

JOANA GUERREIRO CONCEIÇÃO

**DA INGERÊNCIA NAS COMUNICAÇÕES
ELETRÓNICAS –
a conformidade com os direitos fundamentais**

Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda

**Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias
Faculdade de direito**

**Lisboa
2018**

JOANA GUERREIRO CONCEIÇÃO

**DA INGERÊNCIA NAS COMUNICAÇÕES
ELETRÓNICAS –
a conformidade com os direitos fundamentais**

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias no dia 04/07/2018, perante o júri, nomeado pelo Despacho de Nomeação n.º 18/2018, de 18/01/2018, com a seguinte composição:

Presidente:

Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa

Vogais:

Professor Doutor Alberto Lança de Sá e Mello,
Universidade Lusófona de Humanidades e
Tecnologias – Arguente

Professor Doutor Jorge Manuel Moura Loureiro de
Miranda, Universidade Lusófona de Humanidades e
Tecnologias

Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Moura
Loureiro de Miranda

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Faculdade de direito

Lisboa

2018

*“Age de tal maneira que uses a humanidade,
tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra,
sempre e simultaneamente como fim e nunca
simplesmente como meio.”*

Immanuel Kant

Aos meus pais, ao meu irmão e à minha tia por todo o apoio e carinho que sempre demonstraram ao longo da vida. A ti, minha pessoa, por tudo o que já conquistámos. Mais conquistas virão.

Resumo

Este trabalho tem como objetivo, o estudo da ingerência nas comunicações eletrónicas, numa perspetiva constitucional, e a aferição da sua conformidade com os direitos fundamentais aqui volvidos, mormente o direito à reserva sobre a vida privada e o direito à segurança.

Assim, o nosso trabalho terá sempre como ponto de referência o n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., segundo o qual *“é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”*

Atendendo à matéria aqui vertida, este tem sido um normativo pouco aflorado pelo tribunal constitucional, contudo e tendo presente que o paradigma do séc. XXI, é o paradigma do terrorismo, a norma permissiva ínsita no n.º 4 (que constitui uma exceção), tem dado azo à elaboração de Leis e Decretos-Leis, que permitem o acesso a dados pessoais que até então estariam protegidos pelo direito fundamental da reserva sobre a intimidade da vida privada.

Será o direito à segurança mais relevante que o direito à reserva da intimidade sobre a vida privada?

Palavras-Chave: direitos fundamentais, direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, direito à inviolabilidade das comunicações, comunicações eletrónicas, dados de tráfego, dados pessoais, restrição, direito à segurança, terrorismo.

Abstract

This work has as main objective, the study of interference in electronic communications, in the constitutional scope, and its compliance with the fundamental rights involved here, especially the right to privacy and the right to security.

Thus, our work will always have as a point of reference number 4 of art. 34 of C.Rep., Which states that *"all interference by public authorities in correspondence and in telecommunications shall be prohibited, except in cases provided for by law in criminal proceedings."*

This has been a normative little touched up by the Portuguese courts, however, and given the paradigm of the century XXI, the paradigm of terrorism, the permissive rule included in n.º 4 (which constitutes an exception), has led to the elaboration of Laws and Decrees Laws, which allow access to personal data that until then would be protected by the right of privacy.

Is the right to security more relevant than the right of privacy?

Key words: fundamental rights, right to privacy, right to inviolability of communications, electronic communications, traffic data, personal data, restriction, right to security, terrorism.

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. - Alínea

Art. – Artigo

C.P. – Código Penal

C.P.P. – Código de Processo Penal

C.Rep. – Constituição da República Portuguesa

CARTA – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

EUA – Estados Unidos da América

MP – Ministério Público

PNR – *Passenger Name Record*

SIED – Serviço de Informações Estratégicas de Defesa

SIS – Sistema de Informações de Segurança

SIRP – Sistema de Informações da República Portuguesa

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE – União Europeia

Índice Geral

Resumo	5
Abstract.....	6
Siglas e abreviaturas	7
1. Introdução	9
2. Breve análise aos direitos fundamentais.....	12
3. O normativo do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep.	17
4. O direito ao sigilo das telecomunicações	22
5. O que se entende por (tele)comunicação	25
5.1. Os dados de tráfego	28
6. Princípios estruturantes em matéria de ingerência nas comunicações eletrónicas.....	34
6.1. O princípio da legalidade (reserva de lei).....	34
6.2. O princípio da jurisdicionalidade (ou reserva judicial)	36
6.3. O princípio da proporcionalidade	39
6.4. O princípio da especialidade	41
7. O encontro entre as comunicações eletrónicas e o direito penal	42
8. O n.º4 do art. 34.º e o Tribunal Constitucional.....	46
8.1. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 407/97	46
8.2. O Ac. do TC n.º 403/2015	48
9. Direito da reserva sobre a intimidade da vida privada	61
9.1. Direito à autodeterminação comunicativa	68
9.2. A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional	70
9.3. Contexto europeu e internacional	74
9.4. Aplicação noutros Estados.....	76
9.5. Diretivas europeias	76
10. O Direito à Segurança (e à liberdade) – Enquadramento	80
10.1. Conceito.....	80
11. O terrorismo enquanto ameaça estadual	87
12. A Lei n.º 4/2017.....	93
13. A restrição aos direitos fundamentais.....	101
14. Considerações finais	105
15. Bibliografia.....	109

1. Introdução

O Homem sempre foi um ser social,¹ sempre precisou de conviver, de se relacionar, de interagir, sempre dependeu dos outros na sua (sobre)vivência diária.

Foi Aristóteles que desenvolveu a ideia de que o Homem é um animal político, que vive na polis, na cidade, isto é, o Homem necessita de se congregar em cidades, em agrupamentos, para assegurar a sua subsistência e a realização dos seus fins. O Homem é inquestionavelmente, um animal social.²

Muitas foram as alterações presenciadas pelos nossos antepassados ao longo dos séculos. Mudanças na alimentação, vestuário, economia, política, genéticas, sociais, culturais, entre outras.

Contudo, e para bem da humanidade, o carácter social do Homem sempre se manteve, pois, a sociabilidade é inata ao Homem, e nos dias de hoje, a relação com o outro atinge patamares nunca antes imaginados³. Nos dias de hoje essa relação com o outro não se efetua apenas presencialmente, mas sim e preferencialmente através dos aparelhos tecnológicos.

Vivemos hoje numa sociedade multisocial ou multiglobal, onde cada ser humano se consegue conectar com o outro numa questão de segundos. O Século XXI pode ser assim denominado como a era digital, onde nos é oferecida tecnologia capaz de aliciar qualquer um.

O uso de novas tecnologias nas redes de comunicações públicas tornou-se o modos operandi de grande parte da população mundial.

Contudo, a introdução de novas tecnologias digitais na rede de comunicação pública trouxe consigo uma grande capacidade e possibilidade de tratamento de dados pessoais,

¹ Importa transcrever os dizeres de Immanuel KANT, segundo o qual “O homem tem uma inclinação para entrar em sociedade, porque em semelhante estado se sente mais como homem, isto é, sente o desenvolvimento das suas disposições naturais. Mas tem também uma grande propensão a isolar-se, porque depara ao mesmo tempo em si com a propriedade insocial de querer dispor de tudo ao seu gosto e, por conseguinte, espera resistência de todos os lados, tal como sabe por si mesmo que, da sua parte, sente inclinação para exercitar a resistência contra os outros. Ora, é esta resistência que desperta todas as forças do homem e o induz a vencer a inclinação para a preguiça e, movido pela ânsia das honras, do poder ou da posse.” – in KANT, Immanuel, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Edições 70, junho de 2009, p. 24.

² Inquestionavelmente há quem considere, que a necessidade de comunicar é intrínseca à natureza humana, levando alguns Autores à afirmação de um axioma metacomunicacional da pragmática da comunicação: *não se pode não comunicar!* Neste sentido, vide RODRIGUES, Benjamim Silva, *Das Escutas Telefónicas*, Tomo I – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, Coimbra, 2008, p. 85.

³ Há quem faça a distinção entre o antes e o agora, da época das civilizações urbanas. Enquanto que nas aldeias todos se conheciam e consequentemente conheciam a vida uns dos outros, existindo ampla integração grupal, solidariedade a nível comunitário que ampara o desenvolvimento de todos, hoje, o Homem está desarmado e anonimizado dos demais. Está sozinho no meio da multidão. Com os aparelhos tecnológicos a sua vulnerabilidade passou a ser extrema, porque pelo cruzamento de dados passou a ser possível reconstituir com prática certeza a vida de cada um.

determinando a necessidade de acautelar novos requisitos específicos de proteção de dados pessoais e da privacidade dos utilizadores. De facto, os novos meios de comunicação, disponíveis a um custo cada vez menor e acessíveis a um número cada vez maior de pessoas, vieram multiplicar os riscos de privacidade dos seus utilizadores.

Por outro lado, a ameaça terrorista, cada vez mais presente e crescente nos dias de hoje, impôs, aos Estados a consagração de novas regras, conduzindo ao reforço das medidas de cariz securitário. Estas medidas constituem, muitas vezes, sérios ataques à autodeterminação comunicativa do cidadão e subsequente à sua privacidade.

O n.º 4 do artigo 34.º da C.Rep., dispõe que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

Propomo-nos tratar nesta dissertação, a possibilidade de ingerência das autoridades públicas nas comunicações, uma vez que a crescente evolução da tecnologia digital nas últimas décadas trouxe para o debate doutrinal e jurisprudencial relevantes questões que podem colocar em risco direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa. É certo que os institutos aqui em jogo colocam em risco variados direitos fundamentais, e iremos referi-los ao longo do texto, contudo, iremos dar maior relevância ao direito à reserva da intimidade sobre a vida privada, por considerarmos que este tem perdido força jurisprudencial, tanto a nível nacional como a nível internacional.

Por outro lado, e intimamente relacionado com esta temática, temos o facto de certos direitos fundamentais serem ou poderem vir a ser drasticamente restringidos (sendo que um deles é o direito acima mencionado, na modalidade de ingerência das autoridades públicas nas comunicações), em prol da segurança interna de um Estado, uma vez que o paradigma da atual década em que vivemos é o paradigma do terrorismo.

Segundo o barómetro realizado pelo Parlamento Europeu em 2016, cerca de 82% dos europeus e 91% dos portugueses desejam que a UE intervenha mais na luta contra o terrorismo. A luta contra o terrorismo é vista como a principal prioridade entre os inquiridos a nível europeu.

Assim, aparece-nos, muito frágil, a tutela do direito fundamental à intimidade da vida privada no contexto das comunicações eletrónicas, e consequentemente a tutela de um direito não menos fundamental ao sigilo das comunicações, e do outro lado aparece-nos a segurança pública ou a defesa e segurança do Estado.

De forma muito trágica, a realidade ditou a necessidade de repensar o equilíbrio entre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e o direito à liberdade e à segurança do Estado.

2. Breve análise aos direitos fundamentais

Na história da humanidade os direitos fundamentais constituem uma criação recente e frágil, na medida, em que o seu nascimento surge no lastro de um lento processo que, ao longo de muitos séculos, associa o desenvolvimento de concepções religiosas, filosóficas, a grandes movimentos sociais e culturais, a contrastes de regimes políticos, a progressos científicos, técnicos e económicos (que permitem satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas) e a uma multiplicidade de fórmulas e de instituições jurídicas.⁴

As Declarações de Direitos Humanos do séc. XVIII (*Declaration of Independence e Virginia Declaration of Rights*, ambas de 1776 dos Estados Unidos e *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*, de 1789, França) limitavam-se à proteção dos denominados direitos de “primeira geração” que protegiam o cidadão contra a intromissão do Estado na vida privada e individual (denominados direitos civis e políticos).⁵

Os direitos humanos, vistos numa perspetiva de globalização despoletada pelas atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, foram proclamados na Declaração Universal aprovada pelas Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948.

A par deste desenvolvimento global dos direitos fundamentais, surgiram as correspondentes instituições jurisdicionais internacionais e assegurou-se internamente um controle mais efetivo do exercício de tais direitos.

Os direitos humanos passaram assim a ser a fonte inspiradora e legitimadora de todos os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais na Ordem Jurídica destacam-se dos outros direitos, por terem na sua génese quatro características distintivas. Por terem lugar garantido na Constituição,⁶ os direitos fundamentais destacam-se pela sua primazia. Por estarem garantidos na C.Rep., são oponíveis a todos os poderes: aos poderes legislativo, executivo e judicial, assegurando-lhes

⁴ ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais*, Introdução Geral, Princípia Editora, 2007, p. 9; e MIRANDA Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, VOL. II, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 5.^a Edição, Coimbra Editora, Fevereiro de 2014; p. 33.

⁵ TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva, “A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – “Uma visão futurista”, in *Revista do Ministério Público* 135, p. 67.

⁶ A Constituição ao estabelecer os pressupostos de criação, vigência e execução do resto das normas da Ordem Jurídica portuguesa, caracteriza-se, acima de tudo, por constituir o elemento de unidade do Ordenamento Jurídico, impedindo assim o isolamento do Direito Constitucional e o isolamento das demais parcelas de Direito umas em relação às outras. Neste sentido, vide MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, 2002, p. 12.

assim máxima força jurídica. Através dos direitos fundamentais se define toda a estrutura básica da sociedade (importância do objeto). Por outro lado, os direitos fundamentais sofrem de um máximo grau de indeterminação, pois o texto constitucional é sucinto e lapidar, sendo que a interpretação do que se deve entender por direito fundamental, parte maioritariamente da jurisprudência.⁷

Como características intrínsecas, os direitos fundamentais são *direitos universais*, pois destinam-se a toda e qualquer pessoa; como visam assegurar os interesses e necessidades básicas dos seres humanos, são *direitos essenciais*; e por serem essenciais precedem e têm primazia em relação aos demais direitos (*primazia*); uma vez que precisam de ser concretizados, os direitos fundamentais destacam-se pela sua *abstração*; são *morais*, pois a sua validade depende unicamente da sua existência.

Nos termos do artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, “*Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana⁸ e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”. Por sua vez, o artigo 2.º da Lei Fundamental consagra o Estado português, como “*um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização políticas democráticas e no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa*”.

Ora a mera transcrição destes preceitos básicos e emblemáticos do ordenamento jurídico-constitucional português denuncia desde logo o lugar central que nela ocupa, o reconhecimento dos direitos fundamentais, como um dos seus eixos estruturais. O sentido profundo que cabe a tais direitos enquanto expressão do estatuto jurídico-subjetivo básico e irredutível do homem, decorre da sua própria natureza e dignidade.⁹

Para JORGE MIRANDA:

“precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles

⁷ Ibidem idem, p. 68.

⁸ A Constituição aponta assim a dignidade da pessoa humana como base da República portuguesa, juntamente com a vontade popular. O normativo do artigo 1.º atribui assim um relevo particularíssimo à dignidade da pessoa humana, pois todos os restantes preceitos constitucionais lhe estão subordinados no ponto de vista substancial.

