização de bens do domínio público, como o espectro radioelétrico; aplicação de medidas punitivas e reintegradoras das lesões às telecomunicações (algumas com expressão a nível penal e civil); intervenções a nível administrativo como o resgate de concessões e a garantia de manutenção de um serviço público na obediência aos princípios da universalidade e igualdade, não discriminação e acessibilidade, continuidade e funcionamento regular, acompanhamento da evolução tecnológica, etc.; estabelecimento de prioridades das comunicações por meios rádio; e definição do regime de expropriação e constituição de servidões e outras restrições de utilidade pública de telecomunicações.

O direito à inviolabilidade e sigilo das comunicações tem ainda uma dimensão específica sobre a concessionária do serviço público de telecomunicações. O DL nº 28/81/M, de 18 de Agosto que estabelece as Bases Gerais do Regime da Concessão de Exploração do serviço de telecomunicações, por autorização legislativa da Assembleia Legislativa (Lei nº 10/81/M, de 10 de Agosto) coloca como condição essencial que o “*sigilo e a segurança das comunicações*” seja assegurado pela Concessionária (nº 3 do artº 1º). Impende assim sobre esta um dever de “*tomar todas as medidas necessárias para assegurar e fazer respeitar a inviolabilidade e o sigilo das telecomunicações a seu cargo*” (nº 1 do artº 7º do Contrato de Concessão do serviço público de telecomunicações e nº 1 do artº 3º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro).

Igualmente no artº 9º do Regulamento de Prestação dos Serviços Telefónicos, Telex e de Circuitos Alugados se diz que “*A CTM obriga-se a tomar todas as providências necessárias para assegurar e fazer respeitar o sigilo da informação transmitida pelas suas centrais e redes mas não assume responsabilidade pelo facto de, eventualmente, se frustarem essas diligências. No entanto, poderá ser-lhe pedida a comprovação das diligências efectuadas*”.

Estas obrigações consubstanciam-se, a nosso ver, numa garantia técnica de protecção da informação, contra qualquer interferência lícita ou ilícita. Isto é, a infra-estrutura deve estar protegida fisicamente por forma a não permitir escutas e prevenir as situações de “cruzamentos de linhas”⁵². Tal exigência já resultava da obrigação da

⁵² A questão do cruzamento de linhas ou de outros casos em que um terceiro tem acesso a uma comunicação, acidentalmente e sem intenção de devassa, levanta duas ordens de problemas. Em primeiro lugar, como enquadrar a licitude e o dever de sigilo e de não revelação da comunicação interceptada que necessariamente resulta para o interceptante e, em segundo lugar, como explicar que a utilização de um particular meio de comunicação privada, como o telefone, apresente um risco de interceptação da comunicação por acidente ou defeito da rede de comunicação. Pois logo se perguntaria se esse risco não valeria igualmente para as interceptações levadas a cabo pela polícia.



Concessionária assegurar a segurança das comunicações, prevista no nº 3 do artº 11º do DL nº 28/81/M, de 18 de Agosto.

Para assegurar o cumprimento destas obrigações, estabelece-se uma sanção pecuniária de 5 a 100 mil patacas (artº 40º) por “*violação do sigilo das telecomunicações por facto que, nos termos do artigo sétimo, seja imputável à concessionária ou ao pessoal ao seu serviço*”. Sem prejuízo destas sanções administrativas (nº 2 do artº 39º do Contrato de Concessão do serviço público de telecomunicações), a Lei nº 16/92/M, impõe uma multa de \$50.000,00 a \$100.000,00, no caso de captação e interceptação de telefonemas ou qualquer outra forma de comunicação (nº 2 do artº 31). Da aplicação destas sanções pode ainda resultar a rescisão do Contrato de Concessão, mas este e a referida Lei não concordam exactamente quanto aos seus termos. Por um lado, o nº 3 do artº 3º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, estipula que em caso de reincidência será (obrigatoriamente) rescindido o contrato sem direito a indemnização, por outro lado, a alínea a) do nº 2 do artº 42º do Contrato de Concessão só admite a rescisão verificados dois requisitos: as multas aplicadas ultrapassarem ou igualem as 200 mil patacas e o Governador entenda exercer esse direito, admitindo-se, em todo o caso, a possibilidade de haver lugar a indemnização (nº5).

Este cuidado especial na sancionação destes actos, que por agora se limita à concessionária do serviço público de telecomunicações, deverá a breve prazo, e prevendo-se a liberalização do sector das telecomunicações em Macau, ser estendida a todos os operadores de telecomunicações de utilização pública. Na verdade, a partir do momento em que a prestação de serviços de telecomunicações deixa de ser identificada com o Estado, sob a forma de serviço público personalizado, instituto público ou empresa concessionária pública ou privada, e passa a ser da exclusiva responsabilidade de entidades privadas, reservando-se o Estado à sua regulamentação, os problemas da protecção das comunicações põe-se com maior acuidade, pois presuppõe o alargamento da esfera de ataque/protecção.

O movimento de liberalização, com desenvolvimento acelerado nos últimos anos, foi acompanhado da chamada “desregulamentação”, significando mais uma “*modificação dos métodos de regulamentação (que passa a associar o sector privado ou a ser nele delegada) do que propriamente numa diminuição da sua carga*”⁵³. Regular ou desregular, designa a necessidade da existência de normas e princípios. Desregulamentar não é, pois, sinónimo de ausência de normas mas, pelo contrário, da sua complexidade de modo a melhor se poder gerir a adequação prática e casuística daquelas. Este facto terá levado alguém a dizer com propriedade que os novos dispositivos mediáticos da informação são cada vez mais “*regulados por normas desregulamentadoras*”.

Neste sentido, no que toca ao sigilo, deverá haver na medida da amplitude da liberalização, igual reforço regulador por parte do Estado para eficaz salvaguarda das comunicações prestadas por privados a outros privados e ao Estado. Confirma-se por este facto a aplicação da proibição da ingerência não só ao Estado mas, por maioria de razão, às entidades privadas.

⁵³ Cfr. António Carlos Santos, *Direito Económico*, e Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, 1994, p. 8.



Certamente que a colisão entre direitos ou direitos e bens tem-se acentuado a partir do momento em que a informação e a comunicação tem passado dos monopólios estatutais, prestados sob a égide de serviço público, para a iniciativa privada onde a liberdade é racionada por imperativos económicos. Contra isto, o Estado, na sua responsabilidade conformadora e compositora de interesses entre particulares, tem-se esforçado por regular a utilização das tecnologias por forma a permitir que a liberdade de acesso e utilização seja subordinada aos princípios da igualdade, impondo-se aos operadores condições de universalidade e de não discriminação.

No ordenamento regulador das telecomunicações, essa intervenção tem-se ainda caracterizado por uma intervenção a nível da definição do monopólio, dos regimes da concessão do serviço público de telecomunicações e da manutenção e estabelecimento das condições de funcionamento dos mercados em nome do bem-estar comum da comunidade, porque se acredita que, por si, os mercados não têm por enquanto possibilidade de se auto-regularem. É lógico que assim seja, atendendo aos avultados meios técnicos e económicos necessários para manter um serviço público de telecomunicações e porque cada vez mais, a produção circulação da informação carece de tutela estatal de modo a descondicionar o acesso aos meios e a torná-los menos dependente de factores económicos.

Contudo, esta intervenção não deixa de se retratar negativamente nalgumas restrições à livre circulação da informação, estabelecendo-se limites para as possibilidades da sua apropriação e dos meios que a veiculam, em nome da própria garantia de concretização dos direitos dos cidadãos. Atendendo à própria natureza das comunicações é de crer que no futuro a tendência seja para a liberalização total e a passagem para uma auto-regulação, o que, para as tendências mais liberais, será mesmo a única forma de se atingir uma completa expressão das liberdades e direitos fundamentais.

A liberdade de acesso à informação e de exploração com objectivos comerciais dessa informação ou dos serviços nela apoiados, pressupõe a liberalização dos serviços de telecomunicações, assim como a disponibilidade de meios de comunicação pessoal livres. Só assim se conseguirá garantir a efectiva liberdade de acesso por banda dos utilizadores, o não falseamento da concorrência e o estabelecimento de condições transparentes de prestação do serviço, incluindo o regime de preços, por parte dos prestadores dos serviços de telecomunicações e de informação.

Esta íntima relação é mais visível nos serviços de valor acrescentado. Na verdade, o valor acrescentado é constituído pela informação, uma vez que o valor base é o do serviço de telecomunicações em sentido estrito. Pelo contrário, já não nos parece de acordo com a evolução das telecomunicações continuar a classificar o acesso à informação de acordo com o meio utilizado nem classificar o meio utilizado, de acordo com o tipo de informação que veicula ou a que acede.

2.2.3. O segredo profissional

O segredo profissional é uma das expressões do dever de sigilo e consiste na proibição de divulgação de informação, por parte de quem tenha dela conhecimento em virtude de um especial vínculo profissional ou funcional.

O segredo refere-se a todos os factos de que alguém tem conhecimento e que, por dever – resultante da lei ou da vontade do confessor – deve ocultar. No caso

de segredo profissional deve ser entendido como o dever de reserva que impende sobre todo aquele que, em virtude das suas funções ou como consequência do seu exercício, tem conhecimento de factos sobre os quais lhe é pedido segredo ou porque este resulta da própria natureza da sua profissão.

Para obviar a que, nos casos em que licitamente se tenha tomado conhecimento de algum dos elementos integrantes da reserva da comunicação, impõem-se a diversos níveis a proibição de divulgação do conteúdo da comunicação (incluindo o tráfego) e das relações entre os interlocutores e os endereços ou números de chamada ou qualquer outra identificação telemática de uns e de outros (nº 3 do artº 2º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro). No fundo, é um dever de segredo de conteúdo mais amplo do que a reserva do conteúdo da mensagem ou informação, abrangendo todo o sigilo das telecomunicações. É este aspecto que, julgamos, o DL nº 2/89/M, de 9 de Janeiro, pretende salvaguardar quando impõe aos funcionários dos CTT “*a proibição absoluta de revelar o seu texto, bem como a de prestar indicações que deixem indicar o respectivo sentido*” (artº 30º).

A configuração deste dever é inequívoca quanto ao que visa evitar: a danosidade social. Nomeadamente quando a profissão exercida tem uma importância para a comunidade no geral, é o próprio interesse público que exige a existência do segredo por forma a manter a confiança e a normalidade da prestação do serviço. Nestes casos, e como acontece no Direito de Macau, a quebra do segredo profissional implica para os funcionários dos operadores de telecomunicações a possibilidade de sanções penais, para além das disciplinares. Neste sentido, o segredo tem o âmbito mínimo da protecção constitucional sem prejuízo de outros deveres funcionais que impendam sobre os funcionários.

Deste modo, em termos de processo penal, os funcionários da concessionária e dos CTT podem usufruir da escusa de depor em virtude do sigilo profissional. Princípio que é expressamente consagrado na alínea d) do nº 1 do artº 112º do DL nº 2/89/M, de 9 de Janeiro, o qual dispõe que os funcionários dos CTT não podem ser obrigados a depor acerca de assuntos que, directa ou indirectamente, envolvam sigilo profissional. O Código de Processo Penal estipula igualmente que não é obrigado a depor nem a prestar declarações a pessoas que por lei estão obrigadas a guardar segredo profissional (artº 217º).

A ilicitude da quebra do sigilo só é justificada quando resulta de cumprimento de um dever, imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade, ou quando haja conflito de deveres (artºs. 30º e 35º CPM e, no direito anterior, o nº 4 do artº 44º do Código Penal de 1886 – CP1886).

Caso contrário, a violação não justificada do segredo ou do sigilo é passível de procedimento criminal e refere-se a todo aquele que revelar “*segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, officio, empegno, profissão ou arte*” (artº 189º CPM)⁵⁴, no caso de segredo, e a “*divulgar o conteúdo de [...] telecomunicações*” (nº 3 do artº 188º CPM), no caso de sigilo. A aplicação destas

⁵⁴ O artº 290º CP1886 referia-se a “*factos de que teve conhecimento por via do exercício da sua profissão e exclusivamente por via desse exercício, e cujo segredo era obrigado a guardar por força da lei*”. No direito anterior, além deste preceito, o CP1886 apenas se referia à “*subtração ou violação de correspondência*” (artº 295º) por empregado do serviço público dos correios, e à abertura de cartas ou papéis fechados (artº 461º), mas não ao segredo específico de telecomunicações.

disposições é reforçada pelo que dispõe o n.º 1 do art.º 76.º do Decreto n.º 492/73, de 4 de Outubro⁵⁵: os funcionários, “que por qualquer forma deixarem de guardar o sigilo profissional [...] incorrerão nas penas que o Código penal prescrever para tal crime e serão demitidos dos seus lugares”

Infelizmente o CPM não reflecte a realidade actual do Território, pois apesar de o art.º 349.º punir o “*funcionário de serviços de correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações*” que “*revelar a terceiro comunicações entre determinadas pessoas*”, gravar ou promover factos, esquece que tais serviços não são prestados directamente pelo Território. Isto é, quem executa os serviços de telecomunicações são os trabalhadores dos operadores e não os funcionários de qualquer serviço público. Para dar efeito útil a esta disposição teremos que proceder a uma interpretação extensiva de modo a integrar no conceito de funcionário, os trabalhadores dos operadores de serviços de telecomunicações de uso público. E isto porque a moldura penal do art.º 349.º CPM é mais gravosa do que a do art.º 189.º ou do n.º 3 do art.º 188.º. Apesar do art.º 336.º do CPM tentar abrir ao máximo o conceito de funcionário, chegando mesmo a integrar nele as concessionárias e as sociedades que exerçam actividades em regime exclusivo, tal não chega para integrar, por exemplo, os operadores de Internet.

O que em maior medida releva do dever de sigilo das telecomunicações não é, em termos estritamente privados, a proibição de terceiros revelarem a comunicação, mas sim, devido à particular posição que o Estado possui enquanto prestador do serviço público e possuidor dos sistemas de telecomunicações públicos, a proibição de ele não se valer desse seu posicionamento para se intrometer nas comunicações privadas. Se lhe cabe garantir a não interferência das comunicações, quando, por apelo a interesses superiores haja ele de deixar de cumprir essa obrigação, deve “*simultaneamente, criar uma barreira em volta da informação que obteve com a devassa. Por isso a informação assim conseguida transforma-se em segredo*”⁵⁶. E esta protecção deveria valer também para os operadores privados.

Nos exactos termos da Lei n.º 16/92/M, de 28 de Setembro, o sigilo das comunicações é protegido pelo n.º 2, do art.º 7.º do Contrato de Concessão do serviço público de telecomunicações, e abrange o segredo profissional, a proibição da quebra do sigilo, a identidade do chamador e do chamado, e a obrigação da não divulgação a terceiros daqueles factos.

2.2.4. Direito à reserva da intimidade da vida privada

Também a intimidade da vida privada adquire uma nova expressão no âmbito das comunicações pois em última instância, e na medida em que as telecomunicações podem constituir um meio particularmente apto a atentar contra a privacidade, esta pretende resguardar a pessoa, dar-lhe a possibilidade de isolamento e de uma vida tranquila (dimensão interna), mas também salvaguardar “*o desejo de estabelecer relações pessoais sem interferência externa*”⁵⁷, e demarcar o domínio interno e

⁵⁵ Apenas o Capítulo VIII deste decreto se encontra em vigor. A restante parte foi revogada expressamente pelo n.º 1 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 2/89/M, de 9 de Janeiro.

⁵⁶ José de Faria Costa, *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada*, p. 20.

⁵⁷ M. Januário Gomes, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, p. 31.



reservado, expresso e projectado no acto de comunicação (dimensão externa).

No âmbito da dimensão interna, a intimidade, como bem jurídico, é protegida pelo direito à não comunicação e ao não conhecimento pelos outros daquilo que nos define como pessoas, englobando os dados pessoais e íntimos e, em extremo, o conhecimento da existência da própria pessoa. A vida privada possui um reduto que se identifica com o próprio núcleo duro do direito fundamental. É nesse espaço que se projecta a existência sentimental e comportamental de cada um, de modo que a reserva acaba por se consubstanciar na barreira psicológica levantada por uma pessoa contra os possíveis intentos de comunicação de outros⁵⁸.

No âmbito da dimensão externa, o direito à intimidade da vida privada impede, por parte de terceiros, o acesso e o registo da comunicação em qualquer dos seus elementos e sobretudo das informações sobre a vida familiar e privada, isto é, os acontecimentos partilhados por um número restrito de pessoas, englobando ainda a correlativa obrigação de ninguém divulgar informações que tenha obtido sobre a vida de outrem, de forma semelhante ao que vimos a propósito do segredo profissional. Criado esse espaço íntimo, a pessoa pode desenvolver uma série de actividades de expressão implusiva, reservada e resguardada, onde a liberdade de comunicar se projecta na forma, meio e destinatário escolhido⁵⁹.

Note-se, contudo, que deve ainda ser incluído no espaço de reserva aqueles elementos do acto de comunicação que, apesar de remeterem para além da mensagem, merecem igual protecção. Para além da mensagem ou informação⁶⁰, a comunicação radica num conjunto de valores, num domínio cultural e numa dimensão social comum. Como diz Costa Andrade, referindo-se ao direito à palavra, o que se tutela no direito à comunicação é a própria personalidade na sua comunicação inocente com os outros membros da sociedade⁶¹. Entendimento que deve ser extensível a qualquer elemento da comunicação. Assim, a autodeterminação sobre a comunicação também se projecta no quando, como e com que extensão a nossa informação é comunicada aos outros⁶², ou seja pelo tráfego e pelo próprio meio de comunicação utilizado.

⁵⁸ Aurella Maria Romero Colomba, *Derecho a la intimidad, a la information y proceso penal*, p. 31.

⁵⁹ Cremos que é este o tipo de comunicações que Paulo Mota Pinto se refere como sendo “*comunicações limitadas e protegidas*” (Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 509).

⁶⁰ Repare-se que a relação de comunicação “*traduz-se sempre em uma relação que, por evidente, pode ter um conteúdo definível em termos de informação*” mas, já a informação pode prescindir da participação activa da pessoa no acto comunicacional, para existir enquanto tal. A informação que se comunica, recebe e compreende ou arquiva é, em sentido próprio, data ou mensagem, é aquilo que dinamicamente se desloca entre o(s) emissor(es) e o(s) receptor(es). Entre a informação e data pressupõe-se a existência de um protocolo que codifique/descodifique a informação de forma a que, logo que comunicada, regresse ao seu estado estático, ao entendimento ou ao arquivo electrónico. Como a designação de “informação”, em sentido amplo de informação e data, está tão normalizada na nossa linguagem, será esta a terminologia utilizada no texto. Esta diferenciação será, contudo, essencial, para determinarmos o exacto âmbito de protecção de um direito fundamental à comunicação pessoal, pois a armazenagem de dados só tem sentido com o seu acesso ou transmissão (deste modo se compreende a protecção visada pelo n.º 2 do art.º 35.º CRP, que proíbe a interconexão de ficheiros), o direito à palavra expressa-se normalmente através de um acto de comunicação e o direito ao segredo, implica de forma negativa a existência de um acto da comunicação a outrem.

⁶¹ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a reforma do código penal português*, p. 467.

⁶² A. Westin, *Privacy and Freedom* (1967), cit. por Louis Lusky, *Invasion of privacy: a clarification of concepts*, p. 695.

Deste modo, a ambivalência pessoal/social terá sempre um papel determinante num qualquer acto individual de comunicação, isto é, “a palavra só é palavra porque assenta em um étimo dialógico, daí que, sem abrir mão da pessoalidade que envolve um tal direito, se tenha também que frisar essa outra vertente, em certos aspectos tão essencial como aquela outra”⁶³. O ambiente das comunicações pessoais não esquece assim que “a realidade comunicacional pressupõe sempre o sentido originário implícito na própria comunidade, naquilo que é comum. Por mais estreito, afinado e singular que seja o acto comunicacional ó e isso verifica-se, por exemplo, no diálogo entre duas pessoas ó há nele, em qualquer circunstância, a marca indelével da comunidade”⁶⁴. É essa marca que, em larga medida, dá coerência ao elo que une os interlocutores no acto concreto da comunicação, pois nem mesmo a globalização cultural que caracteriza o virar de milénio, afasta as tensões e as interferências a nível dos processos comunicacionais simples, valendo, senão em maior medida, a realidade concreta dos interlocutores, a sua experiência individual e mútua, e tudo o que de si resolvem pôr no acto, enfim, valores protegidos da vida privada e do direito à palavra e imagem.

A protecção a todos estes elementos integrantes da comunicação é dada quer a nível constitucional, quer a nível do legislador ordinário.

Por parte da Constituição, consagra-se expressamente o direito à palavra e à reserva da intimidade da vida privada, e garante-se esse direito contra a utilização de informação relativa às pessoas e à família, tendo por base a dignidade humana (Cfr. nº 1 do artº 25º e artº 26º CRP).

O Código Penal de Macau, assim como anteriormente a Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, contém uma disposição especialmente dirigida à intromissão, com intenção de devassa, na vida privada das pessoas, valorada de forma particular enquanto comunicação telefónica (alínea a) do nº 1 do artº 186º CPM e anterior alínea a) do nº 1 do artº 9º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro). Pune-se assim quem “interceptar, gravar, registar, transmitir ou divulgar conversa ou comunicação telefónica”⁶⁵. Pela distinção operada na última parte da disposição, distinguindo entre

⁶³ José de Faria Costa, *Direito penal da comunicação: sumários e alguns tópicos, 1º semestre, 1993-1994*, p. 2.