⁹ NABAIS, José Casalta, “Os direitos fundamentais na constituição portuguesa”, in *Boletim do Ministério da justiça*, 1990, p. 7.

dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar”.¹⁰

Enquanto posições de vantagem dos particulares, os direitos fundamentais valem juridicamente para âmbitos diferenciados e delimitados de vida (direito à vida, à liberdade, à privacidade, à saúde, educação, conservação do meio ambiente, à segurança, etc.), onde garantem uma proteção variável e primariamente definida pelo chamado âmbito de proteção do direito fundamental, ou seja, enquanto fundamentos da ordem jurídica da comunidade que impregnam todo o ordenamento jurídico e a ser reconhecidos enquanto diretivas constitucionais para toda a atuação do poder político, designadamente do legislador¹¹. Significa isto que os direitos fundamentais existem para maximizar a autonomia das pessoas e minimizar o impacto da arbitrariedade e dos poderes públicos e privados sobre a sua pessoa.¹²

Um dos princípios estabelecidos na parte introdutória da Constituição, sob a epígrafe “*Princípios fundamentais*” é o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado precisamente no artigo 1.º, já acima transcrito. Este constitui um princípio relevante de um Estado de Direito Democrático, logo estruturante no ordenamento jurídico português. Ora todos os direitos fundamentais derivam do princípio da dignidade humana, estabelecendo-se entre eles uma relação umbilical¹³. Quer isto dizer, que o conjunto dos direitos fundamentais da Constituição portuguesa assenta numa unidade de sentido, num princípio de valor. Este princípio de valor é a dignidade da pessoa humana, individual ou institucionalmente considerada¹⁴. Isto é, na base de todos os direitos fundamentais (quer dos direitos e liberdades

¹⁰ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, VOL. II, TOMO IV – Direitos Fundamentais, *ob. cit.*, p. 12.

¹¹ Os direitos fundamentais têm uma força conformadora, potencialmente expansiva a toda a ordem jurídica, que dirige ao poder político, à Administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e diretivas de atuação.

¹² Vide MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, VOL. II, TOMO IV – Direitos Fundamentais, *ob. cit.*, p. 219; e NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, ps. 56 e 66; e TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva, “A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – Uma visão futurista”, *ob. cit.*, p. 69.

¹³ “Ao princípio da dignidade da pessoa humana cabem funções diferenciadas: umas vezes, este é fundamento de regras ou princípios, desempenhando uma função normogenética, ou seja, é um princípio gerador de outras normas; outras vezes serve como critério de interpretação ou de integração, atribuindo um significado coerente aos enunciados de interpretação dúbia ou explicitando as normas que o legislador constituinte não exprimiu cabalmente, e, outras vezes ainda, é utilizado como fonte diretamente aplicável, uma vez que, como entende ALEXEY, a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio.” in MAC CRORIE, Benedita, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 154.

¹⁴ Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa, enquanto ser único, distinto dos demais. A reunião dos direitos e das normas referentes à dignidade da pessoa, plasmadas em diplomas internacionais, na Constituição e nas leis estaduais torna claro que a pessoa, o Homem é de facto a unidade, o propósito e o fim primeiro e último dos Estados. Neste sentido, o Homem do mundo conflitual em que vivemos encontra-se muitas

tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais, está a conceção que toma a pessoa¹⁵ humana como princípio, fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹⁶

O princípio da dignidade humana é um princípio jurídico fundamental na medida em que é historicamente objetivado e progressivamente introduzido na consciência jurídica, encontrando uma receção expressa no nosso texto constitucional. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais torna claro que para além da unidade do sistema o que realmente releva é a unidade da pessoa.¹⁷

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana dá sentido a todos os direitos fundamentais, uma vez que é constitutivo ou indicativo de uma ideia diretiva básica de toda a ordem jurídico-constitucional, na medida em que, os direitos fundamentais fundam-se na eminente dignidade da pessoa humana.¹⁸

Ora, se em momento anterior referimos que os direitos fundamentais pertencem à ordem jurídica portuguesa, agora, certamente concluímos que os direitos fundamentais são direitos da humanidade, que se adquirem só pelo simples facto de se nascer Homem.

Contudo a globalização e a introdução de novos paradigmas na sociedade internacional provocou alguns distúrbios na conceção material dos direitos fundamentais. O

vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes. Concluindo, só na consciência da sua dignidade pessoa retoma unidade de vida e de destino. Neste sentido, MIRANDA, Jorge, “A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana”, DISDAKALIA, in *Revista da Faculdade de Teologia de Lisboa*, Volume XXIX, Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 474.

¹⁵ A noção de pessoa é relativamente recente, na evolução da humanidade. Não a encontramos em nenhuma civilização clássica anterior à civilização grego-cristã. Todas as civilizações até então foram totalitárias, como o continuaram a ser as civilizações que se desenvolveram fora desta matriz. A noção filosófica de pessoa só foi aperfeiçoada pela escolástica, estimulada pela necessidade de enquadramento das pessoas divinas. Contudo esta noção filosófica de pouco implicou a imediata aplicação na vida corrente. Vide, ASCENSÃO, José Oliveira, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2008, 68, Volume I, p. 4.

¹⁶ NABAIS, José Casalta, “Os direitos fundamentais na constituição portuguesa”, *ob. cit.*, p. 17; e ASCENSÃO, José de Oliveira, “A reserva da intimidade da vida privada e familiar, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* – Volume XLIII, N.º1, Coimbra Editora, 2002, p. 10.

¹⁷ MAC CRORIE, Benedita “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *ob. cit.*, p. 154; e MIRANDA, Jorge, “A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana”, *ob. cit.*, p. 474.

¹⁸ ASCENSÃO, José Oliveira, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, *ob. cit.*, p. 2.

Importa não esquecer que “não existe historicamente uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Aqueles sistemas que funcionalizam os direitos a outros interesses ou fins, não assentam na dignidade da pessoa humana. Assim como concepções doutrinárias de dignidade da pessoa humana, de matriz religiosa ou filosófica, podem não ser acompanhadas, e não o foram até ao final do século XVIII – de catálogos de direitos fundamentais. A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial” in MIRANDA Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, *ob. cit.*, p. 216.

direito constitucional, a Constituição, o sistema de poderes e o sistema jurídico de direitos fundamentais já não são o que eram, e isto, porque, nos dizeres de GOMES CANOTILHO “apresentam indisfarçáveis problemas de inclusão, problemas de referência, problemas de mal-estar, problemas de bem-estar, problemas de reflexão, problemas de reinvenção do território e problemas de competência de saber.”¹⁹

Na mesma senda, e relativamente aos direitos fundamentais, FERREIRA DA CUNHA considera que:

“Numa sociedade medianamente democrática e razoavelmente garantidora dos direitos, estes tendem a não se ver, a não ser apercebidos senão pelos seus estudiosos e aplicadores, porque normal e infelizmente só nos lembramos da saúde quando estamos doentes. Não é, porém, a situação atual. (...) Os Direitos tendem agora a tornar-se muito visíveis. Não pela sua efetividade, mas, pelo contrário, pelo ataque que sofrem e pela sua crescente ausência...”²⁰

A nossa pesquisa incide precisamente sobre dois direitos fundamentais consagrados na Constituição, que nos dias de hoje, se encontram, em permanente conflito. O direito fundamental à reserva da intimidade sobre a vida privada, que tem sofrido nas últimas décadas sérios ataques à sua estrutura enquanto direito originário de um Estado de Direito Democrático, e um direito emergente nas sociedades, o direito fundamental à segurança.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 120.

²⁰ CUNHA, Paulo Ferreira, da, *Direitos Fundamentais – Fundamentos & Direitos Sociais*, Quid Juris Sociedade Editora, 2014, p. 29.

3. O normativo do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep.

O disposto no n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., norma integrada no título respeitante a «Direitos, liberdades e garantias» (especificamente no capítulo que integra os «Direitos, liberdades e garantias pessoais»), estabelece numa redação, que vem da Revisão Constitucional de 1997 o seguinte: “*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*”²¹, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*”

Ora a nossa pesquisa terá como objeto de estudo a ingerência das autoridades públicas nas **comunicações**, constituindo o sigilo das mesmas, um regime especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Antes de partirmos para uma análise profunda do art. em análise, importa desde logo ter presente, que a ingerência na vida privada pode ser tão intrusiva da esfera da intimidade e do espaço de privacidade de um cidadão, que contende, necessariamente com o direito à não auto-incriminação, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que como já destacámos, encontra-se previsto no art. 1.º da C.Rep²².

Como ponto de partida, salientamos o facto de este preceito constitucional consagrar duas normas em pleno contraste, i.e., temos uma norma proibitiva (esta de carácter geral), que proíbe toda a ingerência nas telecomunicações; e uma norma permissiva (de carácter excecional) de ingerência nos casos previstos na lei em matéria de processo penal.

O normativo do n.º 4 do art. 34.º da Lei Fundamental impõe que as exceções à proibição de ingerência das autoridades públicas nas comunicações só possam ocorrer nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal, estando também protegidos, como veremos infra, no caso das comunicações efetuadas por telemóvel, os dados relativos aos meios de comunicação usados, a hora da sua utilização, a duração da sua utilização, o local da sua utilização e a identidade dos seus utilizadores.

²¹ O inciso “*e nos demais meios de comunicação*” foi aditado pela revisão constitucional de 1997, tendo em vista as modernas formas de comunicação à distância, que não correspondem aos sentidos tradicionais de correspondência ou de telecomunicações – Passagem do Ac. n.º 4/06, do TC, disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060004.html>, acessos em 10 de maio de 2017.

²² Neste sentido, vide LEITE, Inês Ferreira, “O novo regime das escutas telefónicas, uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, 2014, p. 256.

Significa isto, que a C.Rep., autoriza uma intervenção normativa do legislador, para salvaguarda de outros valores constitucionais, nomeadamente de bens jurídicos dotados de dignidade penal, encontrando-se o processo criminal ao serviço desses bens jurídico-penais.

Nestes termos, desde logo concluímos que o direito à inviolabilidade das comunicações não constitui de todo, um direito absoluto.

Este normativo refere-se apenas às “autoridades públicas”, mas a proibição de ingerência vale, por maioria de razão, para as entidades privadas, nos termos do art. 18.º da C.Rep. Quer isto significar que, a ingerência nas comunicações impõem-se naturalmente, também fora das relações Estado-cidadão, vinculando, toda e qualquer pessoa a não devassar a comunicação de outrem, sendo que tais violações constituem nos termos da lei, ilícitos penais.²³

Por outro lado, importa ter presente que o tipo de restrições ao direito à inviolabilidade das comunicações que é admitido pelo normativo em estudo, é muito mais exigente do que as restrições toleradas por outros direitos fundamentais em que se protegem os mesmos bens jurídicos, como por exemplo, o direito à dignidade da pessoa, ao desenvolvimento da personalidade, a garantia da privacidade, e a autodeterminação comunicativa. Nestes direitos, o legislador constitucional atribuiu, uma competência genérica de regulação, através da introdução da expressão “*nos termos da lei*”. Aqui, o legislador cria a restrição admitida pela Constituição, tendo, no entanto, de sujeitar-se aos requisitos de legitimidade impostos pelo princípio da proporcionalidade, decorrência do n.º 2 do art. 18.º.²⁴

Diversamente no n.º 4 do art. 34.º, a lei apenas declara a restrição prevista na Constituição, tendo de se conformar com o condicionalismo que se encontra expressamente recortado no preceito constitucional.²⁵ Ora o grau de vinculação do legislador é maior quando a restrição está, desde logo, expressamente prevista na norma constitucional.²⁶

Ora *in casu*, o n.º 4 do art. 34.º, apenas autoriza a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações em determinado domínio normativo - em *matéria de processo criminal*.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, *ob. cit.*, pp. 545 e 546.

²⁴ *Ibidem* *idem*, p. 391.

²⁵ Para VIEIRA DE ANDRADE, “Nestas situações, presume-se que o legislador só está autorizado a restringir o conteúdo dos direitos para essas finalidades, ou seja, para a salvaguarda dos direitos ou valores enunciados, quando muito para outras finalidades que decorram necessariamente ou se possam considerar implicadas nas expressamente referidas.” In ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5.ª edição, Almedina, 2012, p. 281.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, *ob. cit.*, p. 391.

Através deste segmento normativo, a autorização constitucional expressa para a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações e do direito à privacidade, é completada com a discriminação dos fins e interesses a prosseguir com a lei restritiva ou com o critério que deve balizar a intervenção do legislador ordinário.²⁷

Cumpra agora averiguar qual a lei de processo penal. Apesar da Constituição Portuguesa adotar o termo “*ingerência nas telecomunicações*”, o processo penal, *maxime* o C.P.P., dispõe de um capítulo, o capítulo IV²⁸, que tem como epígrafe “*escutas telefónicas*”, contemplado pelos arts. 187.º, 188.º, 189.^{o29} e 190.º do diploma legal mencionado. Ora sempre que se pretenda efetuar uma intercepção ou gravação de conversações ou comunicações através do telefone ou telemóvel, através do correio eletrónico, ou por via telemática nos termos do C.P.P., é obrigação dos intervenientes averiguar se o art. 34.º, *maxime*, o seu n.º 4, da Lei Fundamental não é violado na sua essência³⁰.

A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações levadas a cabo pelo telefone ou pelo telemóvel contende ainda com diversos direitos, como o direito à palavra, à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar, o direito à autodeterminação informacional e comunicacional³¹, e à inviolabilidade do sigilo ou segredo das telecomunicações privadas, pelo que este meio deverá necessariamente possuir carácter excecional,³² por constituir uma interferência na esfera de cada indivíduo.

²⁷ Vide neste sentido o Ac. n.º. 403/2015 do TC, disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>, acessos a 20 de junho de 2017.

²⁸ Dentro do Título III – Dos meios de obtenção de prova.

²⁹ Nos termos do art. 189.º, “O disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à intercepção das comunicações entre presentes.”

³⁰ Os valores delimitativos dados pela Constituição têm e devem ter eficácia prática em cada momento da análise do regime das escutas telefónicas.

³¹ Direito que BENJAMIM SILVA RODRIGUES concretiza através de diversas ideias: “por um lado, a ideia de que o cidadão pode livremente, por qualquer meio de comunicação, aceder à informação que se encontre publicamente acessível; por outro lado, cada cidadão pode comunicar, como quiser, com quem quiser, quando quiser, o que quiser, sem que se veja cerceado no acto comunicativo pela ingerência de um terceiro, apenas se vislumbrando como legítima a ingerência legalmente prevista para efeitos de investigação criminal. (...) É no artigo 35.º da C.Rep., que o legislador constituinte português consagrou o direito à autodeterminação informativa.”. Vide RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – À obtenção da prova (em ambiente) digital, Tomo II, 2.º Edição Revista e Atualizada, Coimbra, 2009, p. 105.

³² RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas”, Tomo I – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, *ob. cit.*, p. 76.

Contudo, apesar do seu carácter excecional³³, verifica-se uma presença cada vez mais acentuada, na prática judiciária e investigatória portuguesas, do recurso às escutas telefónicas. E isto porque se reconhece que o direito à privacidade tem que ceder perante a transparência e a segurança de um Estado, direitos estes que são considerados valores mais palpáveis e profundos, pois se materializam como direitos de natureza supra individual.

A realização das escutas telefónicas³⁴ implica sempre uma intromissão na vida privada, quer do cidadão que está a ser escutado, quer de terceiros com quem ele comunique, pelo que nunca deverá ser utilizada de modo abusivo, tal como prevê o n.º 8 do art. 32.º da C.Rep. Trata-se de um meio de obtenção de prova frutífero e excecional, mas um dos mais perigosos nas mãos dos investigadores. Assim podemos rapidamente concluir que por se tratar de um meio de obtenção de prova demasiado invasivo da esfera privada dos cidadãos, só é possível se existir uma lei expressa que as admita, nos termos do princípio da legalidade e reserva de lei, e exclusivamente por ato judicial fundamentado que as autorize.³⁵

Ora apesar de os Estados Democráticos terem estas afirmações presentes nos seus Ordenamentos Jurídicos, *maxime* nas suas Constituições, a sede por um poder ilimitado de acesso aos dados e interceção de conversações aumenta a cada dia que passa, com a crescente ameaça terrorista que se faz sentir no mundo ocidental. O terrorismo é o paradigma do séc. XXI.