⁶⁴ José de Faria Costa, *Direito penal especial: lições ao 5º ano do curso de 1994-1995*, p. 1.

⁶⁵ Se fizermos o percurso inverso, esta disposição servirá para clarificar o verdadeiro alcance da proibição do Estado nas telecomunicações e, conseqüentemente, a resolução a nível constitucional de parte do conflito. É que apesar da evidente comunhão entre a Constituição e o processo penal (em Macau, a Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro e o CPPM), a verdade é que não existe qualquer obrigação de penalização de todas e quaisquer condutas que possam atentar contra direitos fundamentais (Parcelarmente contrário a este entendimento, José Miguel Sardinha, *O terrorismo e a restrição de direitos fundamentais em processo penal*, p. 24). Tal imposição resultaria desde logo adversa à natureza e função do direito penal, necessariamente fragmentária e subsidiária. Ao legislador penal só competirá intervir relativamente às “expressões mais gravosas de danosidade social” (Manuel da Costa Andrade, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 30). A legislação penal volta-e com particular atenção para as escutas telefónicas, pois estas práticas vão mais longe na sua potencial danosidade: para além da violação das telecomunicações, podem devassar a intimidade e a vida privada, considerando-se, aliás, um dos meios mais aptos a operar essa devassa: “*El verdadero atentado contra la vida intimidad personal a través del teléfono es la escucha ilegal*” (Luis María Farinas Matoni, *El derecho a la*



conversa e comunicação, a protecção penal deve ser estendida a qualquer comunicação independentemente da forma tecnológica utilizada: dados, voz, imagem, etc. Por essa razão, a referência expressa a “telefónica” é desaconselhável e pouco de acordo com a plurifuncionalidade dos meios de comunicação actuais. Hoje em dia, as redes de comunicações já pouco têm a ver com o telefone, como reconhece o artº 17º da Lei 16/92/M, de 28 de Setembro e, aliás, como ressalta de outras disposições do CPM e do CPPM que se referem simplesmente em telecomunicações. Estão neste caso o nº 2 do artº 188º CPM, e o nº 3 do artº 113º do CPPM⁶⁶. Iguamente o artº 175º CPPM, no respeitante às escutas telefónicas, além de distinguir “conversações” e “comunicações”, estende expressamente o regime das escutas a qualquer meio técnico diferente do telefone, o que, quanto a nós, conforta a tese que defendemos. Em consonância com este entendimento o nº 1 do artº 173º CPPM refere-se a “*fitas gravadas ou elementos análogos*”, de modo a não excluir que os registos das escutas possam ser feitos em outros suportes (disquetes, discos, etc.).

Por comparação com a factualidade punível em sede de violação de telecomunicações (nº 2 do artº 188º CPM) verifica-se que o tipo de ilícito apresenta diferenças de monta. Neste último, é necessário que a intromissão incida sobre o “*conteúdo de telecomunicação*”, enquanto no crime de devassa da vida privada não aparece qualquer referência directa ao conteúdo da (tele)comunicação (embora esteja implícito no caso de interceptação de conversa telefónica), bastando o facto da interceptação da comunicação se verificar sem consentimento e com intenção de devassa.

intimidad, p.11), lesar o direito à palavra, e no caso especial de escutas ao arguido, um “atentado directo ao respectivo status processualis activus” (Manuel da Costa Andrade, Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas, p. 381).

Da consagração constitucional de direitos fundamentais resulta, isso sim, uma obrigação geral de defesa pela ordem jurídica no seu todo. Ao processo penal, que por imperativo constitucional é, neste âmbito, a única fonte possível de restrições legislativas a direitos fundamentais, só cabe regular o caso de escutas e não toda e qualquer actuação da polícia.

Mas, mesmo não criminalizadas essas condutas, as provas obtidas à revelia destes princípios, e particularmente as que forem obtidas mediante intromissão abusiva nas telecomunicações, devem ser consideradas nulas (nº 6, do artº 32º CRP e nº 3 do artº 113º CPPM) por se tratar de uma limitação a direitos fundamentais (cf. nº 4 do artº 34º CRP) e, portanto, não são passíveis de ser apreciadas pelo tribunal. Diz esta disposição do CPPM que “*Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular*”. Os interesses próprios do processo penal, que se identificam obviamente com interesses comunitários de justiça, há-se esbarrar no muro erguido constitucionalmente em redor da dignidade humana, e que vale, neste domínio das proibições de prova, principalmente contra o próprio Estado.

⁶⁶ Parece-nos melhor a formulação da lei francesa (Lei de 10 de Julho de 1991, nº 91-646) ao utilizar a designação de “*correspondances émises par la vie des télécommunications*”, (mas já não no resto), pois as escutas não se referem apenas ao telefone mas a todos os tipos de comunicações. Também assim, na Alemanha, referindo-se genericamente a StPO (100a) e 100b) a qualquer forma de intromissão nas telecomunicações. Isto mesmo deve ser entendido quanto à actual normação do direito macaense, quer pela aplicação do nº 1 do artº 17º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, que se refere a “*qualquer outro meio técnico*”, quer pelo artº 175º do CPPM, que se refere às “*comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone*”.



Por sua vez, o Código Civil, no âmbito da tutela do direito geral de personalidade⁶⁷, estabelece no artº 80º um direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, graduando esta reserva em função da natureza do caso e da condição das pessoas. Contudo, não se preocupou o legislador em definir a intimidade da vida privada, nem tal seria possível em virtude do seu carácter relativo⁶⁸.

No entanto, na esteira do previsto constitucionalmente é geralmente aceite que a intimidade admite diferentes graduações consoante a “*condição das pessoas*”. Por sua vez, esta é aferida relativamente à atitude comportamental e ao grau do relevo ou projecção que esse indivíduo tem no conjunto da sociedade, tomada aqui no sentido de grupo mais ou menos vasto de “outros” com que tal indivíduo possa entrar directa ou indirectamente em relação ou simples reconhecimento. Assim como a referência ao “caso” deve ser entendido não como a expressão do “ser” social, mas, pelo contrário, enquanto o acontecimento em que a vida do indivíduo se determina, em momento definido e dentro de circunstâncias concretas, isto é, a sua localização espacial e social.

Em termos estritamente de direito civil, a devassa ilícita da vida privada poderá dar eventualmente lugar a ressarcimento pelos danos causados ou, em todo o caso, a pessoa ameaçada ou ofendida poderá requerer as “*providências adequadas à circunstância do caso*” (nº 2 do artº 70º do Código Civil), como, por exemplo, os procedimentos cautelares previstos no Código de Processo Civil, artºs. 381º e seguintes. A possibilidade de uma determinada violação de um direito de personalidade, como o é o direito à privacidade, mas também o direito à comunicação, não se constituir em ilícito criminal, não deixará por isso de afastar a tutela enquanto ilícito civil.

A reserva da intimidade da vida privada nas telecomunicações tem ainda expressão na exclusão da “*legitimidade de desnecessários descondicionamentos, como é o que resulta da exigência do pagamento de uma taxa para que os seus dados não sejam incluídos na lista de assinantes*”⁶⁹ e nas condições de admissão do reencaminhamento de chamadas, de modo a salvaguardar os legítimos direitos do chamador e do terceiro que recebe a chamada reencaminhada. Com maior acuidade se coloca esta questão no sistema de *roaming* internacional pois a chamada é, também aqui, reencaminhada até ao destinatário, onde quer que este se encontre. O reencaminhamento da chamada deverá apenas concretizar-se com prévio consentimento do chamador e do chamado.

Dentro da reserva, cabe ainda o direito que o assinante tem de interromper o acesso ao serviço ou a serviços prestados, através do concessionário da rede pública que seja objecto de facturação de valor acrescentado.

⁶⁷ Neste sentido, Mota Pinto, quando diz: “*O Código Civil, certamente para afastar quaisquer dúvidas previsíveis sobre a sua inclusão na tutela geral operada pelo artigo 70º, prevê expressamente no artº 80º, o chamado direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*”(Mota Pinto, *Teoria Geral do direito civil*, p. 225). Em sentido contrário, Antunes Varela, RLJ, 116, 142/143.

⁶⁸ Parecer da Procuradoria-Geral da República, nº 121/80, de 23 de Julho de 1981 (Segredo de Justiça, liberdade de informação e protecção da vida privada), p. 142.

⁶⁹ Pedro Gonçalves, *O Utente do serviço público de telecomunicações*, p. 31.



2.3. Os bens comunitários

Visto o catálogo que, por comodismo e economia da exposição, colocámos do lado “passivo” do conflito, passemos agora ao outro lado da linha de batalha. Pela limitação metodológica deste trabalho, não nos iremos referir a qualquer conflito entre direitos fundamentais, *maxime*, entre os que constam do catálogo que acabámos de referir, pois também aí e com alguma insistência eles têm surgido. São disto exemplo as potencialidades de conflito dos direitos individuais à informação, sobretudo os que comungam dos interesses económicos da liberdade de circulação de informação, e o direito à intimidade da vida privada.

Embora pudesse constituir uma hipótese válida de trabalho, também não tratamos aqui dos casos de conflitos em que intervenha autonomamente o direito à segurança, previsto no artº 27º CRP, pois cremos que os valores que visa proteger estão pressupostos no bem comunitário “segurança”, quer na dimensão de direito de defesa perante agressões dos poderes públicos (o Estado defende-se de si próprio), quer na dimensão de direito à protecção dos poderes públicos contra agressões ou ameaças de outrém⁷⁰.

Optámos por considerar apenas a possibilidade de confronto entre o catálogo “direitos fundamentais nas telecomunicações” e os valores comunitários de “segurança pública” ou “segurança interna”. É este o bem comunitário que tentaremos definir partindo do que se encontra consagrado a nível do ordenamento jurídico de Macau.

2.3.1. O bem comunitário “segurança”

No ordenamento jurídico de Macau⁷¹, o artº 1º do Decreto-Lei nº 76/90/M, de 26 de Dezembro, define a segurança interna como a “*actividade desenvolvida pela Administração do Território no sentido de garantir a ordem, a tranquilidade pública e a protecção das pessoas e bens, prevenir e investigar a criminalidade e controlar a migração, contribuindo assim para assegurar a estabilidade social e o regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas*”. A segurança interna tem assim um pendor cautelar ou preventivo geral para defesa da ordem pública e protecção de pessoas e bens, por um lado, e uma faceta activa dirigida à investigação da criminalidade, por outro.

A defesa destes valores traduz-se em funções de polícia⁷², a quem cabe, no geral, garantir a segurança dos cidadãos (nº 1 do artº 272º CRP) e “*assegurar a*

⁷⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 184.

⁷¹ Há que fazer aqui uma importante limitação: as normas da CRP, com ressalva dos princípios e dos direitos liberdades e garantias, não são aplicáveis em Macau (artº 2º do Estatuto Orgânico de Macau). É disso exemplo o nº 4 do artº 272º e, talvez seja disso exemplo, o nº 1 do mesmo artigo na parte que confere à polícia a função de defender a legalidade democrática. No entanto, pela semelhança das disposições constitucionais e das normas locais, faremos igualmente referência aos preceitos constitucionais onde se julge necessário. A última revisão constitucional (Lei 1/97, de 20 de Setembro) foi publicada no Boletim Oficial nº 41, I Série, de 13.10.97.

⁷² Devem ser incluídas, enquanto autoridades de polícia, as entidades previstas no artº 20º do DL nº 76/90/M, de 26 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo DL nº 66/94/M, de 30 de Setembro. Por facilidade de exposição e atendendo à especial importância das suas atribuições, apenas nos referimos à Polícia de Segurança Pública e à Polícia Judiciária.

estabilidade social e o regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas” (nº 1 do artº 1º, do DL nº 76/90/M, de 26 de Dezembro. Cf. artº 3º do DL nº3/95/M, de 30 de Janeiro). Significa, pois, que à polícia cabem tarefas dentro da ordem pública e da segurança geral, como a manutenção da ordem, prevenção de crimes, prevenção e ajuda em casos de acidentes provocados pelo Homem ou pela natureza, defesa de pessoas e bens contra atentados à saúde pública e outros ataques ilícitos de terceiros. São conceitos que se reconduzem ao valores da ordenação estável da vida social, à prevenção da danosidade social e à protecção pública de direitos fundamentais, incluindo o direito à segurança (nº 1 do artº 27º CRP). Pode assim dizer que *“os direitos dos cidadãos não são apenas um limite à actividade de polícia (nº 2); constituem também um dos próprios fins dessa função”*⁷³.

Em particular, cabe à Polícia de Segurança Pública a prevenção, investigação e repressão da criminalidade (alínea c), do nº 1 do artº 16º, do DL nº 76/90/M, alínea b) do nº 1 do artº 2º e alínea d) do nº 1 do artº 3º do DL nº3/95/M, de 30 de Janeiro), bem como exercer a vigia e fiscalização de actividades e locais favoráveis à preparação ou execução de crimes (alínea m) do nº 1 do artº 3º do DL nº3/95/M, de 30 de Janeiro).

Compete à Polícia Judiciária de Macau a *“prevenção da criminalidade, através da vigilância e da fiscalização dos locais especificados na respectiva lei orgânica e da realização de acções destinadas a limitar a prática de crimes”* (alínea a) do Artº 17º, do DL nº 76/90/M) e a investigação criminal na dependência da autoridade judiciária competente (nºs 2 e 3 do artº 1º do DL nº 61/90/M, de 24 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo DL nº 9/97/M, de 31 de Março). Em causa estão necessidades de segurança e de defesa da comunidade, embora se deva considerar que não se exclui a *“luta contra a criminalidade: também esta função se contém dentro das exigências de segurança geral”*⁷⁴.

No cumprimento destas funções, as autoridades públicas, no que interessa ao caso em questão, utilizam medidas de polícia e medidas de prevenção de crimes (artº 272º CRP), incluindo a vigilância e a prevenção criminal stritu sensu.

Medidas de prevenção criminal são *“medidas de protecção de pessoas e bens, vigilância de indivíduos e locais suspeitos, mas não podem ser medidas de limitação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”*⁷⁵. Estas medidas consubstanciam-se numa determinada intervenção de polícia *“no exercício de liberdades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objectivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram evitar”*⁷⁶. Cabe, assim, na prevenção criminal a função de vigilância, por exemplo a vigilância de pessoas por período determinado (artº 21º do DL nº 76/90/M e artº 2º do DL nº 61/90/M, de 24 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo DL nº

⁷³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 956.

⁷⁴ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, p. 398. Contra este entendimento, reservando para a polícia judiciária apenas a prevenção da criminalidade, Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, p.1154.

⁷⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Op. cit.*, pág. 956.

⁷⁶ Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, II, p. 1150.



9/97/M, de 31 de Março), e outras funções de prevenção criminal *strito sensu*, como as acções destinadas a limitar a prática de crimes, no respeito dos artigos 27º e 28º CRP.

Na medida em que o exijam as necessidades de prevenção, a polícia procede ainda à recolha e arquivamento de informação policial sobre determinadas pessoas, isto é, “*informações de natureza, muitas vezes especulativa e sempre confidencial, por definição*”⁷⁷, distintas das informações constantes do registo criminal. De facto, a lei atribuiu à Polícia Judiciária competência para “*organizar e manter actualizado um sistema de registo e tratamento da informação de natureza criminal, quer em função dos crimes, quer em função dos respectivos agentes*”, “*proceder à completa identificação dos arguidos ou suspeitos*” e “*recolher quaisquer outros elementos ou informações úteis à investigação criminal*” (alíneas a), o) e p) do artº 17º do DL nº 61/90/M, de 24 de Setembro). No entanto, apesar desta actividade ser uma importante fonte de controlo da criminalidade, actuando sobre elementos considerados como potencialmente envolvidos em actividades criminosas, a Polícia não pode dispor de ficheiros e de base de dados sobre a vida dos cidadãos, resultantes de vigilância indiscriminada que implique a devassa da sua vida privada. A existência de ficheiros com este tipo de informação, além de estar proibida pelo nº 1 do artº 35º CRP, pode mesmo constituir crime (artº 11º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro). Deste modo, as informações devem estar limitadas às informações provenientes do decorrer ou do resultado de processos-crime (agentes de crimes, suspeitos, arguidos) e não a qualquer cidadão.

Por sua vez, medidas de polícia são “*previdências que já têm um certo carácter repressivo relativamente a um perigo; e é esse perigo que se atalha para prevenir que se transforme em dano efectivo*”⁷⁸. São, portanto, “*providências limitativas da liberdade de certa pessoa (...) independentemente da verificação e julgamento da transgressão ou contravenção ou da produção de outro acto concretamente delituoso*”⁷⁹. Estas medidas, previstas expressa e taxativamente no caso da Polícia de Segurança Pública, só podem ser exercidas coercivamente para “*repelir uma agressão actual e ilícita, em defesa própria ou de terceiros*” ou para “*vencer resistência violenta à execução de um serviço no exercício das suas funções e manter o princípio da autoridade*” (nº 2 do artº 63º do DL nº 3/95/M, de 30 de Janeiro). As medidas de polícia, como aliás “*a prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do estado*”, porque envolvem uma restrição de direitos fundamentais admitida pela Constituição (nº 3 do artº 18º CRP), “*só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos*” (nº 3 do artº 272º CRP e, no mesmo sentido, o nº 2 do artº 2º do DL nº 76/90/M, de 26 de Dezembro). Para além deste princípio do respeito de direitos fundamentais, hão-de ainda verificar-se outros três limites (nºs 2 e 3 do artº 272º CRP e nºs 1 e 2 do artº 2º do DL nº 76/90/M, de 26 de Dezembro):

a) Princípio da tipicidade legal, isto é que qualquer acto de polícia deve estar previsto e suficientemente tipificado na lei. O DL nº 76/90/M, de 26 de Dezembro

⁷⁷ José Augusto Sacadura Garcia Marques, *Informática e vida privada*, BMJ, 373 (1988), p. 32.

⁷⁸ Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 1166.

⁷⁹ Marcelo Caetano, *op. cit.*, pág. 1170.



diz que as “medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário” (nº 2 do artº 2º) e devem ser limitadas a um princípio de funcionalidade de acordo com as “respectivas atribuições organicamente definidas” para as autoridades de polícia (nº 1 do artº 21º).

b) Princípio da legalidade e da reserva de lei, prevista no artº 168º CRP, para Portugal, e no nº 3 do artº 31º do Estatuto Orgânico de Macau (EOM), em Macau, onde a reserva é apenas relativa, podendo o Governador, sob autorização da Assembleia, legislar sobre o “sigilo das comunicações privadas”;

c) Princípio da proibição do excesso (nº 2 do artº 272º CRP), isto é, os procedimentos policiais devem obedecer aos princípios da proporcionalidade, necessidade e exigibilidade; não podem ser abusivas, isto é, não são permitidas quando desnecessárias ou desproporcionadas ou quando aniquiladoras dos próprios direitos e devem existir na medida necessária à salvaguarda daqueles mesmos direitos.

2.3.2. Dever de colaboração

Sobre a Concessionária do serviço público de telecomunicações e sobre os CTT, impende um dever geral de colaboração com a administração da justiça para satisfação das necessidades de descoberta da verdade (182º do CPP e 185º CP português e artº 3 do DL nº 61/90/M, de 24 de Setembro com as alterações introduzidas pelo DL nº 9/97/M, de 31 de Março e, no âmbito civil, o nº 3 do artº 519º do Código de Processo Civil), e um dever geral de colaborar na prossecução dos fins de segurança interna (artº 5º do DL nº 76/90/M, de 26 de Dezembro).

3. CONFLITOS DE DIREITOS E BENS COMUNITÁRIOS

3.1. O tipo de conflito

Os direitos fundamentais nem sempre expressam toda a sua plenitude de sentido, mormente quando colidem com outro direito fundamental de sentido contrário. Neste confronto é possível conceber que algum dos direitos possa ser sujeito a um estado de quase inexpressividade ou, pelo menos, que não se materialize nas suas práticas normais, parcialmente, quando o sigilo de uma comunicação é quebrado ou, integralmente, quando alguém é impedido de comunicar em virtude de força física. O mesmo sucede quando o seu titular dispõe do seu uso, isto é, não se coloca em situação de ser protegido ou prescinde de protecção.

Pode, contudo, acontecer que, pela concorrência gerada, muitas das vezes, em virtude da sua aptidão para a aplicação directa resultante da Constituição, o conflito não se dê entre dois direitos fundamentais, mas sim entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos comunitários, como sucede na situação que tomamos de exemplo. Então, estamos perante um conflito inautêntico, parificado para todos os efeitos aos casos de conflitos de direitos. Não só a protecção constitucional atribuída aos direitos e bens em conflito é materialmente equiparável, como também aqui as restrições se dirigem à limitação do exercício de direitos, e conseqüentemente, a uma diminuição da protecção dos bens jurídicos inerentes. Compreender-se a existência de conflitos significa entender-se que, quer se trate de conflitos entre direitos, quer no caso de conflitos de direitos e de bens, subjaz sempre uma oposição entre dois bens jurídicos.



Então, temos que aceitar que há determinados valores comunitários que justificam restrições aos direitos fundamentais. Neste caso, o direito fundamental à comunicação exercido pela pessoa alvo da vigilância policial, mas cujo exercício está necessariamente fora de uma zona de protecção absoluta⁸⁰ e o bem comunitário segurança constitucionalmente protegido e adequado a desempenhar uma função de limite perante determinados direitos⁸¹, pretensamente defendidos pela polícia naquela actuação, pois crê-se que assim se obstará à prática de crimes.