Colocando a segurança pública em primeiro lugar, e pretendendo evitar ataques, e sérios riscos para os Estados, as autoridades certamente perguntar-se-ão, “se não conseguirmos reunir as suspeições necessárias em momento útil para que se consiga uma eficaz interceção das conversações, porque não escutar todos, a todo o tempo constantemente?” Certamente que se pouparia muito dinheiro, tempo e evidentemente que se preveniria a prática de muitos crimes.

³³ Excetuando-se os casos especificamente previstos em legislação penal ligada à investigação criminal, consagrou-se a nível constitucional, um limite à produção e valoração da prova, declarando-se a nulidade das provas obtidas mediante intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações.

³⁴ “A intervenção telefónica pode definir-se como “todo o acto de investigação, limitativo do direito fundamental ao segredo das comunicações, pelo qual o Juiz de Instrução, relativamente a um facto punível de especial gravidade e no decurso de um procedimento penal, decide, mediante decisão especialmente fundamentada, que pela polícia judiciária se proceda ao registo de chamadas e/ou a efectuar a gravação por magnetofone das conversações telefónicas do suspeito durante o tempo imprescindível para poder pré-constituir a prova do facto punível e a participação do seu autor”. – In GIMENO Sendra, Vicente, “*Derecho Procesal Penal*”, 1.º Edición, Editorial COLEX, 2004, p. 405.

³⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas”, Tomo I – *ob. cit.*, p. 76 e 77.

A nossa vida passaria a ser completamente transparente para o Estado e o direito à não auto-incriminação passaria a constituir um dever de auto-incriminação, o direito à privacidade seria constantemente violado na sua génese, até que um dia o bem-jurídico intimidade da vida privada deixasse de fazer parte do catálogo de direitos fundamentais da Constituição Portuguesa.

Tragicamente é este o caminho a seguir quando esquecemos dar eficácia prática e delimitativa aos princípios e direitos fundamentais. O Estado de Direito Democrático, assente na autonomia e dignidade da pessoa humana, tem forçosamente de conviver com o fracasso e de reconhecer que, no caminho da prossecução da justiça, há por vezes, um dever de recuar face à prevalência de direitos fundamentais.³⁶

Assente que está a problemática do normativo em estudo, interessa relevar que as relações entre as telecomunicações e a privacidade podem ser apreciadas e valoradas por meio de diversas perspetivas ou a partir de diferentes ângulos. No entanto, para que dúvidas não surjam quanto ao modo como se irá estudar a questão em apreço, relembramos que o nosso foco será certamente ao nível constitucional, *maxime*, o estudo dos direitos fundamentais abrangidos pelo normativo do n.º4 do art. 34.º da Lei Fundamental.

³⁶ LEITE, Inês Ferreira, “O novo regime das escutas telefónicas, uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, *ob. cit.*, p. 257.

4. O direito ao sigilo das telecomunicações

Como consequência direta do avanço tecnológico, surge uma maior preocupação com a segurança das comunicações e respetivos conteúdos. Como expressão desta preocupação temos a consagração constitucional do direito à reserva da vida privada e familiar (art. 26.º) e do direito ao sigilo das telecomunicações (art. 34.º). Já mencionámos por diversas vezes no nosso trabalho, o direito ao sigilo das telecomunicações, contudo só agora surgiu a oportunidade de o concretizarmos.

Ora o direito ao sigilo das telecomunicações funciona como instrumento de garantia do direito à reserva da vida privada, direitos que embora intimamente relacionados têm uma consagração constitucional autónoma.

Significa isto, que em Portugal, ao contrário de outros países europeus, o direito ao sigilo das telecomunicações tem um tratamento específico na Constituição, consagrado no art. 34.º. Não será assim, por exemplo, na Alemanha, na França, na Bélgica, Luxemburgo, na Finlândia, na Itália, na Grécia, na Suécia e na Irlanda, em que a tutela do direito ao sigilo das telecomunicações se faz por via do direito fundamental da reserva da privacidade, do respeito pela personalidade, pela vida privada e honra, pela vida privada e identidade pessoal, pela vida privada e dignidade humana³⁷.

O direito ao sigilo das telecomunicações protege toda a espécie de comunicação interpessoal, privada ou não, efetuada por intermédio das telecomunicações, independentemente do meio técnico utilizado e o seu conteúdo. Tutela a confiança no não conhecimento ou divulgação a terceiros que deve emergir de qualquer sistema organizado de telecomunicações de um Estado de Direito Democrático e que é condição do livre desenvolvimento da personalidade humana. Mas, para além dessa garantia, tutela também aquela parcela da vida privada que pode manifestar-se nas telecomunicações³⁸.

Importa referir que os meios de comunicação têm um valor instrumental, significando isto duas coisas. A primeira ideia a reter é a de que sempre que utilizamos um telefone,

³⁷ Cfr. SANTOS, Cristina Máximo, “As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações”, *ob. cit.*, p. 93.

³⁸ No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem também que o direito ao sigilo das telecomunicações “tem como objecto de protecção a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um receptor individual ou a um círculo de destinatários... previamente determinado. As informações dirigidas à generalidade dos cidadãos (via rádio, via televisão) não entram no âmbito de protecção desta norma”. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.º edição, Revista, *ob. cit.*, p. 544.

estabelecendo uma comunicação fechada, o meio comunicacional telefone não é um valor final, mas antes e sempre um valor instrumental. O valor final, aquele que merece tutela jurídico-penal, pode ser, quer a autodeterminação pessoal refratada em autodeterminação informacional, quer a privacidade, quer mesmo a intimidade. A segunda ideia que queremos deixar aqui patente prende-se com a inexistência de qualquer valoração relativamente aos meios de comunicação quando olhados e valorados de um ponto de vista institucional. Os meios de comunicação ou de telecomunicação social, se sopesados a partir de uma ótica institucional, apresentam-se indubitavelmente como um valor final.³⁹

O direito ao sigilo das telecomunicações impede a sua violação ou devassa por terceiros ou pelo Estado, mas impõe também a proibição da sua divulgação por aqueles que a ela tenham acesso, designadamente no exercício da sua profissão. Neste caso pressupõe a existência de um dever de sigilo ou segredo profissional que, em princípio, não deve ser quebrado, como forma de assegurar a manutenção do segredo das comunicações⁴⁰.

Como referem os constitucionalistas GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA:

“o conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa para pessoa (cartas, postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomendas que não contêm qualquer comunicação escrita, e todas as telecomunicações (telefone, telegrama, fax...). A garantia do sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o “tráfego” como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização)”.⁴¹

E ainda:

“No âmbito normativo do art. 34.º cabe o chamado correio eletrónico, porque o segredo da correspondência abrange seguramente as correspondências mantidas por via das telecomunicações. O envio de mensagens eletrónicas de pessoa a pessoa (“email”) preenche os pressupostos da correspondência privada (Internet – Serviço de comunicação privada)”⁴².

Relativamente ao sigilo das telecomunicações, cabe-nos destacar as palavras de JORGE MIRANDA⁴³, segundo as quais, é possível afirmar que meios como o fax, o e-mail, o

³⁹ Neste sentido, vide COSTA, José de Faria, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, *ob. cit.*, p. 60.

⁴⁰ Vide neste sentido, OUBINA, Ana Mercedes da Silva Claro, “As telecomunicações, a vida privada e o direito penal”, in *Direito Penal hoje – Novos desafios e novas respostas*, *ob. cit.*, p. 15; e SANTOS, Cristina Máximo, “As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações”, *ob. cit.*, p. 403.

⁴¹ CANOTILHO, J. J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 544.

⁴² *Ibidem idem*.

⁴³ Neste sentido, vide SILVA, Germano Marques da, SÁ Fernando, “Anotação ao art. 34.º da Constituição”, *ob. cit.*, p. 561.

telefone ou telemóvel partilham, em regra, da garantia constitucional do sigilo. Contudo haverá muitos meios, sobretudo aqueles que têm como suporte a internet, cuja forma como são utilizados, determinará se as informações que através deles circulam, se integram ou não no âmbito do sigilo comunicacional. Assim, muitas das comunicações realizadas através das redes sociais não terão tutela constitucional porque, segundo o nosso Autor, não oferecem as condições de inviolabilidade necessárias para tal, e isto, porque são facilmente acessíveis a uma panóplia de utilizadores que não apenas os destinatários dessa informação. Este é um lado complexo e não menos sério da problemática em estudo, contudo, o que nos interessa aqui é o conflito muitas vezes existente, ou quase sempre existente entre o direito à privacidade, e o direito correspondente de não ingerência do Estado nas telecomunicações.

Ora como já foi por nós dito, o direito ao sigilo das telecomunicações não é um direito absoluto e, como tal, pode ser restringido desde que respeite os apertados requisitos impostos pelo art. 18.º da C.Rep., contudo, de acordo com o nosso n.º4 do art. 34.º, este direito apenas pode sofrer restrições em sede de processo penal. O que vale por dizer, como já vimos, que apenas em processos de natureza penal, se admite a ingerência nas telecomunicações, cabendo assim à lei ordinária definir os limites em que ela pode ter lugar.

Nos termos do n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da C.Rep., essas exceções ao sigilo das telecomunicações devem revestir a forma de lei (reserva de lei), podendo apenas ser aplicadas por um magistrado judicial (n.º 4 do art. 32.º da C.Rep.).

A proteção constitucional do sigilo das telecomunicações é ainda reforçada nos termos do art. 32.º, n.º 8 da C.Rep., que comina com a nulidade das provas obtidas mediante a abusiva intromissão na vida privada ou nas telecomunicações.

Cabe-nos agora abordar o conceito de (tele)comunicação.

5. O que se entende por (tele)comunicação

Antes de continuarmos a nossa pesquisa, que tem como foco o estudo da ingerência nas telecomunicações, parece-nos relevante fazermos uma referência aos conceitos das palavras comunicação e telecomunicação, pois só assim ser-nos-á mais fácil e apetecível o entendimento da matéria aqui em análise.

A comunicação é uma necessidade básica do ser humano e caracteriza-se nada mais, nada menos, por ser um fenómeno relacional de transmissão de informações, que pressupõem a emissão ou exteriorização de uma mensagem para uma pessoa e a sua receção ou perceção por outra⁴⁴.

A relação comunicativa começou nos primórdios da humanidade por se realizar apenas com base em meios naturais, existindo uma proximidade física entre duas ou mais pessoas que pretendem comunicar, exigindo-se que estivessem cara a cara⁴⁵.

Foi através da fala que se deu o grande salto da harmonização entre os Homens, contribuindo esta, imensuravelmente para o desenvolvimento da humanidade. A oralidade sempre constituiu o ponto axial para troca de experiências, para manifestação de afetos, para delimitação do saber, para a aprendizagem, para a construção de uma cultura.

A partir do momento em que o Homem riscou pela primeira vez a pedra, e aí ficou gravada informação, os suportes físicos utilizados pela humanidade foram sendo os mais diversos. A palavra escrita tornou possível que um fluxo informacional, fixado num qualquer suporte físico, circulasse e se distanciasse do seu autor. “A palavra escrita era objectivável, era, neste sentido, *substantia*, porque impregnada a um suporte físico. Digamo-lo de maneira cortante: a palavra deixara o efémero da comunicação e transformara-se em pura informação”.⁴⁶

⁴⁴ OUBINA, Ana Mercedes da Silva Claro, “As telecomunicações, a vida privada e o direito penal”, in *Direito Penal hoje – Novos desafios e novas respostas* - Organizadores- Manuel da Costa Andrade, e Rita Castanheira Neves, Coimbra Editora, 2009, p. 11.

⁴⁵ Ou seja não é necessária a intervenção externa de intermediários ou entidades que transportem a informação. Sendo que aqui a relação comunicativa pode caracterizar-se como uma relação individual ou privada (por já estarem determinados os sujeitos da comunicação – o emissor e o recetor, direta (pois não é necessária a colaboração ativa ou passiva de terceiros), imediata (na medida em que a receção efetua-se ao mesmo tempo da emissão – comunicação em tempo real) e recíproca (pois é possível uma alternância nas posições de emissor e recetor).

⁴⁶ In FARIA COSTA, José de, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 1999, pgs. 54 e 55.

A palavra escrita foi uma revolução que se caracterizou, sobretudo, pela capacidade de aumentar, reproduzindo exponencialmente, a quantidade de informação.⁴⁷ Podemos neste sentido afirmar, que o crescimento da informação constitui *conditio sine qua none* de um aumento comunicacional.

Sem dúvida, que a troca de informação e a rapidez da sua comunicação condicionam, num dado momento, o estado do conhecimento individual e coletivo⁴⁸.

Contudo, se o fluxo da comunicação podia ser deslocado, transportado, levado, para outros lugares, que não aqueles, os primitivos onde se gerou o ato de escrever, o certo é que tudo se tinha que processar ainda com um grande lapso de tempo entre o primeiro impulso comunicacional e a sua correspondente receção. Existia de facto, uma comunicação à distância, mas sempre uma comunicação que se operava com um longo período de tempo entre a sua emissão e a sua receção pelo destinatário.⁴⁹

Ainda não havia uma comunicação à distância em tempo real, constituindo essa pretensão, nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA⁵⁰, *uma virtude dos seres celestiais*. Ora esse desejo, teria que esperar pelos meios tecnológicos, pelos telefones, telemóveis, pela televisão, pela rádio, pela internet. E é aqui que verdadeiramente começa a revolução das telecomunicações.

Foram criadas redes ou sistemas de telecomunicações, que foram mesmo considerados uma das mais *largest machine ever made by man*⁵¹. A palavra escrita já é, de maneira absolutamente indesmentível, *palavra virtual*⁵². Na verdade, a informática, mas sobretudo a informatização em rede, veio trazer a possibilidade de a palavra não ser escrita, nem falada, mas sim, estar virtualmente visível num écran de um telemóvel, de um computador, de um *tablet*. Na verdade, a criação da Internet permitiu um fluxo informacional e comunicacional nunca antes assimilado. Lançamos a cada segundo que passa nos nossos relógios, toneladas de informação, para um espaço virtual, para uma terra de ninguém, que tem no entanto a

⁴⁷ Ibidem idem, p. 55.

⁴⁸ MATOS, Nuno, “O papel das telecomunicações no acesso à informação jurídica”, in *Gabinete de documentação e direito comparado*, Colóquio informática e tribunais, Lisboa, 1991, p. 2.

⁴⁹ Vide FARIA COSTA, José de, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, *ob. cit.*, p. 56.

⁵⁰ Ibidem idem.

⁵¹ GONÇALVES, Pedro, *Direito das telecomunicações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, p. 136.

⁵² In COSTA, José de Faria, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, *ob. cit.*, 1999, p. 56.

simples particularidade, de todos poderem poisar ali os lábios, e beber toda a informação que quiserem.

Constituindo a telecomunicação um meio ou forma de comunicação, é perentório que ela, constitui hoje uma ferramenta fulcral para a satisfação de uma necessidade básica do Homem. Os meios de comunicação diversificaram e as suas capacidades foram aumentando, tendo como consequência positiva a aproximação da humanidade⁵³. A massificação das infraestruturas e artifícios como telefones e telemóveis, rádio, televisão e satélites de comunicação são um exemplo claro desta situação.⁵⁴

Enquanto meio ou forma de comunicar, a telecomunicação encontra a sua especificidade essencialmente no facto de se apoiar em meios técnicos, redes ou sistemas de telecomunicações, meios estes que contribuem para que a distância que separa uns homens dos outros deixe de constituir um obstáculo à troca recíproca de informação e, portanto, à comunicação entre eles, sendo estas relações comunicativas intrinsecamente idênticas às que se estabelecem por via da comunicação suportada em meios naturais⁵⁵.

Para BENJAMIM SILVA RODRIGUES⁵⁶, com a convergência das diversas formas de comunicações, deixou de fazer sentido a denominação de forma genérica e simples “*redes de telecomunicações*”, uma vez que para o Autor, o termo mais correto será “*redes de comunicações eletrónicas*”. Neste sentido, as redes de telecomunicações apenas abrangem as redes clássicas de comunicações, como o telefone, o telégrafo, e outras equiparadas, ficando a expressão “*redes eletrónicas*” a abranger todo o tipo de comunicações, sejam ou não efetuadas a partir das redes clássicas de telecomunicações.

Quando se fala em (tele)comunicação é muito provável que o problema que imediatamente salte para o debate dos direitos fundamentais, seja o da proteção da honra, da imagem ou da privacidade, bens jurídicos estes, que são suscetíveis de serem constantemente violados. Este é, sem dúvida alguma, o problema central que toca a sensibilidade e a

⁵³ Neste âmbito, o computador pessoal com acesso a infra-estruturas de comunicações foi um dos recursos de maior valor no passado recente e de inequívoca afirmação futura. O computador tornou-se assim, para o bem e para o mal, uma ferramenta de trabalho e de lazer, essencial na comunidade mundial.

⁵⁴ GAMEIRO, Carlos, “O Risco de Informação em Ambiente Eletrónico”, in *Estudos de Direito e Segurança*, Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira Coordenadores, I Volume, 2014, p. 129.

⁵⁵ OUBINA, Ana Mercedes da Silva Claro, “As telecomunicações, a vida privada e o direito penal”, *ob. cit.*, pp. 12 e 13.

⁵⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – À obtenção da prova (em ambiente) digital, *ob. cit.*, in nota de rodapé, p. 99.

consciência coletiva, não só da população em geral, mas também de cada um dos cidadãos que, no seu dia a dia, vivem e *bebem* a informação que lhes chega de forma voraz.

Assim, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações restringe-se às comunicações privadas. Não importa a técnica utilizada para a transmissão do fluxo informacional e comunicacional, nem mesmo o teor do próprio fluxo (conversações, informações, dados, imagem, som, etc.), para que este goze da tutela constitucional ínsita nos arts. 26.º e 34.º da C.Rep.

Determinado que está o conceito de (tele)comunicação, importa agora definir o objeto do nosso estudo.

A Constituição portuguesa ficou imóvel no tempo, na medida em que não acompanhou a evolução tecnológica sentida nas últimas décadas. Como vimos, a expressão redes de telecomunicações não faz mais sentido numa era global dominada pelos aparelhos digitais. Hoje teremos que falar em redes eletrónicas, que abrangem todo o tipo de comunicações, sejam ou não efetuadas a partir das redes clássicas de telecomunicações.

Por isso, e apesar de o normativo do n.º 4 do art. 34.º fazer referência às telecomunicações, consideramos que hoje em dia, atendendo ao previsto no art. 7.º da Carta e no art. 8.º da CEDH, e ao consagrado no art. 26.º da C.Rep., a tutela tem de ser assegurada, segundo uma leitura atualista, cobrindo todas as realidades de comunicação que a tecnologia hoje oferece e, portanto, protegendo as dimensões humanas fundamentais que por via dos tratamentos dos dados pessoais são atingidas. Por tudo isto, iremos referir-nos, a partir daqui, às *comunicações eletrónicas*, e não às telecomunicações, abrangendo aquelas todo o tipo de comunicação.

5.1. Os dados de tráfego

A proteção da autodeterminação comunicativa do cidadão é relativamente recente, emergindo com o advento das novas tecnologias.

A este propósito, o Tribunal Constitucional acolheu, desde o Acórdão n.º 241/2002, de 29/05/2002, uma classificação tripartida de dados, tendo por base a classificação adotada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que distingue entre *dados de base*, *dados de tráfego* e *dados de conteúdo*.^{57 58}

⁵⁷ Vide Parecer n.º 16/94/complementar, acessível em www.dgsi.pt, e Parecer n.º 21/2000, no DR II Série, de 23 de Julho de 2002.

Hoje, na Ordem Jurídica portuguesa estão também previstos os *dados de localização*⁵⁹, como aqueles dados, que tratados numa rede de comunicações eletrónicas, indicam a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer outro utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público.

Nos termos do supra Ac., os *dados de base*, serão aqueles que se constituem na perspetiva dos utilizadores, constituindo elementos necessários de acesso à rede, designadamente através da ligação individual e para utilização própria do respetivo serviço (dados instrumentais da comunicação, tais como o posto e o número de acesso, a identificação do utilizador ou da sua morada). Ou seja, o que interessa, essencialmente, é o número e os dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço ou a ligação à rede. Os dados de base são elementos necessários ao estabelecimento de uma comunicação.⁶⁰

Os *dados de tráfego*, por sua vez, correspondem a elementos funcionais da comunicação, na medida em que constituem elementos funcionalmente necessários ao estabelecimento e à direção da comunicação (são aqueles que permitem a identificação da comunicação e respeitam à direção, percurso, destinatário, hora, duração e intensidade/frequência da comunicação). Identificam ou permitem identificar a comunicação. Estes dados, quando conservados, possibilitam a identificação das comunicações entre o emissor e o destinatário, a data, o tempo e a frequência das ligações efetuadas. São, assim, elementos inerentes à própria comunicação, na medida em que permitem identificar, em tempo real ou *a posteriori*, os utilizadores, o relacionamento direto entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, a hora e a duração da comunicação⁶¹.

Os *dados de conteúdo* são relativos ao próprio conteúdo da mensagem de correspondência enviada através da utilização da rede, à mensagem em si mesma considerada.

Em suma, enquanto informação relativa a pessoas singulares, estes são dados pessoais, que integram a categoria de dados sensíveis, e que se encontram protegidos pelo n.º 1 do art.

⁵⁸ Neste sentido vide o Ac. n.º 241/2002 do TC, de 29/05/2002, disponível no sítio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020241.html>, acessos a 01 de junho 2017; vide ainda o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 403/2015, disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 01 de junho de 2017.

⁵⁹ Art. 2.º, n.º 1, al. e) da Lei n.º 4/2004, de 18 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto.

⁶⁰ Vide também SANTOS, Cristina Máximo, “As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 25, Julho-Setembro, N.º 99, 2004, p. 402.

⁶¹ GONÇALVES, Pedro, “Regulação das comunicações eletrónicas em Portugal”, in *Direito e (tele)comunicações*, TEIXERA, Glória, e GUIMARÃES, Maria Raquel, Coimbra Editora, 2008, p. 173.

26.º e pelo n.º 4.º do art. 34.º da C.Rep. A mesma dimensão fundamental vem consagrada nos arts. 7.º e 8.º da Carta e no artigo 8.º da CEDH.

Na verdade, o tratamento desta informação relativa às pessoas permite conhecer com grande pormenor e extensão a sua vida privada. É que os dados de comunicação abrangem: correio vocal, chamadas vocais, teleconferência, serviços suplementares, incluindo reencaminhamento e transferências de chamadas, serviços de mensagens e multimédia, incluindo mensagens curtas (SMS), serviços de mensagens melhorados (SEM), serviços de mensagens multimédia (MMS), o código de identificação do utilizador (user ID – código único atribuído às pessoas quando estas se tornam assinantes ou se inscrevem num serviço de acesso ou comunicação pela Internet), identificador da célula (cell ID – identificação da célula de origem e destino de uma comunicação numa rede móvel). E abrangem também o nome e o endereço do assinante do serviço, o IMEI e o IMSI (para identificação do equipamento de comunicação) do emitente e do destinatário da comunicação, a linha de assinante digital (DSL), bem como os dados necessários para identificar a localização do equipamento e da célula no início da comunicação. E ainda abarcam os dados relativos à identificação da data, hora e duração da comunicação.⁶²

Atendendo à nota por nós introduzida, relativamente às comunicações eletrónicas, importa ainda referir que as comunicações englobam ainda os acessos aos sítios na Internet⁶³, por também tais operações implicarem comunicação eletrónica, para além dos acessos a partir das aplicações (apps) e outros carregamentos e atualizações de informação que os equipamentos vão fazendo automaticamente nas redes de comunicação eletrónica, sem exigir da parte do utilizador uma intervenção positiva e direta. Em suma, as comunicações há muito deixaram de se limitar à carta e à chamada de telefone fixo.⁶⁴

Contudo, no nosso estudo iremos apenas focar os dados de tráfego, pois considerámos relevante o disposto no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 486/2009, de 28/09/2009. Segundo o mesmo, a permissão de realização de interceções e de gravações de conversações e

⁶² Cfr. Parecer N.º 38/2017, da CNPD à Proposta de Lei n.º 79/XIII que aprova o regime especial de acesso a dados de base e a dados de tráfego de comunicações eletrónicas pelo Sistema de Informações da República Portuguesa.

⁶³ Assim, nos termos do mencionado Parecer, o tratamento destes dados permite identificar quem faz ou recebe chamadas (mesmo as falhadas), quem envia ou recebe SMS, MMS, correio eletrónico, quem acede à internet e a que sítios na Internet, permitindo deste modo conhecer aspetos da vida privada e familiar das pessoas, onde se encontram ou estiveram (o que é evidente quando transportem o telemóvel ligado), com que regularidade estabelecem os contactos, que sítios da Internet consultam, etc.

⁶⁴ Ibidem idem.

comunicações telefónicas nos termos do art. 187.º do C.P.P., abrange não só o acesso ao conteúdo dessas comunicações, mas também a todos os dados fornecidos pela realização dessas intercepções. Assim, de acordo com o mencionado Ac.:

”tendo presente a descrição acima efectuada do modo de efectivação das técnicas de acesso à facturação detalhada e localização celular e dos dados por ela revelados, verifica-se que a realização das referidas intercepções faculta automaticamente o acesso a esses dados de tráfego. Na verdade, a intercepção e gravação das conversações ou comunicações telefónicas incorpora necessariamente uma “facturação detalhada” dessas comunicações, que é levada a cabo pelo órgão de polícia criminal interveniente e que se materializa no auto de gravação a juntar ao processo, o qual contém, relativamente ao aparelho de telefone escutado, além de outros dados, os números de telefone chamados, a data da chamada, a hora de início e a duração de cada chamada, isto é os elementos de tráfego cobertos pelo sigilo das telecomunicações constantes da facturação detalhada. Por outro lado, as referidas intercepções das comunicações telefónicas são sempre necessária e tecnicamente precedidas da localização celular do equipamento móvel em causa, sem a qual não pode haver estabelecimento e transmissão das comunicações. Daí que seja possível concluir, com recurso a um simples raciocínio lógico, que o artigo 187.º, n.º 1, do C.P.P., ao permitir a intercepção e gravação das conversações ou comunicações telefónicas, permite também, inevitavelmente, o acesso a todos os dados de tráfego inerentes à concretização dessa técnica de ingerência nas telecomunicações, onde se incluem os dados da facturação detalhada cobertos pelo sigilo das telecomunicações e a localização celular.

E, sendo esses dados de tráfego apenas uma parte dos dados facultados pela realização de ingerências nas comunicações, nada obstará, e até imporá a exigência que as técnicas de intromissão nas comunicações telefónicas se limitem à medida necessária para alcançar o objectivo de investigação criminal visado, que o acesso a esses dados de tráfego seja efectuado, dispensando a realização duma “escuta telefónica”, quando esta não se revele necessária aos fins da investigação.”⁶⁵

Ao nível da União Europeia, a noção de *dados de tráfego* foi primeiramente desenvolvida na Diretiva 97/66/CE, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da intimidade no sector das telecomunicações. Nos termos do Considerando (17)⁶⁶, tratam-se de:

“dados relativos aos assinantes tratados para estabelecer chamadas (que) contém informações sobre a vida privada das pessoas singulares e afectam o seu direito à privacidade das comunicações ou os legítimos interesses das pessoas singulares”; “que quaisquer outros tratamentos que o fornecedor do serviço de telecomunicações acessível ao público possa querer efectuar para a comercialização dos seus próprios serviços de telecomunicações só pode ser autorizados se o assinante tiver com isso concordado e na base de informações completas e exactas do fornecedor do serviço de telecomunicações acessível ao público sobre os tipos de tratamento posterior que pretenda efectuar.”

A Diretiva 2002/58/CE, no seu Considerando (15) refere que:

⁶⁵ Neste sentido vide o Ac. n.º 486/2009 do TC, de 28/09/2009, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090486.html>, acessos a 01 de junho de 2017.

⁶⁶ Considerando disponível no sitio da internet http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes200709/Directiva97_66_CE.pdf, acessos em 01 de julho de 2017.

“uma comunicação pode incluir qualquer informação relativa a nomes, números ou endereços fornecida pelo remetente de uma comunicação ou pelo utilizador de uma ligação para efectuar a comunicação. (...) Os dados de tráfego podem ser, nomeadamente, relativos ao encaminhamento, à duração, ao tempo ou ao volume de uma comunicação, ao protocolo utilizado, à localização do equipamento terminal do expedidor ou do destinatário, à rede de onde provém ou onde termina a comunicação, ao início, fim ou duração de uma ligação. Podem igualmente consistir no formato em que a comunicação é enviada pela rede”.

Na doutrina portuguesa, BENJAMIM SILVA RODRIGUES cita RODRÍGUEZ LAINZ, Autor espanhol, que entende que a noção de dados de tráfego abrange:

“toda a variedade de conteúdos que, sem serem em si objeto ou conteúdo das comunicações, se encontrem destinados a facilitar não somente o trânsito das mesmas para assegurar o seu destino, bem como a fornecer uma informação adicional alheia à comunicação em si mesma que simplesmente tem utilidades diversas à única garantia da transmissão da comunicação (garantia de autenticidade, contrastação de protocolos de actuação, serviço com valor acrescentado...), e que viajam ou navegam conjuntamente com esta através das redes de telecomunicações ou comunicações electrónicas⁶⁷”.

No ordenamento jurídico português a Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, define, no seu art. 2.º, n.º 1, al. d) dados de tráfego, como:

“quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma”, aí se inserindo nos termos do n.º 2 do art. 6.º “a) número ou identificação, endereço e tipo de posto do assinante; b) número total de unidades a cobrar para o período de contagem, bem como o tipo, hora de início e duração das chamadas efetuadas ou o volume de dados transmitidos; c) data da chamada ou serviço e número chamado; d) outras informações relativas a pagamentos, tais como pagamentos adiantados, pagamentos a prestações, cortes de ligação e avisos.”