3.2. Os níveis de solução de conflitos

Nos termos constitucionais, as comunicações pessoais, como extensão da própria personalidade da pessoa humana, são invioláveis. No entanto, não podia deixar de se admitir a possibilidade de restrições ao direito à comunicação quando estejam em causa interesses de perseguição penal e de obtenção de provas. Compreende-se, por exemplo, a importância que a detecção de chamadas, por permitirem o conhecimento das relações mantidas por indivíduos suspeitos, pode ter no desmantelamento de redes criminosas e na prevenção de crimes, factores que configuram uma não menor importância social relativamente ao direito à comunicação.

A segurança sentida a nível social é um valor de primeira ordem que, necessariamente, deve ser acutelado em qualquer Estado de Direito, pois encobre, quase sempre, uma especial protecção a outros direitos fundamentais dos cidadãos como o direito à vida, o direito à integridade física ou o direito à propriedade individual. Deve, deste modo, admitir-se que *“a ordenação de certos sectores de relações (especiais) entre os indivíduos e o poder possa fundar (dar motivo), a restrições (também especiais), de alguns dos direitos — o bem-estar da comunidade, a existência do estado, a segurança nacional, a prevenção e repressão criminal, etc., são valores comunitários com assento ou reconhecimento constitucional e não podem ser sacrificados a uma concepção puramente individualista dos direitos fundamentais”*⁸².

Nesta linha de ideias se compreende que, tanto o legislador constitucional, como o legislador penal, através da possibilidade de exclusão da ilicitude, da culpa ou da pena, como o legislador civil e administrativo, se preocuparam em estabelecer restrições por forma a resolver, por via legislativa, os conflitos.

Teremos assim que confrontar com cada um dos direitos que coligimos supra o bem comunitário segurança, de acordo com o exemplo de referência, verificando qual é a intensidade da restrição, a sua admissibilidade constitucional e, caso esta se verifique, se os requisitos legais da sua verificação foram observados.

⁸⁰ Na verdade, na *“ponderação de bens nenhum interesse é, prima facie, quer excluído porque se afigure excessivamente débil, quer privilegiado porque aparece, prima facie, como dotado de valor absoluto”* (Gomes Canotilho - *Balanceamento de interesses e conflitos de direitos fundamentais*, p. (6). Igualmente, Manuel da Costa Andrade (*Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 49), citando Otto, assinala que *“não é possível identificar qualquer bem jurídico ou direito fundamental, por mais transcendente que seja a sua dignidade constitucional, a que a ordem jurídica dispense aquela protecção absoluta pressuposta pela Dreistufentheorie no que à esfera da intimidade respeita. E que a colocaria fora e acima de todas as situações de colisão e ponderação”*.

⁸¹ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional de conflitos*, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3823, p. 295.

⁸² Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 244-245.



3.2.1. Solução constitucional integral

Sendo a emergência de conflito entre direitos fundamentais e bem jurídicos consagrados constitucionalmente uma situação previsível e inevitável, não podia a Constituição, como “*primeira instância normativa de superação dos conflitos*”⁸³, deixar de apresentar, no seu seio, a solução (admissão da restrição).

Ao fazê-lo, o problema como que se esgota na interpretação, pois são as próprias normas que consagram os direitos que se encarregam de arredar as dimensões de um dos bens jurídicos em conflito, e permitir a ocupação desse espaço pelo bem que mereceu melhor protecção constitucional. São exemplos, deste mecanismo, o n.º 1 do artigo 45.º CRP e o art.º 46.º CRP.

3.2.2. Solução constitucional por remissão

Num segundo plano, a solução do conflito pode ser obtida por remissão da Constituição para o legislador ordinário porque se crê que este, por ter um conhecimento mais actual e estar mais próximo da complexidade dos casos da vida, pode fazer melhor uso dessa posição privilegiada.

É o que acontece no caso da inviolabilidade e sigilo das comunicações⁸⁴, em que a solução do conflito é remetida para o Juiz por via da autorização constitucional relativa aos “*casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (n.º 4 do art.º 34.º CRP) e apenas neles. De harmonia com n.º 4 do art.º 34.º CRP é lei processual ordinária que tem “*a legitimidade constitucional de modelar o regime do aproveitamento como meio de prova das gravações de conversas telefónicas, quer produzidas por particulares, quer produzidas por membros das agências formais de controlo*”⁸⁵. Por meio deste mandato, coloca-se nas mãos do Legislador penal, numa primeira etapa, a efectiva ponderação dos valores em conflito, pois a ele assiste “*a competência para pôr de pé um regime processual penal assente em soluções de sobreposição dos valores ou fins servidos pelo processo penal aos bens jurídicos correspondentes aos direitos fundamentais relativos à privacidade, imagem, palavra, correspondência e telecomunicações*”⁸⁶.

Mais concretamente, a tarefa que se põe ao Legislador é determinar a medida ou proporção da conciliação entre o direito à comunicação que a norma pretende proteger e o bem comunitário que, indirectamente, a segunda parte da norma também protege: a segurança. O Legislador desenvolve e especifica os conteúdos dos direitos

⁸³ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 5.

⁸⁴ No caso da comunicação, enquanto protegida por um direito à informação e de liberdade de expressão, podem ainda ser admitidas as restrições previstas pelo n.º 3 do art.º 37 CRP na medida em que os direitos penal defina os seus princípios (“*As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal*”, n.º 3 do art.º 37.º CRP). Como no caso que serve de modelo operativo ao nosso estudo, não consideramos a possibilidade dos direitos fundamentais de expressão e informação se situarem do lado activo do conflito (seria o caso do abuso ilegal da liberdade de transmitir informações a outrém colidir com o bem segurança) e, portanto, também não é aqui que poderemos achar a solução para resolver o conflito quando ele surge no sentido inverso.

⁸⁵ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 21.

⁸⁶ Manuel da Costa Andrade, *Op. cit.*, p. 22.



previstos constitucionalmente mas, na outra face da moeda, resolve, através da consagração de restrições ou de fronteiras ao encargo do direito atingido e da escolha dos conteúdos dos direitos, os conflitos que se podem gerar entre eles. Estará assim justificada a relação de reciprocidade entre o direito e a restrição, relação esta que só poderá conduzir a restrições ao direito fundamental na proporção em que tal for exigido pela ordenação do bem comunitário, pois a *“relação entre o direito fundamental e o bem (defendido pela lei restritiva) constitucional não é uma relação unidireccional: os limites da lei para a defesa de um bem devem ler-se no contexto do próprio direito fundamental restringido”*⁸⁷.

Todavia, se é ao legislador infra-constitucional que cabe a tarefa de densificar e regular o exercício das restrições, (mas já não a criação de outras restrições), não quer dizer que a Constituição se desinteresse da solução dada a final. Pelo contrário, o conflito continua ainda aqui a resolver-se na ordem constitucional, já que é a Constituição que indica em que casos e perante que valores os direitos e bens devem ceder. Além de que, a reserva de lei restritiva que autoriza o legislador processual penal a determinar o âmbito da restrição (autorização da restrição, nº 3 do artº 18º CRP), só pode valer nos limites dos princípios do artº 18º CRP: proporcionalidade ou justa medida, necessidade e adequação e respeito do princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, o qual desenha *“os contornos negativos da intervenção coactiva na esfera jurídica dos cidadãos, operada pelos órgãos com competência nesse domínio”*⁸⁸. A remissão constitucional não é um “cheque em branco”, pelo contrário, reflecte uma aspiração constitucional em dinamizar o valor que quer proteger, abrindo caminho a uma ponderação de nível inferior.

Ao contrário do que sucede com a inviolabilidade das comunicações, a Constituição ao consagrar o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar, não se preocupou em resolver qualquer conflito (nº 1 do artº 26º CRP). Apenas conferiu legitimidade ao legislador ordinário para este reforçar a protecção contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, das informações relativas às pessoas e famílias.

Por conseguinte, temos que admitir que, fazendo o tráfego parte do espaço de reserva da comunicação, que neste domínio é protegida enquanto valor da *“vida em relação”*⁸⁹, não é susceptível de ser restringido por qualquer actuação da Polícia. Temos, aliás, grandes dúvidas sobre a constitucionalidade do nº 2 do artº 186º na medida em que, exclui da pena quem divulgar factos relativos à vida privada, como seria o caso se os funcionários da Concessionária revelassem dados sobre o tráfego de comunicações telefónicas, quando a CRP não admite qualquer restrição (nº 2 do artº 18º CRP), nem no seu texto, nem por remissão para o legislador ordinário.

Porém, como se trata de um valor integrante da esfera privada (intimidade pessoal), releva igualmente para a inviolabilidade e sigilo dos meios de comunicação privados. Se não é admissível que por via do nº 1 do artº 26º se consagrem restrições,

⁸⁷ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional de conflitos*, Revista de legislação e Jurisprudência, nº 3823, p. 295.

⁸⁸ Maria Leonor Assunção, *O processo penal e a protecção dos direitos do homem em Macau*, p. (3).

⁸⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 182.



já esta podem valer através da autorização constitucional prevista no n° 4 do art° 34° CRP. Pelo que a solução do problema é remetido para aquilo que dissemos sobre a violação do sigilo das telecomunicações.

Fora os dois casos apontados, o conhecimento de qualquer dos elementos da comunicação só poderá valer para aqueles que, em virtude das suas funções profissionais e na medida do seu exercício, tiverem acesso a essas informações. Para estes decorre, em consequência, um dever de segredo profissional que os impedirá de revelar aquelas informações a terceiro e, para além dos casos de segredo profissional, as situações em que quem tome conhecimento de cartas-missivas confidenciais (75° Código Civil), por meios de telecomunicações.

Poderá ainda valer com o consentimento dos sujeitos do acto de comunicação, no respeito do princípio da dignidade da pessoa humana ou, no dizer do n° 1 do art° 81° do Código Civil, desde que essa prática não “*contrária aos princípios da ordem pública*”, e do art° 37° do CPM, “*quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes*”. O princípio contido no n° 2 do art° 34° CRP, relativamente ao consentimento para entrada no domicílio, deverá ser extendido ao sigilo da comunicação o que, aliás, seria condicente com a exclusão da ilicitude a nível penal (alínea d) do n° 2 do art° 30° do CPM).

3.2.3. A solução por ponderação

Decorre do que foi dito acerca das possibilidades efectivas de resolução do conflito, por via das soluções intrinsecamente constitucionais ou por remissão para o legislador ordinário, que apenas uma parte dos conflitos, porventura a mais pequena, tem possibilidades de sucesso. Excluída a possibilidade de resolução do conflito dentro do quadro constitucional ou por remissão desta para o legislador ordinário, pois este nem criminaliza a conduta nem admite a restrição, só podem ser admitidas restrições resultantes de limites constitucionais não escritos⁹⁰, exigindo-se que se recorra a uma ponderação dos valores em conflito no caso concreto.