Em princípio podemos desde já deduzir que os meios de comunicação abrangem não só os conteúdos respetivos, mas também todos os dados referentes àqueles. Portanto, os dados de tráfego, estão abrangidos pelo princípio da inviolabilidade das comunicações, devendo-se entender que os dados de tráfego estão incluídos na tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações, nos termos do n.º 4 do art. 34.º.⁶⁸

Contudo, este tema irá ser alvo de maior atenção da nossa parte no ponto 8.2 , referente ao Ac. do TC n.º 403/2015.

⁶⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – À obtenção da prova (em ambiente) digital, *ob. cit.*, p. 111.

⁶⁸ Vide a este propósito RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, *ob. cit.*, p. 111; e o Ac. o Ac. n.º 486/2009 do TC, de 28/09/2009, disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090486.html>, acessos a 01 de junho de 2017.

6. Princípios estruturantes em matéria de ingerência nas comunicações eletrónicas

O regime da ingerência nas comunicações privadas está sob a alçada de quatro grandes princípios fundamentais consagrados na Ordem Jurídica Portuguesa. O *princípio da legalidade ou reserva de lei*; o *princípio da jurisdicionalidade*; o *princípio da proporcionalidade*; e o *princípio da especialidade*.

6.1. O princípio da legalidade (reserva de lei)

JORGE MIRANDA⁶⁹ distingue a reserva de Constituição da *reserva de lei*. Enquanto que a primeira chama a si certa matéria, conferindo-lhe um tratamento a nível de normas que apenas podem ser alteradas através dos procedimentos de revisão e cuja garantia se insere de pleno na garantia da constitucionalidade, já na reserva de lei, a Constituição impõe que tal tarefa seja da competência da lei, impedindo que a administração e a jurisdição exerçam qualquer interferência.

Por outro lado, neste último instituto, o órgão legislativo está vinculado a um princípio de autonomia ou de autoconformação, enquanto que na reserva de Constituição, a vinculação do órgão legislativo compagina-se ao princípio da heteronomia.

A reserva de lei subdivide-se ainda em reserva absoluta e reserva relativa. Diz-se que “a reserva é absoluta quando se afasta a presença de quaisquer outros atos ou tipos de atos normativos na matéria.”⁷⁰

Para o nosso estudo interessa-nos a reserva relativa da Constituição, na medida, em que acerca de restrições a direitos, liberdades e garantias, a Constituição se compadece com leis que completam as suas normas fundamentais. Ora, é o que acontece precisamente com o n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., uma vez que este normativo apenas permite as restrições apenas no campo do processo penal.

Assente que está esta parte introdutória, cabe-nos agora referir que as intervenções nas comunicações eletrónicas configuram uma lesão do direito à privacidade dos indivíduos, pelo que a sua admissibilidade configura uma restrição ou limitação àquele direito. Assim só se afiguram legítimas as intervenções nos fluxos comunicacionais que estejam legalmente previstas em lei específica. Com tal princípio exige-se que a restrição de um direito pessoal

⁶⁹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 216.

⁷⁰ Ibidem idem, p. 217.

fundamental seja concretizado de uma forma suficientemente densa, de tal modo que o lesado não veja afetado o seu direito senão na justa medida necessária para a descoberta da verdade material⁷¹.

Nos termos do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., *“é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”*.

Portanto, nos “casos previstos na lei” torna-se “legítima” a ingerência das autoridades públicas, e não dos particulares, nas telecomunicações (comunicações eletrónicas). Quais são então esses casos legalmente previstos? A parte final do n.º 4 do art. 34.º reduz a possibilidade da limitação da ingerência, restringindo o seu campo de aplicação à matéria do processo criminal, pelo que ficarão de fora da lei de autorização da ingerência os casos de recurso a tal meio de obtenção da prova para efeitos de processo civil e laboral.⁷²

Nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da C.Rep., exige-se que a restrição de direitos fundamentais seja levada a cabo por meio de uma lei de carácter geral e abstrato que se cinja ao estritamente necessário para salvaguardar o direito à privacidade e ao segredo ou inviolabilidade das comunicações constitucionalmente protegido. Associada à reserva legal surge o princípio da jurisdicionalidade ou da reserva judicial.

⁷¹ Vide a este propósito RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, *ob. cit.*, p. 204.

⁷² *Ibidem idem*, p. 205.

6.2. O princípio da jurisdicionalidade (ou reserva judicial)

Antes da alteração ao C.P.P., que ocorreu em 2007, com a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o teor do normativo do n.º1 do art. 187.º era o seguinte: “*a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz (...)*”.

Do teor deste normativo, era sintomática a ideia de que em processo penal, dentro dos atos a praticar pelo JIC na fase de inquérito, a competência prevista no art. 187.º era-lhe totalmente exclusiva.

Hoje o normativo do n.º1 do art. 187.º dispõe diferentemente que “*a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público (...)*”.

Urge agora saber se a medida de ingerência nas escutas telefónicas e nos outros meios de comunicação (nos termos do art. 189.º do C.P.P.) continua apenas dependente do JIC.

E neste ponto a doutrina divide-se. Diversos Autores consideram que a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações, levadas a cabo por telefone ou por qualquer outro meio técnico diferente deste, apenas podem ser ordenadas ou autorizadas por despacho do JIC relativamente a determinados tipos de crimes, outros consideram que a letra do n.º4 do art. 34.º C.Rep., apenas impõe que as referidas ingerências sejam efetuadas nos termos previstos na lei de processo criminal, sendo que o controlo judicial possa ser exercido *a posteriori*.

Para BENJAMIM RODRIGUES⁷³, reconhece-se somente ao JIC a competência para decretar a medida de ingerência nas telecomunicações. O princípio da jurisdicionalidade não impõe apenas que seja o juiz a ordenar ou autorizar a medida legal de intercepção e gravação das comunicações, mais ainda, impõe que seja o juiz a proceder, após a decretação da medida, a uma fiscalização ou controlo efetivo da medida, mantendo-a dentro dos contornos legais que justificaram e legitimaram a sua adoção. Para o referido Autor o legislador constitucional, ao referir-se ao processo penal no n.º4 do art. 34.º, quis simplesmente consagrar a reserva

⁷³ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, ob. cit., p. 206.

judicial ao nível da autorização ou ordenação da interceção ou gravação das comunicações. E isto porque está firmemente assente, que em matéria de inquérito, cabe ao JIC autorizar ou ordenar certo tipo de atos que contendem diretamente com certo tipo de direitos fundamentais.⁷⁴

O Ac. n.º 403/2015 partilha do mesmo entendimento, pois nos termos do mesmo:

“(...) a referência ao processo criminal implica que a intervenção restritiva careça de prévia autorização judicial. Sendo o processo criminal uma forma heterocompositiva através da qual se realizam as funções de jurisdictio referidas à atuação de pretensões baseadas em normas públicas de direito criminal, exige-se a intervenção de um órgão qualificado para essas funções (artigo 202.º da CRP). Embora se não trate de um caso em que a reserva do juiz ou a reserva de primeira decisão se encontre especialmente individualizada na Constituição (...) não pode deixar de reconhecer-se que a reserva absoluta do juiz tende a afirmar-se quando não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de resolução de litígio.”⁷⁵

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁷⁶ o legislador terá pretendido esclarecer que o JIC não pode determinar uma escuta telefónica para além dos termos do requerimento do MP, à semelhança do que acontece em matéria de aplicação de medida de coação em que se obsta a que o JIC aplique medida mais grave do que a requerida pelo MP, sob pena de nulidade⁷⁷.

Do mesmo modo, acrescenta INÊS FERREIRA LEITE, que o JIC poderá apenas deferir o requerimento na totalidade, reduzir o âmbito de aplicação material do requerimento com fundamento em ilegalidade das escutas (por exemplo, quanto aos alvos e aparelhos afetados e quanto ao tempo de interceção) ou indeferir o requerimento na totalidade, com fundamento na ilegalidade das escutas.⁷⁸

Contudo, para JORGE MIRANDA e VITAL MOREIRA⁷⁹, a letra do n.º4 do art. 34.º C.Rep., apenas impõe que as referidas ingerências sejam efetuadas nos termos previstos na lei de processo criminal.

⁷⁵ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 10 de junho de 2017.

⁷⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição Atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, Maio, 2008, p. 508.

⁷⁷ Ao JIC caberá uma função de mera fiscalização, na medida, em que não poderá ampliar o âmbito material do despacho do MP que indica quais as escutas a fazer.

⁷⁸ LEITE, Inês Ferreira, “O novo regime das escutas telefónicas, uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, *ob. cit.*, p. 265.

⁷⁹ Vide, neste sentido, MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Universidade Católica Editora, 2017, p. 563.

A obrigação contida no normativo do n.º 4 tem como consequência, por exemplo, o facto de a C.Rep., admitir que, em casos excepcionais, previstos na lei e devidamente justificados pelas exigências do princípio da proporcionalidade e da adequação, que o controlo judicial possa ser exercido *a posteriori*, uma vez que o art. 32.º não impõe que a intervenção judicial seja sempre realizada antes do ato que contenda com direitos fundamentais. No fundo, a medida e qualidade da intervenção judicial no domínio do direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação é constitucionalmente determinada pela intensidade dos vários direitos e interesses que convergem na conformação da lei processual, nos termos do art. 32.º, não sendo determinada diretamente pela bitola do n.º 4 do art. 34.º, ao contrário, por exemplo dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo.

Desta forma, para os referidos Autores, o n.º 4 do art. 34.º, é quanto às exigências concretas para quebra do sigilo das comunicações puramente remissivo.

O certo é que a ingerência nas comunicações eletrónicas só poderá ocorrer nos “casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Significa isto que o n.º 4 do art. 34.º remete-nos para um processo penal que já esteja iniciado, em curso, não podendo a medida de interceção ser decretada fora de um processo criminal.

6.3. O princípio da proporcionalidade

Nas palavras de JORGE MIRANDA, “a ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas: a reação deve ser proporcional à ação. E é por conseguinte, conatural ao Direito: o Direito é proporção.”

O princípio da proporcionalidade é o princípio de mais difícil aplicação num Estado de Direito Democrático, pois manifesta-se precisamente nos momentos mais difíceis dos direitos fundamentais.

Significa isto que a medida de intervenção nas comunicações enquanto restrição do direito fundamental à privacidade constitucionalmente consagrado no art. 34.º da C.Rep., deve “*limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”.⁸⁰

Assim, este princípio subdivide-se em três subprincípios, o princípio da idoneidade ou adequação⁸¹, da necessidade⁸², e da racionalidade ou proporcionalidade⁸³ *stricto sensu*.

De facto, são os interesses da prossecução da investigação criminal, da repressão criminal, com vista à salvaguarda de outros bens jurídicos pessoais e coletivos, que justificam a introdução de uma limitação ou restrição, proporcional, no direito à inviolabilidade do sigilo ou segredo das comunicações. O direito à inviolabilidade do sigilo/segredo/confidencialidade nas comunicações, com tutela nos n.º 1 e 4 do art. 34.º, à semelhança dos demais direitos fundamentais não é absoluto e ilimitado, podendo ser objeto de determinadas restrições, desde que tal ingerência esteja legalmente prevista e constitua uma medida necessária numa sociedade democrática para a segurança nacional, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem, a prevenção, investigação e repressão dos crimes, a proteção da saúde e demais direitos e liberdades fundamentais.

⁸⁰ Normativo do n.º2 do art. 18.º da C.Rep.

⁸¹ A idoneidade traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar pelo órgão competente tem de estar em estrita correspondência com ele.

⁸² A necessidade, ou a necessidade do meio significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto*, com menos custos, nuns casos, e com mais benefícios noutros, a realização do fim, sendo que deve ser essa a decisão adotada.

⁸³ A racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* equivale à justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido. Para JORGE MIRANDA, se não se respeitar o primeiro dos subprincípios, o princípio da idoneidade, haverá arbítrio, se não se verificarem os outros dois subprincípios, o da necessidade e o da proporcionalidade *stricto sensu*, haverá excesso - MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, *ob. cit.*, p. 308.

Segundo o Ac. n.º 407/97⁸⁴ do TC:

“(…) partindo do pressuposto consubstanciado na proibição de ingerência nas telecomunicações, resultante do n.º 4 do artigo 34.º da Lei Fundamental, a possibilidade de ocorrer diversamente (de existir ingerência nas telecomunicações), no quadro de uma previsão legal atinente ao processo criminal (a única constitucionalmente tolerada), carecerá sempre de ser compaginada com uma exigente leitura à luz do princípio da proporcionalidade, subjacente ao artigo 18.º 2 da Constituição, garantindo que a restrição do direito fundamental em causa (de qualquer direito fundamental que a escuta telefónica, na sua potencialidade danosa, possa afectar) se limite ao estritamente necessário à salvaguarda do interesse constitucional na descoberta de um concreto crime e punição do seu agente. Não se pode esquecer que toda a medida judicial, que restrinja ao alcance de um direito fundamental, deve ser devidamente fundamentada, sob pena de ser dever considerar tal medida inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 18.º da C.Rep. Torna-se nesta medida imperioso, que a fundamentação da medida judicial indique que se visa um fim constitucionalmente admitido ou legítimo, que a medida se encontre delimitada temporal e subjetivamente e, por último, que se trata de uma medida necessária e adequada para cumprir o grande objetivo: a descoberta da verdade material”⁸⁵.

Significa isto, que o juiz deverá explicar as razões de facto e de direito que o levaram, naquele caso concreto, a autorizar ou ordenar uma medida lesiva dos direitos fundamentais do indivíduo alvo da medida.

E ainda segundo o Ac. n.º 4/06 do TC⁸⁶, “representando a interceptação e gravação de conversações telefónicas uma restrição a um direito fundamental, esta restrição deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, sem jamais diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP).”

Assim, o princípio da proporcionalidade permitirá, em concreto, aferir da “legitimidade” do recurso a este gravoso de obtenção de prova. Deste modo, se as escutas telefónicas foram autorizadas com base na informação da existência de uma organização criminosa, com ligações terroristas ao Estado islâmico, e depois na prática, vem a verificar-se que existem apenas pequenas situações de tráfico de droga, fora de qualquer organização, então não existirão dúvidas que tais escutas telefónicas se afiguram manifestamente desproporcionadas.

⁸⁴ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970407.html>, acessos a 22 de junho de 2017.

⁸⁵ Vide neste sentido, RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – À obtenção da prova (em ambiente) digital, *ob. cit.*, p. 205 e 206.

⁸⁶ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060004.html>, acessos a 22 de junho de 2017.

6.4. O princípio da especialidade

À luz do princípio da especialidade, é inconstitucional, nos termos do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., decretar as medidas de ingerência nas comunicações eletrónicas no sentido de investigar atividades criminosas genéricas ou indeterminadas. A matéria a investigar deve estar devidamente definida visto que não será possível decretar a medida de ingerência, com vista a descobertas genéricas de possíveis infrações penais. Para BENJAMIM RODRIGUES SILVA torna-se assim imperioso indicar o crime objeto de investigação, ainda que no decurso das investigações se verifique uma alteração do objeto processual, mas o que não pode ocorrer é, nas palavras do Autor, “iniciar-se uma medida tão lesiva e invasiva como forma de investigação tipo “pesca de arrasto” ou “pesca à linha”, no sentido de que “vamos lá ver se apanhamos algo!””⁸⁷.

O levantamento do segredo nas comunicações eletrónicas feito nos termos elencados levaria a trágicas violações do direito fundamental ao segredo e confidencialidade das comunicações eletrónicas, o direito à autodeterminação comunicativa, e o direito à privacidade e reserva sobre a intimidade da vida privada.

⁸⁷ Vide neste sentido, RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – À obtenção da prova (em ambiente) digital, *ob. cit.*, p. 212.

7. O encontro entre as comunicações eletrónicas e o direito penal

O nosso estudo não ficaria completo se não focássemos os pontos essenciais aqui vertidos, ainda que muito breves, numa perspetiva penal. Ora, como já tivemos oportunidade de referir, o C.P.P., tem ao nosso dispor um capítulo, o capítulo IV, dentro do título III – *Dos meios de obtenção de prova*, intitulado “*das escutas telefónicas*”. Contudo é importante salientar que nos termos do artigo 189.º o disposto no art. 187.º “*é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes*”.

Ou seja, apesar de o capítulo ter como epígrafe “*escutas telefónicas*”, por ser este o meio de prova mais utilizado, a restrição ao sigilo ou a ingerência das autoridades pode ser no âmbito de todas as comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone (comunicações eletrónicas).

BENJAMIM SILVA RODRIGUES, considera que o termo adotado no C.P.P., *escutas telefónicas*, não é uma expressão muito feliz, na medida em que “a ingerência nas comunicações telefónicas abrange diversas fases materiais, de entre as quais, a *escuta* é apenas uma delas, havendo ainda, a referir, que o acto da gravação, é o que concede, a esta forma de intervenção nas comunicações pessoais, em tempo real, uma especificidade que se repercute ao nível da sua elevada danosidade social.”⁸⁸

MANUEL COSTA ANDRADE, acerca da danosidade social das escutas telefónicas no Código de Processo Penal de Macau considera, que

“As escutas telefónicas são, na verdade, portadoras de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados. Tanto no plano objectivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjectivo (do universo de pessoas atingidas), as escutas telefónicas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável.”⁸⁹

Constituindo um meio de obtenção de prova, acresce referir que foi adquirindo uma crescente dimensão devido à instrumentalização do telefone tanto nas relações estritamente

⁸⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, *ob. cit.*, p. 75.

⁸⁹ ANDRADE, Manuel Costa, “As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova no novo código de processo penal de Macau”, in *Revista Jurídica de Macau*, Volume IV – Número 1, Janeiro, Abril de 1997, p. 77.

privadas como nas negociais de índole mercantil ou industrial, tratando-se, por outro lado, de um fenómeno crescente, progressivo e de difícil contenção.⁹⁰

Por outro lado, as restrições legais, em matéria processual penal, sofrem de carácter excecional⁹¹, na medida em que devem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade. Quer isto significar que as escutas telefónicas estão condicionadas a um determinado objeto do processo-crime, os denominados “crimes de catálogo”, na medida, em que as escutas telefónicas incidem só e apenas sobre indivíduos suspeitos da prática de crimes considerados mais graves ou de elevada complexidade cujo combate imponha a necessidade de ingerência nas respetivas comunicações.^{92 93}

Assim, nos termos do disposto no art. 187.º, n.º1, as escutas telefónicas apenas poderão ser validamente autorizadas quando se trate dos crimes ou tipo de crimes aí elencados. Esta é uma exigência que decorre do n.º2 do art. 18.º⁹⁴ da C.Rep., pois trata-se de uma forma de obtenção de prova que contende diretamente com o direito fundamental à reserva da vida privada tornando-se necessário que estejam previstas na lei todas as condições essenciais para a sua efetivação.⁹⁵

Por outro lado, o legislador está ainda obrigado a estabelecer condições objetivas da adequação das escutas telefónicas. Assim, em face dos alvos das escutas e do catálogo de crimes que admite restrições ao sigilo das comunicações eletrónicas (nos termos do contemplado no já mencionado art. 187.º do C.P.P.), é ainda necessário que a lei ordinária, na

⁹⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, *ob. cit.*, p. 76.

⁹¹ Bem se compreende esta ideia de excecionalidade da utilização das escutas telefónicas, em razão da “*danosidade social*” que acarreta por colidir com direitos constitucional e legalmente consagrados, desde o direito de sigilo das comunicações privadas (art. 34.º, n.º1 e n.º4), o direito à palavra e o direito à reserva de intimidade da vida privada (art. 26.º), quer das pessoas visadas diretamente pela escuta quer dos interlocutores dessas pessoas, *vide* neste sentido, TEIXEIRA, Carlos Adérito, “Escutas telefónicas: A mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas”, *ob. cit.*, p. 245.

⁹² Vide, neste sentido, MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 562; e LEITE, Inês Ferreira, “O novo regime das escutas telefónicas, uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, *ob. cit.*, p. 261.

⁹³ Falamos de crimes relativos ao tráfico de estupefacientes, de detenção de arma proibida e de tráfico de armas, de contrabando, de injúria, de ameaça, de coação, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone, de ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo, de evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores, e de crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo (als. a), b), c), d), e), f), g) do n.º1 do art. 187.º do C.P.P.)

⁹⁴ A exigência de uma determinada gravidade mínima do crime para que se possa recorrer a esta diligência decorre logicamente do princípio da proporcionalidade, com incidência no já mencionado art. 18.º.

⁹⁵ O legislador está assim obrigado a desenhar um catálogo de crimes para os quais admita restrições ao direito à vida privada, não podendo tal determinação ser deixada ao arbítrio da autoridade que ordena a medida restritiva.

pessoa do legislador fixe critérios aptos a justificar a ordenação da escuta telefónica no caso concreto.⁹⁶ Nos termos do supra art., que para além de fixar um catálogo de crimes que admitem escutas aos alvos das mesmas, impõe-se ainda que a ordenação da medida seja justificada pela existência de razões que levam a “crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”.⁹⁷

E ainda, nos termos do n.º 2 do art. 18.º da Lei do Cibercrime, Lei n.º 109/2009, “a interceptação e o registo de transmissões de dados informáticos só podem ser autorizados durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público.” Por outro lado, “a interceptação pode destinar-se ao registo de dados relativos ao conteúdo das comunicações ou visar apenas a recolha e registo de dados de tráfego, devendo o despacho referido no número anterior especificar o respectivo âmbito, de acordo com as necessidades concretas da investigação”, n.º 3 do art. 18.º da supra referida Lei.

Para INÊS FERREIRA LEITE quando falamos de crimes como o tráfico de estupefacientes ou de armas e de crimes praticados através do telefone, a aplicação do princípio da proporcionalidade remete-nos diretamente para uma ponderação distinta, em sentido estrito, quer isto dizer:

“que se trata de ponderar, como medida de compensação, a necessidade do recurso às escutas telefónicas, como único modo de reação estatal à complexificação e elevada organização da criminalidade e ao uso abusivo que esta faz das novas tecnologias. É, precisamente, porque o *modus operandi* dos agentes do crime é de molde a impossibilitar a obtenção de qualquer outro meio de prova – e estes se pretendem protegidos pela confidencialidade no recurso às tecnologias de comunicação, que se torna legítimo ao Estado promover a interceção de conversações ou outros meios análogos de obtenção de prova”.⁹⁸

Contudo não podemos ignorar que o respeito pelo princípio da proporcionalidade na autorização das escutas telefónicas pressupõe desde logo uma estabilização ou delimitação dos factos a investigar que, por via de regra, não se encontra presente no momento em que a polícia solicita a realização da escuta. Na verdade, como já supra referimos, a realização de

⁹⁶ Vide, neste sentido, MIRANDA, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 562; e LEITE, Inês Ferreira, “O novo regime das escutas telefónicas, uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, *ob. cit.*, p. 562.

⁹⁷ Última parte do n.º1 do art. 187.º do C.P.P.,

⁹⁸ *Ibidem idem*, p. 262.

uma escuta telefónica, no nosso ordenamento jurídico, só tem fundamento em sede de processo penal, como impõe a Constituição, máxime o n.º4 do art. 34.º.

Pressupõe-se, pois, a instauração de um inquérito, e para tanto é necessária a notícia de um crime. Significa isto que a cumprir-se escrupulosamente a previsão da lei, o campo de utilização das escutas telefónicas no nosso país se reconduz à investigação de crimes já cometidos ou, pelo menos já iniciados. Todavia os agentes que trabalham nos departamentos da investigação sabem perfeitamente qual a vocação das escutas telefónicas. A sua vocação é a recolha de informação e a sua especial aptidão joga-se na compreensão da estrutura de organizações criminosas, nas chamadas investigações estruturais. Não, a prova dos factos que integram a previsão da conduta criminosa⁹⁹.

O que temos então no nosso Ordenamento Jurídico, em matéria de escutas telefónicas, é a convicção que a vocação das escutas não reside na prova de crimes já consumados, mas sim na investigação e mesmo na prevenção de crimes que se suspeita poderem vir a ser cometidos. Isto, é precisamente o inverso das limitações que decorrem da nossa Lei Fundamental e do regime estabelecido no Código de Processo Penal.

⁹⁹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima, Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, “Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma” , in *Revista do Cej*, 1.º semestre, Número 9 (especial), 2008, p. 241.

8. O n.º4 do art. 34.º e o Tribunal Constitucional

São poucos os Acs. em que o TC se pronunciou acerca do n.º4 do art. 34.º, pelo que iremos focar apenas dois deles. O Ac. n.º 407/97, de 21 de Maio de 1997 e o Ac. n.º 403/2015, de 17 de Setembro de 2015.

8.1. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 407/97

No Ac. n.º 407/97 do TC,¹⁰⁰ de 21/05/1997, debate-se uma questão de inconstitucionalidade do anterior n.º1 do art. 188.º¹⁰¹ do C.P.P. onde está em causa saber se o art. 188.º C.P.P. será constitucionalmente legítimo, face ao artigo 34º n.º 4 da Lei Fundamental, quando os lapsos de tempo aí em causa sejam entendidos em termos quantitativamente restritivos.

Antes da alteração operada ao processo penal português, em 2007, com a Lei n.º 48/2007, de 29/08, o teor do normativo era diferente. O auto, juntamente com as fitas gravadas ou elementos análogos, tinha que ser imediatamente levado ao conhecimento do juiz que tiver ordenado ou autorizado a intercepção e gravação das comunicações.

Com a alteração ao C.P.P., esta questão deixou de ter relevância jurisprudencial, uma vez que nos termos do atual n.º4 do art. 188.º “*o Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.*”

Contudo, este Ac. foca algumas questões pertinentes para o estudo da nossa matéria.

O que a nós interessa, começa o Ac. por referir, que os artigos 187º a 190º do C.P.P., corporizam precisamente a exceção indicada no segmento final do comando constitucional do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep.

E exceção essa, que nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, consubstancia uma “*danosidade social.*”¹⁰²

Na esteira do supra Ac.:

¹⁰⁰ Disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970407.html>, acessos em 02 de junho de 2017.

¹⁰¹ “Artigo 188.º, n.º1 – “Da intercepção e gravação a que se refere o artigo anterior é lavrado auto, o qual, junto com as fitas gravadas ou elementos análogos, é imediatamente levado ao conhecimento do juiz que tiver ordenado ou autorizado as operações, com a indicação das passagens das gravações ou elementos análogos considerados relevantes para a prova.”

¹⁰² In ANDRADE, Manuel Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 1992, pp. 275, 281, 283 e 285).

“expressão desta danosidade constitui, para além do evidente atentado "ao direito à palavra" falada que consubstanciam as escutas - atentado só compreensível (aceitável) numa exigente lógica de ponderação de interesses -, a circunstância de propiciarem a frustração, de forma algo insidiosa, de direitos e privilégios de actuação processual, quando não mesmo de específicas proibições de prova, além de direitos de terceiros estranhos à investigação criminal. Pense-se, a este respeito, na confidencialidade da comunicação entre o arguido e o defensor (expressamente salvaguardada no nº 3 do artigo 187º do CPP); na tutela a determinados intervenientes numa conversação objecto de escuta; do direito ou dever de sigilo e/ou da legitimidade de recusa de depoimento; na possibilidade de se converterem "numa forma larvada de obtenção de confissões não livres" (Manuel Costa Andrade, ob.cit., p.284).”

Este Ac. foca também e bem a decisão *Olmstead v. United States*¹⁰³, relativamente ao dilema da ponderação entre o interesse da descoberta e punição dos criminosos e do respeito pelos direitos individuais, levando o Juiz Oliver Wendell Holmes, no seu voto de vencido da decisão *Olmstead v. United States* [(1928) 277 U.S. 438 (a primeira decisão do Supremo Tribunal americano que tratou da legitimidade de escutas telefónicas como prova crime)] a qualificá-los como "os dois objectos de desejo que se não podem ter ao mesmo tempo" ["the two objects of desire, both of which we cannot have" (470)], dilema que Holmes, nas circunstâncias do caso, resolvia optando pelo "mal menor" da impunidade de "alguns criminosos" face à eventualidade do Governo assumir um papel "ignóbil" ["We have to choose, and for my part I think it is a less evil that some criminals should escape than the Government should play an ignoble part" (470)].¹⁰⁴

Ora, partindo do pressuposto consubstanciado na proibição de ingerência nas comunicações eletrónicas, resultante do nº 4 do artigo 34º da Lei Fundamental, a possibilidade de existir uma tal ingerência, (sempre no quadro de uma previsão legal atinente ao processo criminal), carecerá sempre de ser compaginada com uma exigente leitura à luz do princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 18.º, nº 2 da C.Rep., garantindo que a

¹⁰³ Se é certo que nesta decisão do *Supreme Court* de 1927, foi aceite, quase ilimitadamente, a escuta telefónica sem mandato, seriam os votos de vencido dos Juízes Holmes e Louis Brandeis que marcariam fortemente a evolução jurisprudencial e legislativa, culminando em 1967 com *Katz v. United States* [389 U.S. 247 (integrando a escuta telefónica e a vigilância electrónica no conceito de busca da 4ª Emenda, sujeitando-a, assim, a mandato)] e com a adopção pelo Congresso em 1968 do *Crime Control and Safe Streets Act*, cujo Título III autoriza determinadas autoridades (em determinadas circunstâncias e relativamente a determinados crimes) a requerer a um juiz federal a emissão de mandato permitindo a intercepção de comunicações telefónicas e a captação electrónica de conversas em geral ["interception of wire or oral communications (i.e. wiretapping or electronic eavesdropping)": v. Jerold Israel/Wayne LaFave, *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*, St. Paul, Minnesota 1993, pp. 150/165; v. também, *Congressional Quarterly's, Guide to the U.S. Supreme Court*, 2ª ed., Washington D.C., 1990, pp. 545/548] -

In Ac. do Tribunal Constitucional n.º 407/97, de 21/05/1997, disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970407.html>, acessos em 02 de junho de 2017.

¹⁰⁴ Disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970407.html>, acessos em 02 de junho de 2017.

restrição do direito fundamental em causa (de qualquer direito fundamental que a escuta telefónica, na sua potencialidade danosa, possa afetar) se limite ao estritamente necessário à salvaguarda do interesse constitucional na descoberta de um concreto crime e punição do seu agente¹⁰⁵.

8.2. O Ac. do TC n.º 403/2015

Nos dias de hoje, o poder fascinante, mas ameaçador, das novas tecnologias levou a que muitas ordens jurídicas autonomizassem um direito à autodeterminação comunicativa traduzido num feixe de direitos através dos quais se pretende impedir que o Homem se transforme em *simples objeto de informações*.