De modo que, o maior encargo acabará por recair sobre o aplicador do direito. É ele que, perante cada caso e confrontando os direitos ou bens em concreto, cabe decidir sobre o seu peso relativo.

A doutrinal questão de saber se os direitos fundamentais sofrem restrições ou limitações, ou dito de outra forma, se se pode falar de limites imanentes ao direito ou se, pelo contrário, se considerar não haver tais limites comportando outrossim restrições, não excluirá que seja pela avaliação dos direitos e bens em conflito, nos diversos níveis referidos, que será encontrada a final uma concordância entre eles. No entanto, convém registar aqui as principais teses quanto à configuração dos direitos fundamentais, pois, de alguma forma, isso levará a diferentes considerações acerca do método de resolução de conflitos.

Para os defensores da existência de limites imanentes a direitos fundamentais (teoria interna de limites), a limitação de determinado direito pressupõe que o seu próprio âmbito de protecção constitucional seja atingido, de modo a excluí, em termos absolutos, certas formas ou modos do seu exercício. O direito fundamental

⁹⁰ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 604.

está necessariamente condicionado por um limite máximo de conteúdo⁹¹, constitutivo do próprio direito e inscrevendo-se na sua dimensão intrínseca. Assim, os limites conformam o direito a vários níveis: advêm dos limites intrínsecos aos direitos, isto é, do seu âmbito de protecção normativa, de restrições comunitárias, da conciliação de interesses que o direito visa poder satisfazer e da autolimitação, por exemplo, em resultado de uma renúncia ou consentimento. Isto, desde que se respeitem os limites da dignidade da pessoa humana, os valores essenciais ou primários da comunidade e o limite funcional da proporcionalidade. Para os defensores de limites imanentes aos direitos fundamentais, o conflito, além das suas possibilidades de resolução a nível hipotético, resolve-se por recurso aos princípios da necessidade, adequação e de proporcionalidade ou harmonização dos preceitos divergentes. O limite deve, assim, salvaguardar o conteúdo essencial do direito nos limites do necessário (meio menos gravoso), e proporcionado, isto é, sem afectar o direito despropositadamente, atendendo aos benefícios e limitações entre cada um dos valores em conflito.

Para outros autores (teoria externa de limites), no entanto, o direito distingue-se da restrição, de modo que “o direito fundamental surge em relação às possibilidades de restrição como uma substância já fixada”⁹². Como o direito se apresenta aberto a qualquer restrição, estas só têm sentido a nível prático, através de uma ponderação de bens na situação concreta, e não no âmbito normativo do direito. Assim, as restrições podem beneficiar do regime de garantias constitucionalmente previsto. Considera-se ainda que os direitos fundamentais são expressos por princípios e estes são passíveis de serem ponderados e conciliados uns em relação aos outros, afastando um tudo ou nada. O conflito será resolvido por recurso à ponderação ou “balancing”, que se traduz numa interpretação constitucional baseada na identificação, avaliação e comparação de interesses colidentes, de modo a que “one interest does not override another; each survives and is given its due”⁹³. Admite-se, por conseguinte, que os princípios constitucionais, chamados a resolver determinado conflito, tenham diversos graus de concretização de acordo com o peso dos interesses presentes no caso. Não se põe um problema de validade, como aconteceria entre conflitos de regras, mas sim um “problema de preferência” (validade e peso)⁹⁴ de forma a que “os princípios podem não excluir-se e exigirem apenas uma ponderação dos bens em conflito a fim de se estabelecer uma relação de preferência”⁹⁵.

Esta relação obtém-se por recurso a uma “ponderação de interesses e extrinsecação de uma norma de decisão situativa”⁹⁶, capaz de conexionar os

⁹¹ Vieira de Andrade, *op. cit.* p. 216.

⁹² Gomes Canotilho, *Conflitos de direitos fundamentais: sumário do Curso de Mestrado de Macau*, 1995.

⁹³ T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional law in the age of balancing*, p. 945.

⁹⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 168. Diz no mesmo sentido, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 166, que “os princípios reclamam uma ponderação, assente no seu distinto peso”.

⁹⁵ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional de conflitos...*, p. 38.

⁹⁶ Gomes Canotilho, *Conflitos de direitos fundamentais: tópicos para um curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Macau*, 1995, (s.n.); e do mesmo autor “Balanceamento de interesses e conflitos de direitos fundamentais”, p. (2).

elementos abstractos e os factores concretos presentes na solução de conflitos. A ponderação, porque pressupõe a optimização de vários princípios num quadro interno à estrutura constitucional, só possível porque “*transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma ponderação de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição*”⁹⁷. Não há, pois, direitos fundamentais cegos.

Para além das diferenças teóricas que dividem as duas teorias sumariamente apresentadas, o grau de satisfação de direitos fundamentais que uma e outra pretende obter não nos parece divergir muito.

Por um lado, parece contrário ao próprio sentido de existência de um direito fundamental que ele possa ser concebido como constitucionalmente limitado através de um critério abstracto, cujos limites são algo acrescentado ao direito para resolver os conflitos. Por outro lado, pode ser igualmente criticável conceber-se um direito fundamental como totalmente ilimitado, aberto e indefeso a ponto de poder ser anulado perante juízos de valor que inevitavelmente acabarão por ser formulados aquando do processo de avaliação e procura da concordância prática, pois, em alguma medida, o conhecimento da existência de outros direitos anteriormente à conflitualidade prática incute no árbitro do conflito a ideia de que ele não os pode esquecer.

Assim, nem a ponderação pode prescindir de uma interpretação da norma constitucional conferidora do direito fundamental, o que só por si é pré-determinar-lhe um âmbito de protecção (interpretação conforme à Constituição), nem a construção de limites imanentes, ignorando a extensão concreta do direito ditado pela prática, poderá conferir resultados satisfatórios. Deste modo, a teoria dos limites internos acaba não prescindir de, no caso concreto, efectuar a ponderação dos valores em causa, por forma a excluir no âmbito de protecção de um direito as suas dimensões menos valorosas.

Não queremos, com isto, chegar a qualquer posição eclética e intermédia, pois, de um ponto de vista teórico, preferimos a segunda das teses apresentadas. Limitamo-nos a apontar algumas ideias que nos permitam desbravar o caminho que se inicia na consagração dos direitos, passa pela constatação de um conflito e chega a uma determinada forma de resolução. Talvez o mais importante seja notar, como faz José de Faria Costa, que ambas as posições “*partilham de um horizonte jurídico em que não cabe a ideia de uma hierarquização dos direitos constitucionalmente protegidos*”⁹⁸. Nem tal seria possível de conceber dentro do nosso ordenamento onde “*a ordem constitucional dos direitos fundamentais é, desde logo, uma ordem pluralista e aberta e, por isso, não-hierárquica*”⁹⁹. Excluindo-se o recurso a tabelas valorativas

⁹⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 609.

⁹⁸ José de Faria Costa, *Direito penal da Comunicação: sumários e alguns tópicos*, p. 22.

⁹⁹ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 108. No entanto, a tentativa de construção de uma hierarquia não tem deixado de preocupar a doutrina. Por exemplo, Diogo Leite de Campos é de opinião que o direito à privacidade da pessoa é anterior e superior a qualquer outro direito de carácter público, como por exemplo o direito à informação (*Lições de Direito da Personalidade*”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXVII, 1991, págs. 209 a 213). Igualmente, Miguel Faria, estabelece uma curiosa hierarquização (Miguel Faria, *Direitos fundamentais e direitos do homem*, p.95).

ou a valores extra-constitucionais, as soluções que irão conferir um determinado contorno e conteúdo aos direitos e bens em colisão não se encontram dentro da própria constituição. Não que os direitos e bens já possuíssem esses limites anteriormente à ponderação em concreto, mas porque eles resultam do processo de avaliação, de troca e contrapeso de valores, tendo por objectivo último a optimização da ordem constitucional.

Por isso, apesar de não ser possível estabelecer uma tabela de valores que permita antecipadamente saber qual dos direitos ou bens irá prevalecer, não se ignora que a Constituição conferiu à previsão dos direitos fundamentais e às suas garantias um papel estruturante, até quanto à uniformidade interpretativa que deles deve resultar. Basta ver a densidade dos artigos dedicados ao princípio da igualdade (13º), âmbito e sentido dos direitos fundamentais (16º), força jurídica dos preceitos constitucionais relativos a direitos, liberdades e garantias e o artigo 22º, relativo à responsabilidade do Estado perante a violação dos direitos, liberdades e garantias e, enfim, todo o título II e o artigo 81º.

3. 3. A solução do conflito

No conflito que nos serve de exemplo podem-se colocar duas sub-hipóteses: (a) a polícia solicita as informações sobre o tráfego da comunicação à Concessionária, no que se refere especificamente às funções de polícia, fora do âmbito de investigação criminal e dos actos de polícia judiciária, portanto, tendo por objectivo a simples vigia, ou (b) solicita as informações porque formulou um juízo fundamental de suspeita sobre determinado individuo, mas, atendendo à urgência do caso, não pode solicitar a autorização de escuta a um Juiz. Excluída da nossa análise ficará o caso da polícia pedir autorização a um magistrado para efectuar aquelas diligências.

No primeiro caso estaremos perante acções de prevenção criminal, no segundo caso perante actos de investigação criminal. Acontece, porém, que a demarcação entre estas duas áreas de actuação da polícia, nem sempre é clara, sobretudo, naquele espaço que decorre entre a formulação de um juízo de suspeita e a prática de actos já previstos no processo penal, e que podem ser formalmente idênticos aos praticados em sede de prevenção.

Na Lei Orgânica da Polícia Judiciária (DL nº 61/90/M, de 24 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo DL nº 9/97/M, de 31 de Março), a distinção é perfeita e a listagem das competências consta de dois artigos separados. O artº 2º trata da prevenção e o artº 3º da investigação. De salientar que no primeiro caso se trata de vigiar e fiscalizar locais e *“realizar acções destinadas a limitar a prática de crimes”*, mas apenas através da motivação dos cidadãos *“a adoptar precauções ou a reduzir os actos e as situações que facilitem a ocorrência de condutas criminosas”*, portanto antes da sua verificação em concreto. No segundo caso destaca-se a realização de diligências *“nos termos da lei do processo”* e tomar as *“medidas cautelares necessárias à preservação dos elementos e meios de prova relativos aos factos criminosos”*, portanto, é essencial, que tenha havido uma conduta criminosa.

A distinção entre a prevenção e a investigação situa-se, deste modo, para além de aspectos meramente formais. Apesar de alguns actos, praticados num e noutra caso, serem semelhantes, os fins serão necessariamente distintos, pois na prevenção não há qualquer possibilidade de se conexionar indivíduos determinados com certos crimes,

mas apenas actuações de prevenção dirigidas a pessoas indeterminadas (embora possam ser conhecidas da polícia) com finalidades dissuasoras. Por esta razão, não é admissível, no âmbito da prevenção, a vigia a pessoas, mas sim a vigia a lugares e actividades, exactamente porque não pode haver ninguém especialmente visado.