A ameaça terrorista impôs, entretanto, aos Estados o estabelecimento de novas regras, conduzindo ao reforço das medidas de cariz securitário. Estas medidas constituem, muitas vezes, sérios ataques à autodeterminação comunicativa e também informativa do cidadão.

De forma trágica, a realidade ditou a necessidade de repensar o equilíbrio entre um certo “*right to be let alone*” (direito à privacidade) e o direito à liberdade e à segurança.¹⁰⁶

E é precisamente sobre estes direitos que trata o Ac. do TC n.º 403/2015¹⁰⁷, de 17 de setembro de 2015, com imensa relevância prática para a nossa pesquisa, e segundo o qual, está em causa saber se:

“os oficiais de informações do SIS e do SIED podem aceder a informação bancária, a informação fiscal¹⁰⁸, a dados de tráfego, de localização ou outros dados conexos das comunicações, necessários para identificar o assinante ou utilizador ou para encontrar e identificar a fonte, o destino, a data, a hora, a duração e o tipo de comunicação, bem como para identificar o equipamento de telecomunicações ou a sua localização, sempre que sejam necessários, adequados ou proporcionais, numa sociedade democrática, para o cumprimento das atribuições legais dos serviços de informações, mediante a autorização prévia e obrigatória da Comissão de Controlo Prévio, na sequência de pedido devidamente fundamentado¹⁰⁹.”

¹⁰⁵ Ibidem idem.

¹⁰⁶ CASTRO, Catarina Sarmiento e, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Volume II, Coimbra Editora, 2005, p. 66.

¹⁰⁷ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 12 de junho de 2017.

¹⁰⁸ Apesar de o acesso às informações fiscal e bancária constarem do normativo do n.º2 do art. 78.º, o mesmo não fez parte do pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade

¹⁰⁹ N.º2 do art. 78.º do Decreto-Lei n.º 426/XII da Assembleia da República que “Aprova o Regime Jurídico do Sistema de Informações da República Portuguesa”, revogando as Leis n.ºs 30/84, de 5 de setembro, e 9/2007, de 19 de fevereiro, e os Decretos-Leis n.os 225/85, de 4 de julho, e 254/95, de 30 de setembro, recebido na Presidência da República no dia 6 de agosto de 2015, para ser promulgado como Lei.”

Em relação à norma que foi objeto de fiscalização preventiva¹¹⁰ (o n.º 2 do art. 78.º do Decreto-Lei 426/XII - o acesso a dados de informação), o pensamento legislativo que esteve na sua base vem previsto na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 345/XII¹¹¹ nos seguintes termos:

“No contexto da recente Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, de 20 de fevereiro, e dos desafios colocados pelas novas ameaças à segurança nacional, surge como incontornável o acesso a meios operacionais consagrados pela primeira vez de modo transparente e expresso na lei positiva, indo ao encontro do padrão de garantias quer da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais quer da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Neste contexto, e em linha com a maior parte dos Estados-Membros da União Europeia, prevê-se o acesso aos metadados, isto é, o acesso a dados conservados pelas operadoras de telecomunicações, o que se rodeia de especiais regras para salvaguardar integralmente os direitos dos cidadãos, em especial o direito à privacidade. Efetivamente, admite-se, no artigo 78.º da presente proposta lei, a possibilidade de acesso a dados de base, de localização e de tráfego, eventualmente considerados «dados pessoais» para os efeitos do artigo 35.º da Constituição (CRP), mas não a «ingerência nas comunicações», prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, do domínio do processo penal (âmbito, este, vedado aos serviços de informações, indiretamente, atentos os limites que a lei impõe à atividade do SIRP, ao impedir os serviços de informações de desenvolver ações próprias dos tribunais, do Ministério Público e das polícias). O regime de acesso garante a finalidade vinculada à prevenção de fenómenos graves, como o terrorismo, a espionagem, a sabotagem e a criminalidade altamente organizada, e, mesmo nestes casos, é limitada ao estritamente adequado, necessário e proporcional numa sociedade democrática. Para o efeito, é criada uma entidade própria, a Comissão de Controlo Prévio (cfr. os artigos 35.º a 38.º), que concede a autorização prévia do acesso à informação e dados necessários, numa dada operação, segundo um exigente procedimento legal, que visa a sindicância do acesso a dados pessoais que possa por em causa a reserva da intimidade da vida privada, a efetuar por três juízes. O que se pretende é, não um acesso a conteúdos de comunicações (escritas ou de voz), por intrusão ou ingerência nas comunicações, mas o acesso autorizado a dados (de base, de localização e de tráfego), que são solicitados às entidades legitimamente responsáveis pelo seu tratamento, que os fornecem por determinação, e apenas nesse caso, daquela comissão de juízes, nos termos da presente lei, matéria que tem melhor inserção sistemática em sede do artigo 78.º (Acesso a dados e informação).”

¹¹⁰ A garantia do respeito dos direitos fundamentais constitui uma função especial do TC, assumindo especial relevo nos ordenamentos jurídico-constitucionais que conhecem instrumentos processuais específicos de proteção dos direitos fundamentais, como o espanhol e o alemão, que consagram, respetivamente, as figuras do “recurso de amparo” e da “queixa constitucional” em Espanha. Em Portugal, como não existem instrumentos específicos de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, da competência do TC, este desempenha uma importante função de defesa dos direitos fundamentais, seja através do controlo abstrato (o que foi o caso), seja através do recurso concreto de constitucionalidade das normas jurídicas. O TC aplica assim as regras e os princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, assegurando, pela via da negação da eficácia às normas infra-constitucionais que contrariem os mesmos, o seu respeito e a sua efetivação. – Vide, neste sentido, CORREIA, Fernando Alves, *Direito Constitucional – A Justiça Constitucional*, Almedina, junho 2001, p. 22.

¹¹¹ Exposição de Motivos disponível no sitio da internet <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51314c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl345-XII.doc&Inline=true>, acessos a 10 de junho de 2017.

Coloca-se assim saber, se o normativo do n.º 2 do art. 78.º é conforme o disposto na Lei Fundamental em matéria de privacidade das comunicações eletrónicas, uma vez que a norma objeto de fiscalização atribui aos oficiais de informação do SIRP o poder funcional de aceder a dados de comunicação que permitam identificar o assinante ou utilizador, a fonte, o destino, data, hora, duração e o tipo de comunicação, bem como identificar o equipamento de telecomunicações ou a sua localização.

Nos termos em que foi colocada a questão para apreciação preventiva da constitucionalidade, o TC, considerou, e acertadamente, na nossa opinião, que seriam duas as questões a que teria de dar resposta. A primeira questão a ser colocada por este órgão soberano, foi se o acesso aos dados de tráfego deveriam considerar-se uma ingerência nas telecomunicações para os efeitos previstos no n.º 4 do art. 34.º da Lei Fundamental. A segunda questão colocada foi no sentido de se saber se a autorização prévia e obrigatória da Comissão de Controlo Prévio equivale ao controlo existente em processo penal.

Iremos agora analisar o aresto do Ac., e analisar qual o pensamento que esteve subjacente à decisão tomada. Visto que foram duas as questões colocadas, iremos averiguar qual foi a resposta dada pelo TC a cada uma delas. Assim quanto aos dados de tráfego, a Exposição de Motivos que acompanhava a proposta de lei do Governo e que esteve na origem do Decreto n.º 426/XII, qualifica os dados como “*metadados*”, usualmente definidos como “dados sobre dados”, por dizerem respeito a circunstâncias das comunicações, e não ao próprio conteúdo da comunicação, i.e., o acesso a dados conservados pelas operadoras de telecomunicações.

Constituindo dados sobre dados acabam por fornecer informação sobre a localização, tempo, tipo de conteúdo, origem e destino, entre outras, dos atos comunicacionais efetuados através de telecomunicações ou por outros meios de comunicação.

Apesar da crescente evolução dos meios comunicacionais eletrónicos, a verdade é que continua a ser consensual, no seio da doutrina e da jurisprudência portuguesa, a classificação adotada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que distingue entre *dados de base*, *dados de tráfego* e *dados de conteúdo*¹¹².

Ora, como já vimos, os dados respeitantes aos próprios elementos funcionais da comunicação, que se reportam à direção, destino, via e trajeto de uma determinada mensagem, têm a denominação de “*dados de tráfego*”, por ser o conceito que o nosso Ordenamento

¹¹² Vide parecer n.º 16/94/complementar, acessível em www.dgsi.pt, e Parecer n.º 21/2000, no Diário da República, 2.ª série, de 23 de julho de 2002.

Jurídico definiu na al. d), n.º1, do art. 2.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, pelo que a denominação “*metadados*” não configura nenhuma realidade jurídica nova.

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de referir supra¹¹³, está bastante assente no Ordenamento Jurídico português, que os dados de tráfego fazem parte integrante do conceito de comunicações constitucionalmente relevante para a proibição de ingerência, i.e., o âmbito de proteção do art. 34.º, n.º 4, abrange não apenas o conteúdo das telecomunicações mas também os dados de tráfego.

Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, na Constituição Anotada, consideram que “a garantia do sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o “tráfego” como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização).”¹¹⁴

Também GERMANO MARQUES DA SILVA e FERNANDO SÁ afirmam que:

“é possível perceber que a intenção da Constituição é oferecer proteção ao tráfego de informação escrita, desenhada ou falada, entre dois ou mais destinatários definidos» e «essa proteção, especialmente nos modernos meios de comunicação, é ainda constitucionalmente garantida às circunstâncias em que se realizam as comunicações. Nesses termos, estão também protegidos os dados relativos aos meios de comunicação usados, à hora da sua utilização, à duração da sua utilização, ao local da sua utilização ou à identidade dos seus utilizadores.”¹¹⁵

É de entendimento confirmado, que a área de proteção do sigilo das comunicações consagrada no n. 4.º, do art. 34.º da C.Rep., compreende tanto o conteúdo da comunicação, como os dados de tráfego atinentes ao processo de comunicação. Na verdade, o acesso aos dados de tráfego constitui também uma ingerência gravosa na vida privada das pessoas, já que se pode aceder a informações relativas a todas as chamadas efetuadas, incluindo as chamadas para as linhas de serviço de emergência/SOS/similares, ao número de chamadas, aos números de telefone chamados, à hora de início e duração de cada chamada e às respetivas unidades de contagem.¹¹⁶

O Tribunal concluiu assim, no sentido de que a proibição de ingerência nas comunicações, constante do artigo 34.º da CRP, abrange também os dados de tráfego, pelo

¹¹³ Ponto n.º 7.1, p. 32 à 37.

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 544.

¹¹⁵ Cf. SILVA, Germano Marques da, e SÁ, Fernando, “Anotação ao art. 34.º da Constituição”, in MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 772 e 774.

¹¹⁶ Vide neste sentido, o Ac. do TC n.º 403/15.

que não seria conforme à C.Rep., o acesso autorizado a este tipo de dados pelos oficiais de informação do SIRP.

Assente que ficou esta questão, importa agora referir que o TC pronunciou-se ainda acerca de outra questão suscitada. Será que se pode considerar a autorização prévia e obrigatória da Comissão de Controlo Prévio equivalente ao controlo existente em processo penal, ou seja, será que a atividade dos oficiais de informações do SIRP, para efeitos da qual acedem, nos termos da norma em análise, a dados de tráfego, de localização ou outros dados conexos das comunicações, necessários para identificar o assinante ou utilizador ou para encontrar e identificar a fonte, o destino, data, hora, duração e o tipo de comunicação, bem como para identificar o equipamento de telecomunicações ou a sua localização, se pode considerar como atividade em matéria de processo criminal?

Ora a Constituição ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações, bem do direito à privacidade, em matéria de processo penal, ponderou e tomou posição sobre o conflito existente entre os bens jurídicos protegidos por estes direitos fundamentais, e por outros valores e direitos também consagrados na nossa Lei Fundamental, especialmente os da segurança, cuja realização se dirige o processo penal. Assim, não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal.

Uma lei que admita semelhante ingerência nos meios de comunicação fora do âmbito de um processo penal está só por si a violar a proibição constitucional constante do n.º 4 do art. 34.º, na medida em que restringe direitos, liberdades e garantias em violação do n.º 2 do art. 18.º da C.Rep., por ultrapassar o âmbito da autorização constitucional de restrição.

Quanto a nós, o mencionado Ac. refere e bem, que:

“Ao autorizar a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação apenas em matéria de processo penal, e não para quaisquer outros efeitos, a Constituição quis garantir que o acesso a esses meios, para salvaguarda dos valores da «justiça» e da «segurança», fosse efetuado através de um instrumento processual que também proteja os direitos fundamentais das pessoas. Porque a ingerência nas comunicações põe em conflito um direito fundamental com outros direitos ou valores comunitários, considerou-se que a restrição daquele direito só seria autorizada para realização dos valores da justiça, da descoberta da verdade material e restabelecimento da paz jurídica comunitária, os valores que ao processo criminal incumbe realizar.”

Urge ainda saber se o acesso aos dados de tráfego é um ato que se inclui no âmbito da investigação criminal. E o TC considerou desde logo que a resposta é negativa, uma vez que

os fins e interesses que a lei incumbe ao SIRP de prosseguir¹¹⁷, os poderes funcionais, que confere ao seu pessoal e os procedimentos de atuação e de controlo que estabelece, colocam o acesso aos dados de tráfego fora do âmbito da investigação criminal.¹¹⁸

Os serviços de informação não possuem quaisquer atribuições policiais ou de investigação criminal, ou seja, não se destinam a garantir o respeito e cumprimento das leis gerais, nem a apurar da autoria da prática de crimes, estando-lhes legalmente vedada tais atividades. Nos termos do C.P.P., também não assumem a qualidade de autoridade de polícia criminal¹¹⁹, nem são órgãos de polícia criminal¹²⁰. Existe claramente uma significativa distinção entre informações e investigação criminal, o que impede os oficiais de informação de intervirem no processo penal.

Quanto aos dados de tráfego, urge salientar que a atividade de acesso aos mesmos, levada a cabo sem conhecimento dos próprios visados:

“exige regras claras e determinadas que permitam saber até onde pode ir a ingerência, para que haja a necessária segurança jurídica no que toca às restrições possíveis aos seus direitos. De facto, onde a atividade e poderes são exercidos em segredo, maior é o risco de arbitrariedade, já que os indivíduos não têm conhecimento nem controlam a atividade de ingerência em concreto.”¹²¹

O TC espanhol afirmou já, por diversas vezes (tanto na Decisão n.º 49/99, de 05 de abril, como na Decisão n.º 184/2003, de 23 de outubro, que a ingerência nas comunicações telefónicas só pode considerar-se constitucionalmente legítima quando esteja prevista na lei com suficiente grau de precisão. E do mesmo modo, na Decisão de 24/04/2013, 1.º Senado, o TC alemão pronunciou-se em relação a uma lei que não regulava como deveriam os dados guardados nem oferecia garantia de uma efetiva supervisão, decidindo que, no âmbito da

¹¹⁷ Nos termos do n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 30/84, de 05 de setembro, com as alterações introduzidas pela lei orgânica n.º 4/2014, de 13 de agosto, “Aos serviços de informações incumbe assegurar, no respeito da Constituição e da lei, a produção de informações necessárias à preservação da segurança interna e externa, bem como à independência e interesses nacionais e à unidade e integridade do Estado.”