Pelo contrário, quando se conxiona determinado sujeito com um determinado crime, ainda que por mera suspeita, ou havendo notícia fundada de uma infracção, a qual pode inclusivamente decorrer de actividades de prevenção, inicia-se o processo na dependência dos órgãos judiciais. De facto, com o conhecimento da infracção, deve esta ser comunicada ao Ministério Público, para então se iniciar a investigação criminal (nº 2 do artº 245º), concluindo-se, ao mesmo tempo, a fase de prevenção criminal. O processo deve considerar-se iniciado logo que haja lugar a um juízo fundamentado de suspeita sobre a existência de uma infracção criminal, independentemente do aspecto formal consubstanciado no despacho que declara a sua abertura.

Só então, em sede de instrução, sob a direcção do Ministério Público¹⁰⁰ (artº 246º CPPM), este poderá delegar noutras entidades a prática de actos instrutórios que não se prendam directamente com direitos fundamentais (artº 249º CPPM e nº 4 do artº 32º, *in fine* CRP). Neste caso, além da coadjuvação às autoridades judiciárias, e por forma a dar resposta ao espaço de tempo entre a formulação fundamentada desse juízo de suspeita ou constatação do crime, e a intervenção de um Juiz, tem que se admitir que a polícia possa tomar as “*medidas cautelares necessárias à preservação dos elementos e meios de prova relativos aos factos criminosos de que tenham conhecimento*” (nº 3 do artº 3º do DL nº 61/90/M, de 24 de Setembro). Diz igualmente o nº 1 do artº 232º CPPM que “*compete aos órgãos de polícia criminal, mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para procederem a investigações, praticar os actos cautelares necessários e urgentes, ara assegurar os meios de prova*”.

A polícia pode, assim, praticar actos como a notícia do crime (artº 224º CPPM), obtenção de provas e providenciar para que estas não se percam (artº 232º CPPM), identificação de suspeitos e pedidos de informação (233º CPPM), revistas e buscas (234º CPPM), suspensão da remessa de correspondência (235º CPPM) e outros actos destinados a evitar as consequências nefastas dos crimes.

Quanto a actos que se prendam com direitos fundamentais, aberta a fase de inquérito, apenas o Juiz os pode autorizar, designadamente quando se trate de “*intercepções ou gravações de conversações ou comunicações telefónicas*” (alínea c) do nº 1 do artº 251º CPPM)¹⁰¹. Ainda que se admita que seja a polícia a formular o

¹⁰⁰ De facto, o nº 4 do artº 32º CRP reserva a instrução para um juiz (princípio da exclusividade jurisdicional). O CPPM, no entanto, exclui deste âmbito o inquérito, o qual é como se diz no texto, da competência do Ministério Público.

¹⁰¹ Ainda que não caiba no âmbito de estudo do presente trabalho aqui damos notícia de que as escutas telefónicas ou, em rigor, qualquer intercepção de conversações ou comunicações transmitidas por telefone ou qualquer outro meio técnico (artº 175º CPPM) obedece aos seguintes requisitos:

- a) Ser autorizada ou ordenada por despacho de um juiz, prévio e fundamentado (artº 172º CPPM);
- b) Tratar-se de um crime punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos (por forma a não esconder medidas preventivas sob a capa da investigação - (Manuel da Costa Andrade, *Sobre*



pedido em casos urgentes ou de perigo na demora (nº 2 do artº 250º, *ex vi* nº 2 do artº 251º CPPM). Exactamente porque a reserva do Juiz é determinada pela susceptibilidade de ofensa a direitos fundamentais (artº 251º CPPM) que o Código de Processo Penal, permite que a polícia proceda sem autorização judicial a revistas e buscas em suspeitos, mas já não no domicílio (artº 234º CPPM) e que permita a suspensão de remessa de correspondências, mas já não a sua apreensão (artº 235º CPPM).

Se a Polícia formular com fundamento um juízo de suspeita ou verificar que em causa está a defesa bens fundamentais que urge salvaguardar (p. ex. a vida de alguém), e cuja defesa passa pela interceptação de comunicações, não tem outra alternativa que não seja solicitar, directamente e com urgência, a necessária autorização judicial para realização desse acto. É então que a polícia, num primeiro momento, e o Juiz, num segundo momento, cabe fazer o balanceamento dos direitos e bens em rota de colisão. Nesta fase, entram novamente em acção os princípios que suportam a restrição. O Juiz deve ter em conta a proporcionalidade, a necessidade e a adequação que a sua autorização representará perante o direito ou bem que se quer defender. Nem as razões que presidem à salvaguarda do valor segurança podem ser tão comezinhas que possam justificar qualquer violação do direito à comunicação, nem este deve ser acautelado em toda a sua plenitude quando realmente assistam razões à polícia para, com observância dos princípios constitucionalmente previstos, se intrometer lícitamente nalgum particular direito fundamental.

Pelo contrário, se a Polícia age por razões de vigilância e de prevenção geral, sem ter por base a existência de uma infracção criminal devidamente conexcionada com o sujeito ou sujeitos em causa, isto é, sem que se lhes possa imputar razoavelmente a autoria de um ilícito determinado, julgamos ser de excluir a possibilidade de serem solicitadas informações sobre o tráfego à Concessionária. O bem aqui a defender, por meio da prevenção, continua a ser a segurança, mas por detrás dele não se verifica em concreto nenhum ataque a bens jurídicos. Não se justifica, deste modo, que o direito à comunicação pessoal possa ser violado, nem mesmo se a intromissão se restringir ao tráfego, pois, como vimos supra, a comunicação não se limita ao conteúdo ou à mensagem que é transmitida.

o regime processual penal das escutas telefónicas, p. 386); e que, como tal, deve limitar-se aos seus presumíveis autores ou pessoas que com eles estão em relação de acordo com os princípios de proporcionalidade e necessidade;

c) Tratar-se de um crime do catálogo do nº 1 do artº 172º CPPM: tráfico de estupefacientes, relativos a armas, ou a engenhos ou materiais explosivos ou análogos; de contrabando e de injúrias, de ameaças, de coacção e de intromissão na vida privada, quando cometidos através de telefone ou de meio de comunicação pessoal;

d) Que a diligência se relevará de grande interesse para a descoberta da verdade. Este requisito, no anterior Código de Processo Penal só valia para o caso de injúrias, ameaças e intromissão na vida privada, através de telefone. No entanto, já na vigência do anterior código, a melhor interpretação era considerar que como princípio geral de processo penal, se deveria estender a todos os outros crimes do catálogo.

e) Que haja grandes indícios da prática de um crime e não a mera suspeita;

f) Obedeça aos requisitos constitucionais de proporcionalidade e necessidade.

A interceptação e gravação de conversas ou comunicações entre o arguido e o seu defensor é proibida, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento do crime.

Significa que, neste caso, não se pode usar a via do n° 4 do art° 34° CRP, conjugado com o n° 4 do art° 32°, sob pena do processo penal ser estendido a toda e qualquer actuação da polícia¹⁰². Tanto mais, que o Processo Penal não prevê qualquer possibilidade das Polícias efectuarem, *de per si*, investigações extra-processuais dirigidas à obtenção de provas, não se podendo, por isso, fora da investigação criminal, “*conceber figuras jurídicas de apuramento de verdade material dotadas de autonomia*”¹⁰³. Excluídas ficam as escutas telefónicas porque no sistema macaense, e ao contrário de outros ordenamentos como o francês¹⁰⁴, não são admitidas as chamadas “escutas administrativas”.

A polícia apenas poderá solicitar à Concessionária as informações que constam das listas telefónicas ou dados gerais sobre as comunicações, não relacionáveis com sujeitos determinados. Se o pedido da polícia, não coberto por autorização judicial, for de molde a causar dúvidas sobre a sua legalidade, caberá, no extremo, à Concessionária ponderar os direitos e bens em conflito, decidindo-se ou não pela prestação das informações. Em caso de discordância só por ordem judicial os funcionários poderão ser levados a prestar as informações pedidas, isto considerando-se que não haja segredo a salvaguardar, quer o haja, deva ele ser quebrado, verificados os pressupostos do art° 185° CPP, no ordenamento português, e do art° 348° do CPM. De todo o modo, qualquer acto de interceptação de comunicações, quer sejam escutas ou outros, não devem ser executados pela Concessionária, nem sequer nas suas instalações. Dentro dos requisitos exigidos para a sua legalidade, apenas devia proporcionar as condições técnicas, mas já não os meios, que possibilitassem a sua realização.

¹⁰² Em sentido contrário, António Silva Henriques Gaspar, em declaração de voto ao parecer da Procuradoria-Geral da república n° 92/91 de 30 de Março de 1992 refere que “*seria necessário demonstrar que o ‘processo administrativo de prevenção criminal na área da segurança interna’ é algo de estranho à ‘matéria de processo criminal’, no sentido em que este conceito releva para os efeitos previstos no artigo 34°, n° 4 da Constituição*”.

¹⁰³ José António Barreiros, *Processo Penal 1*, p. 354.

¹⁰⁴ Até há pouco tempo, este tipo de escutas, efectuadas a pedido do Ministro do Interior ou da Defesa para defesa da segurança do estado ou para combate ao terrorismo internacional, não possuíam qualquer base legal. De resto a questão colocava-se igualmente para as escutas judiciais. Com algum esforço a Cour de Cessation concluía pela sua licitude ao abrigo dos artigos 81 e 151 do Código de Processo Penal. No entanto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve oportunidade de se pronunciar advogando a sua ilicitude por violação do art° 8° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, atendendo à pouca precisão e fraca protecção da lei francesa. Actualmente, a Lei de 10 de Julho de 1991 (n° 91-646) relativa ao segredo das correspondências enviadas por meios de telecomunicações, admite as interceptações por via judiciária, em caso de infrações com uma certa gravidade, e as interceptações administrativas ou de segurança, desde que esteja em causa a segurança nacional, o potencial económico e científico, a prevenção do terrorismo e da criminalidade organizada. No direito inglês, apesar do “poder de interceptação” ter sido reconhecido em sucessivos *Acts of Parliament*, apenas em 1957, por recomendação do Birkett Committee se instituíram regras suficientemente claras quanto à possibilidade do *Home Secretary* autorizar escutas telefónicas. Essas regras previam que a autorização pudesse ser dada desde que a ofensa sob investigação fosse muito grave, que os métodos normais de investigação tivessem sido tentados sem resultado ou que, pela natureza do caso, seria improvável que resultassem e que houvesse fundamentos bastantes para crer que através da interceptação se obtivesse uma condenação (Tom Harper, *Telephone tapping*, p. 782).



Apenas seguindo-se estas diversas etapas se pode obter a certeza de que a resolução do conflito continua vinculada aos princípios constitucionais, que valem a montante e a jusante da restrição (ordem de um juiz) e em sede dos quais se deve admitir diferentes graduações na prática. É, aliás, o que acontece nos ordenamentos que admitem as escutas administrativas, externas ao processo penal, mas sob autorização judicial. Todavia, no caso que tomámos de exemplo, e nas duas sub-hipóteses em que o desdobramos, não é possível conceber *a priori* qualquer restrição ao direito à comunicação.

CONCLUSÃO

A revolução tecnológica da segunda metade do nosso século proporcionou, não apenas o bem estar tecnológico e informático mas, igualmente, um potenciar das agressões e conflitos entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens comunitários. A resposta jurídico-constitucional a este paradoxo centrou-se na criação ou de novas densificações de direitos fundamentais, providenciando uma adequada ecologia jurídica capaz de suportar os usos potencialmente danosos que o Homem consegue retirar das novas tecnologias. O adequado funcionamento desse sistema estruturado de direitos/bens — conflito, só poderá ser obtido, em última instância através de “testes de ponderação”, isto é “*weigh the importance of certain conduct to an individual’s identity against the importance of the state interests being served by the law restricting the conduct*”¹⁰⁵. Quando a importância da conduta individual, neste caso a comunicação, pesar mais do que o interesse que o bem segurança visa servir, deve o direito fundamental que protege tal conduta vir em sua defesa.

Com isto, queremos sublinhar a ideia de que o direito à comunicação e outros direitos que, neste âmbito, podem surgir correlacionados, são expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana através da técnica. A comunicação, proporcionada por meios de telecomunicações, é uma extensão até ao “outro” dessa personalidade e dessa dignidade, devendo ser protegida a ponto de se reservar à pessoa a determinar a medida de publicização dessa comunicação porque “*se o acto comunicacional é afirmação de abertura ao outro, isso supõe, como étimo intransponível, que o ‘eu’, para se desenvolver harmonicamente, crie espaços onde o ‘outro’ só pode penetrar quando aquele, o ‘eu’, em atitude de auto-realização, o permita*”¹⁰⁶. A comunicação não deixa assim de abdicar de uma reserva de intimidade que urge proteger, mas não de forma absoluta, em defesa de valores fundamentalíssimos da própria pessoa. Quando, perante esses valores, surjam outros de diferente ou igual natureza, que com eles colidam, apenas um critério de ponderação ou balanceamento poderá dar a resposta adequada. O fim último deste processo será sempre o de, por via da admissibilidade de restrições constitucionais e derivadas da concordância prática, seja a salvaguarda de uma estabilidade social potencialmente conflituante. Acontece porém que esta ponderação é remetida em exclusivo ao juiz e não a qualquer intérprete constitucional.

¹⁰⁵ Jed Rubenfel, *The right of privacy*, Harvard Law Review, Vol. 102, 4 (1989), p. 760.

¹⁰⁶ José de Faria Costa, *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada*, p. 9.



O uso das tecnologias de comunicação não pode, pois, ser feito em detrimento dos valores fundamentais ao homem, pelo contrário, é no seu aproveitamento que reside, a nosso ver, a esperança das sociedades do futuro no estabelecimento de equilíbrios sociais, e de gestão democrática da informação, isto é, do bem mais precioso à existência do Homem do terceiro milénio.

BIBLIOGRAFIA

1. AGUIAR, Adelino Lopes - *Odinheiro de plástico*. Lisboa: Rei dos livros, 1990.
2. ALENIKOFF, T. Alexander - *Constitutional law in the age of balancing*. *The Yale Law Journal*. Vol. 96, nº 5 (1987).
3. ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Curso de direito da comunicação*. (Dactil., 1995)
4. ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
5. ANDRADE, Manuel da Costa - *As escutas telefónicas como meio de obtenção de provano novo Código de Processo Penal de Macau*. *Jornadas do novo Código de Processo Penal*.
6. ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre a reforma do Código Penal Português*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, (3) 1993, pp. 427-497.
7. ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1987.
8. ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, (3) 1991.
9. ASSUNÇÃO, MarLeonor - *O processo penal e os direitos do homem em Macau*. *Macau: Seminário "As Leis Básicas: problemas e perspectivas"*, 1994.
10. BARREIROS, José António - *Processo penal I*. Coimbra: Almedina, 1981.
11. BENSOUSSAN, Alain - *Les télécommunications et le droit*. Paris: Hérmes, 1992.
12. CABRAL, Rita Amaral - *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 801 do Código Civil*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.
13. CAETANO, Marcelo - *Manual de Direito Administrativo, 100 ed.* Coimbra: Almedina, 1990, 2 vols.
14. CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de direito da personalidade*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXVII, 1991, pp. 209-213.
15. CANOTILHO, J. J. Gomes - *Balaceamento de interesses e conflitos de direitos*



- fundamentais: subsídio para o Curso de mestrado na Faculdade de Direito de Macau . (Macau, (s.n.), 1995).*
16. CANOTILHO, J. J. Gomes - *Conflitos de direitos fundamentais: sumário do Curso de Mestrado de Macau. (Dactil.)*, 1995.
 17. CANOTILHO, J. J. Gomes - *Conflitos de direitos fundamentais: tópicos para um curso de mestrado da Faculdade de Direito de Macau. (Fotoc.)*, 1995.
 18. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa anotada. 3ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
 19. CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito constitucional, 5ª ed.*, Coimbra: Almedina, 1991.
 20. CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 125, (3815, 3821, 3823) 1992.*
 21. CAVERO, Pison - *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. (s.n.): Editorial Civitas, 1992.*
 22. COLOMBA, Aurellia Maria Romero - *Derecho a la intimidad, a la informacion y proceso penal. Madrid: Editorial Colex, 1987.*
 23. COMMUNICATON FROM THE COMISSION ON THE GREEN PAPER ON THE LIBERALISATION OF TELECOMMUNICATION INFRASTRUCTURE AND CABLE TELEVISION NETWORKS. Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities, 1994. Part one and two.
 24. COSTA, José de Faria - *Direito penal especial: lições ao 51 ano do curso de 1994-95. Coimbra: Faculdade de Direito, [1995].*
 25. COSTA, José de Faria - *Direito penal da comunicação: sumários e alguns tópicos. [Coimbra: Faculdade de Direito, 1994].*
 26. COSTA, José de Faria - *O direito penal, a informática e a reserva da vida privada. (s.n.)*, Dactil.
 27. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito de informação e tutela da honra no direito penal da imprensa português. Revista de Legislação e Jurisprudência, (3694-3705) 1982-1983.*
 28. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. Vol. 1.*
 29. EIRAS, Agostinho - *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.*
 30. ERNST, Morris L.; SCHAWARTZ, Alan U. - *Privacy: the right to be let alone. London, Macgibbon and Kee, 1968.*
 31. FARIA, Miguel - *Direitos fundamentais e direitos do homem. Lisboa, Escola Superior de Polícia, 1992.*
 32. FRANCILLION, Jacques - *Infractions relevant du droit de l'information et de la communication. Rev. Sc. Crim., (1 e 3) 1992..*
 33. FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes - *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos. 3ª ed.* Coimbra: Almedina, 1993.
 34. GOMES, M. Januário - *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador. BMJ, 319.*
 35. GONÇALVES, Maria Eduarda - *Direito da informação. Coimbra: Almedina, 1994.*
 36. GONÇALVES, Pedro - *O utente do serviço público de telecomunicações. Coimbra: Reproset, 1995.*
 37. GONÇALVES, Pedro - *Direito das Telecomunicações: tópicos para a análise do ordenamento jurídico nacional. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1995.*
 38. HARPER, Tom - *Telephone tappingggggg. New Law Journal, (August, 22) 1974, p. 782-783.*



39. HESPAÑHA, António - *Novas tecnologias e mudança cultural*. (Fotoc., s.n.)
40. JACOB, Joseph; JACOB, Robin - *Confidential communications*. *The New Law Journal* (February, 6) 1969, p. 133-134.
41. LEAL-HENRIQUES, Manuel; SIMAS-SANTOS, Manuel – *Código Penal de Macau: notas, legislação*. Macau: [s.n.], 1997.
42. LEAL-HENRIQUES, Manuel; SIMAS-SANTOS, Manuel – *Código de Processo Penal de Macau: notas, legislação*. Macau: [s.n.], 1997.
43. LOUEIRO, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro - *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
44. LUSKY, Louis - *Invasion of privacy: a clarification of concepts*. *Columbia Law Review*, vol. 72, 4 (1972), p. 691-710.
45. MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia - *Informática e vida privada*. *BMJ*, (373) 1988.
46. GEORGES, Martine; VALLÉE, Alain - *Perspectives pour les télécommunications*. Paris: La Documentation Française, 1992.
47. MATONI, Luis Maria Farinas - *El derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Trivium, 1983.
48. MOREIRA, Adriano - *Ciência política*. Coimbra: Almedina, 1984.
49. MOREIRA, Vital - *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994
50. O'BRIEN, David M. - *Privacy, law, and public policy*. New York: Praeger Publishers, 1979.
51. PAVLIK, Bertrand - *Les écoutes téléphoniques*. Paris: Université de Droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris, (s.n.).
52. PEMBER, Don R. - *Privacy and the press: the law, the mass media and the first amendment*. Seattle: University of Washington Press, 1972.
53. PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
54. PINTO, Paulo Mota – *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 69, 1993, pp. 479-586.
55. PRATA, Ana - *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
56. RAPOSO, Mário - *Sobre a protecção da intimidade da vida privada*. *R.O.A.*, (III-IV) 1972.
57. ROCHA, Margarida Almeida - *Novas tecnologias e direitos de autor*. Lisboa: SPA,
58. RODRIGUES, António Duarte - *Comunicação e cultura: a experiência cultural na era da informação*. Lisboa, Presença, 1994.
59. RUBENFELD, Jed - *The right of privacy*, *Harvard Law review*, Vol. 102, 4 (1989).
60. SANTIAGO, Rodrigo - *Do crime de violação de segredo profissional no código penal de 1982*. Coimbra, Almedina, 1992.
61. SANTOS, António Carlos, e outros - *Direito Económico*. Coimbra, Almedina, 1993.
62. SARDINHA, José Miguel - *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
63. SCHERER, Joachim, ed. - *Telecommunications laws in Europe*, 30 ed., London, Baker & McKenzie, 1995.
64. TEIXEIRA, Manuel Pinto; MENDES, Victor – *Casos e temas de direito da comunicação*. Porto: Legis Editora, 1996.
65. TOBENAS, Jose Castan - *Los derechos del hombre*, 30 ed., Madrid, Reus, 1985.
66. WACKS, Raymond - *Personal information: privacy and the law*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
67. UNGERER, Nicholas - *As telecomunicações na Europa*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1989.