¹¹⁸ A remissão que o n.º 2 do art. 78.º do Decreto n.º 426/XII faz para a alínea c) do n.º 2 do art. 4.º, que descreve as atribuições do SIRP, indica a finalidade do acesso aos dados de tráfego: recolha, processamento, exploração e difusão de informações adequadas a prever a sabotagem, a espionagem, o terrorismo, a criminalidade altamente organizada de natureza transnacional e a prática de atos que possam alterar ou destruir o Estado de Direito democrático.

¹¹⁹ Nos termos da al. d) do art. 1.º do C.P.P., entende-se por autoridade de polícia criminal “os directores, oficiais, inspectores e subinspectores de polícia e todos os funcionários policiais a quem as leis respectivas reconhecerem aquela qualificação.”

¹²⁰ Nos termos da al. c) do art. 1.º do C.P.P., órgãos de polícia criminal são “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código.”

¹²¹ Vide texto do Ac., disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 14 de julho de 2017.

realização de uma base de dados partilhada entre o serviço de inteligência e vários serviços de segurança, com o objetivo de combater o terrorismo, a partilha ou transferência de informação estava sujeita a requisitos constitucionais muito exigentes dos quais se destacava a sua detalhada configuração legal.

E para o TC português foi perentório que o normativo do n.º 2 do art. 78.º do Decreto n.º 426/XII não satisfaz as exigências de determinabilidade que são exigidas no processo penal em matéria de ingerência nas telecomunicações. E isto, porque este normativo estabelece que o acesso aos dados de tráfego de comunicações tem lugar nos casos previstos na al. c) do n.º 2 do art. 4.º, que respeitam à prevenção de sabotagem, espionagem, terrorismo e sua proliferação, a criminalidade altamente organizada de natureza transnacional e a prática de atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de Direito Democrático constitucionalmente estabelecido. Ora o que se entende por atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de Direito Democrático constitucionalmente estabelecido? Esta última parte da norma de determinabilidade não tem nada, pois este normativo em nada concretiza de forma suficientemente precisa os casos em que a ingerência possa ter lugar. Este normativo poderia dar azo sim a um acesso arbitrário aos dados de tráfego das comunicações.

Por outro lado, o legislador pretendeu ultrapassar a inobservância do requisito constitucional, com a institucionalização de um controlo prévio de que se faz depender a recolha e análise de todos os dados sensíveis, em que a autorização compete a uma Comissão composta por três juízes (nos termos previstos nos arts. 35.^{o122} e 36.^{o123} do Decreto). Contudo, esta solução de criar condições equiparáveis materialmente àquele requisito do contexto do processo criminal (já que no plano formal, o requisito nunca estará assim cumprido) não assegura a mesma garantia, decorrente da exigência constitucional de um processo penal que a intervenção judicial confere.¹²⁴

¹²² Art. 35.º do Decreto n.º 426/XII – “A Comissão de Controlo Prévio é composta por três magistrados judiciais, designados pelo Conselho Superior da Magistratura, de entre juízes conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, com pelo menos três anos de serviço nessa qualidade.”

¹²³ Art. 36.º do Decreto n.º 426/XII – 1 – “A Comissão de Controlo Prévio é a entidade competente para a concessão de autorização prévia de acesso à informação e aos dados previstos no n.º 2 do artigo 78.º”; 2 – “O pedido para a concessão de autorização prévia prevista no número anterior é decidido ponderando a relevância dos seus fundamentos e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos.”; 3 – “A Comissão de Controlo Prévio elabora anualmente um relatório de atividades, que remete à comissão parlamentar competente para os assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias e ao Conselho de Fiscalização do SIRP.”

¹²⁴ Vide neste sentido, o Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados acerca da Proposta de Lei n.º 345/XII, que deu origem ao Decreto n.º 426/XII.

Assim, não se afigura que um órgão administrativo, como o é a Comissão de Controlo Prévio (independentemente da natureza estatutária dos seus membros), se possa equiparar a um órgão judicial para assim se ter preenchido o requisito constitucional previsto na última parte do n.º 4 do art. 34.º: em “processo penal”.

Acresce, por fim, que a norma do n.º 2 do artigo 78.º, no contexto jurídico-sistemático em que está inserida, não torna claro e explícito todo o procedimento de acesso, a duração do acesso e a eliminação dos dados de tráfego recolhidos.

De facto, daquela norma, nem de qualquer outra do Decreto, resulta como é feito o acesso aos dados. Mais uma vez se impõe o contraponto com a Lei n.º 32/2008, que determina, no n.º 3 do artigo 7.º, como é feita a transmissão de dados por parte das operadoras no contexto do processo penal. O acesso:

“processa-se mediante comunicação eletrónica, nos termos das condições técnicas e de segurança fixadas em portaria conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da administração interna, da justiça e das comunicações, que devem observar um grau de codificação e proteção o mais elevado possível, de acordo com o estado da técnica ao momento da transmissão, incluindo métodos de codificação, encriptação ou outros adequados”.

Ora, o Decreto n.º 426/XII nada menciona no que toca à forma de comunicação dos dados, nem remete esta matéria para qualquer outra regulamentação.

Posto isto, reconheceu o TC que a ingerência nos dados de comunicação, nos termos do n.º 2 do art. 78.º do Decreto n.º 426/XII, não dá garantias e faculdades de proteção de alcance assimilável àquelas que conformam constitucionalmente o processo criminal. Assim, as razões que justificaram a exceção expressamente mencionada no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que se prendiam, precisamente, com as específicas garantias existentes em processo criminal, não se verificam no presente caso.

Assim, a segunda questão que foi colocada neste processo é seguramente negativa, pois a Comissão Prévia de Controlo é um órgão administrativo que não tem poderes equivalentes a uma intervenção em processo criminal.

Concluindo, o TC pronunciou-se pela **inconstitucionalidade** da norma do n.º 2 do art. 78.º do Decreto n.º 426/XII da Assembleia da República.

Contudo, esta não foi uma decisão unânime como resulta das posições assumidas nas duas Declarações de Voto constantes do Ac., mesmo que proferidas segundo graus e interpretações diferentes. Dos sete Juízes Conselheiros, um votou vencido (Teles Pereira) e outro votou a decisão, não subscrevendo, no entanto, os fundamentos que a sustentaram e que foram sufragados pela maioria (Maria Lúcia Amaral).

A Juiz Conselheira Maria Lúcia Amaral, na sua declaração entendeu que o TC partiu de uma interpretação literal do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., particularmente do seu inciso final, uma vez que o TC considerou que os SIR se situam claramente fora do âmbito do poder judicial e que atuam por outros meios que não os próprios de um processo que corra em juízo, não podendo, em caso algum, intercetar os chamados dados de tráfego.

A Juiz Conselheira dissentiu assim da interpretação dos seus pares, pois segundo a declaração de voto da mesma:

“Impedir a extensão por razões meramente textuais, ultrapassáveis pelo acrescento de algumas palavras à parte final do n.º 4 do artigo 34.º feito em processo de revisão constitucional, não me parece convincente: creio que os caminhos de uma hermenêutica constitucional adequada não passam pelo método estrito de uma «textualidade» como esta, que ergue em objeto de «interpretação» preceitos [e incisos desses preceitos] isoladamente tomados, sem consideração pelo lugar que ocupam no sistema axiológico da Constituição. Impedir a extensão por razões valorativas - que, por isso mesmo, permaneceriam para além de uma decisão parlamentar tomada pela maioria qualificada a que se refere o n.º 1 do artigo 286.º da CRP - implicaria demonstrar que só a função jurisdicional do Estado estaria apta para resolver em concreto o conflito entre a liberdade e a segurança que a necessidade de interceção de dados de tráfego das telecomunicações implica. Ora, a meu ver, essa demonstração não pode ser feita. Não vejo como possa retirar-se do sistema constitucional, no seu conjunto tomado, a proibição da existência de meios administrativos de defesa da Constituição, destinados a garantir a convivência adequada entre liberdade individual e segurança coletiva [e também individual], e por isso mesmo, capazes de ser abrangidos pela autorização constitucional constante da parte final do n.º 4 do artigo 34.º da CRP.”

Contudo, Maria Lúcia Amaral votou pela inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 78.º do Decreto n.º 426/XIII, pois considera que a interceção por parte das autoridades públicas, dos dados de tráfego das telecomunicações, constitui por si mesma uma restrição grave do direito fundamental que o art. 34.º da C.Rep., consagra, com repercussões várias na limitação de outras facetas da liberdade individual, constitucionalmente consagradas. O Estado, enquanto garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos encontra-se obrigado a impedir a agressão de uma interceção por parte de terceiros, pelo que, para a Juiz Conselheira, mal se compreenderia que, no que toca ao acesso dos seus próprios órgãos e agentes a esses mesmos dados, este não se munisse de um sistema de regulação tão ou mais exigente do que aquele que é aplicado nas relações entre privados. Assim:

“A regulação, por lei, dos Serviços de Informações da República, a incluir no sistema de competências desses mesmos serviços a possibilidade de interceção dos dados de tráfego de telecomunicações, teria assim de, pelo menos, tornar tão claras e precisas quanto possível as circunstâncias em que o acesso a esses dados seria legítimo, de modo a não deixar à administração a liberdade de ponderar - sem quaisquer limites legais - da necessidade da interceção. Esta é uma exigência que decorre, desde logo da primeira frase do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, uma vez ser a reserva de lei, que aí se consagra, não apenas formal mas também material. A

intervenção agressiva da administração na esfera da liberdade dos privados não pode deixar de ser balizada por certos critérios a definir por lei, de modo a que seja a lei a distinguir, com um mínimo de precisão, a intervenção administrativa legítima da ilegítima.

Desde logo, e como se diz no Acórdão, a norma impugnada não definia com a precisão necessária os limites da intervenção administrativa na liberdade individual. A exigência de reserva de lei, na sua dimensão material, não se encontrava portanto (em meu entendimento) neste caso cumprida.“

Concluindo, para a juiz conselheira Maria Lúcia Amaral, a norma impugnada (o n.º 2 do art. 78.º), e que atribuía, precisamente, a agentes dos Serviços de Informações da República a competência para a interceção dos dados de tráfego das telecomunicações, não cumpria estas exigências, que decorrem do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

O único Juiz Conselheiro que votou vencido o Ac. n.º 403/2015 (Teles Pereira), considera a atividade dos Serviços de Informações, elemento central da discussão em torno da referenciação, no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, do processo criminal, como espaço de tolerabilidade da ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações. Para aquele, a atividade dos Serviços de Informações, no plano constitucional deverá ser articulada com o plano dos valores substanciais intuídos no trecho final desse n.º 4. Com efeito, a existência dessa articulação propiciará um modelo interpretativo apto a sustentar (interpretativamente), que a referência ao processo criminal não afasta, em termos absolutos, da lógica de viabilização de uma ingerência reportada aos dados de tráfego, a atividade dos serviços de informações.

Contrariamente aos seus pares, Teles Pereira, é da opinião de que os dados de tráfego, previstos no n.º 2 do artigo 78.º do Decreto n.º 426/XII, além da dimensão individualizada destes, estão sempre sujeitos a um controlo prévio condicionante assente em pressupostos de base restritiva, na medida em que a ulterior conservação pelos Serviços de Informações dos dados cumulativamente gerados pelos acessos autorizados no passado, serão sempre controlados pela Comissão de Fiscalização de Dados do SIRP (o órgão de fiscalização externo com origem na Magistratura do Ministério Público, prevista nos artigos 29.º a 34.º do Decreto n.º 426/XII), com a efetiva possibilidade de cancelamento do que seja indevidamente conservado ou incluído nos centros de dados dos dois Serviços. Existe, pois, na lógica de funcionamento do sistema - na lógica de funcionamento do SIRP - uma salvaguarda de controlo externo das potencialidades desvaliosas da concentração de grandes massas de informação referida a pessoas.

Depois, parte para uma clara diferenciação entre dados de tráfego e dados de conteúdo, pois para aquele, a C.Rep., aproxima-os no sentido de ambos encontrarem

acolhimento no n.º 4 do art. 34.º, não significando contudo que a Lei Fundamental lhes imponha, necessariamente, um tratamento rigorosamente idêntico. Assim é diversa a afetação da reserva da intimidade da vida privada na recolha ou interceção de dados de base, de dados de tráfego ou de dados de conteúdo. Nesta classificação/enumeração sequencial esconde-se uma inegável progressão de intensidade.

Quanto a este ponto do aresto, continua o juiz conselheiro:

“A principal razão pela qual terá de ser diferente o tratamento final a conceder aos dados de tráfego, face aos dados de conteúdo, é fácil de compreender: sabendo que as restrições legais permitidas pelo artigo 34.º da CRP estão sempre sujeitas ao princípio da proporcionalidade (neste sentido, cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., t. i, p. 774), é por demais evidente que qualquer ponderação de proporcionalidade tem, necessariamente, de considerar, em um dos pratos da balança, a intensidade da lesão, e que, consequentemente, quanto menor a lesão, maior é o leque de atividades que podem ser consideradas legitimadas pela aferição de proporcionalidade.”

Depois, por outro lado, considera que o SIRP tem como finalidade assegurar, através dos dois Serviços de Informações que o integram, no estreito respeito da Constituição e da lei, a produção de informações necessárias à salvaguarda da segurança interna e externa, da independência e interesses nacionais e da unidade e integridade do Estado (artigo 2.º do Decreto n.º 426/XII) e se desenvolve atividades de recolha, processamento, exploração e difusão de informações necessárias à salvaguarda da independência nacional, dos interesses nacionais e da segurança interna e externa do Estado Português, informações que contribuam para garantir as condições de segurança dos cidadãos, bem como o pleno funcionamento das instituições democráticas, no respeito pela legalidade, informações adequadas a prevenir a sabotagem, a espionagem, o terrorismo, e sua proliferação, a criminalidade altamente organizada de natureza transnacional e a prática de atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de Direito democrático constitucionalmente estabelecido (artigo 44.º, n.º 2, do Decreto n.º 426/XII), sendo isto assim, dizíamos, forçoso é concluir, desde logo, que se posiciona, a atividade de produção de informações, no âmbito da tutela preventiva de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, no sentido de referenciáveis a ele, bens estes instrumentalmente servidos pelo direito processual penal. Nestes termos, entende o juiz conselheiro que o que existe é uma relação de complementaridade, são conexões, não uma identidade, tanto mais que ao pessoal do SIRP é vedado exercer poderes, praticar atos ou desenvolver atividades do âmbito ou da competência específica dos tribunais, do Ministério Público ou das entidades com funções policiais (artigo 5.º, n.º 2, do Decreto n.º 426/XII).

Assim, às questões que o TC procurou responder no aresto, o juiz conselheiro Teles Pereira respondeu diversamente, considerando que o acesso aos dados de tráfego pelos oficiais de informações do SIRP, nos termos do artigo 78.º, n.º 2, do Decreto n.º 426/XII, constitui uma ingerência nas telecomunicações, sendo esta, todavia, permitida pela norma do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, interpretada, através de uma redução teleológica, por forma a incluir a atividade dos Serviços de Informações, ao lado da atividade de investigação criminal, na exceção à proibição de princípio ali consagrada. Quanto à segunda questão colocada: “pode considerar-se que a autorização prévia e obrigatória da Comissão de Controlo Prévio equivale ao controlo existente no processo criminal?”, o juiz conselheiro entende que a referida autorização da Comissão de Controlo Prévio representa um mecanismo de controlo concreto da necessidade, adequação e proporcionalidade da interceção de dados, que a Constituição impõe, e assume, no particular contexto da atuação do SIRP, um papel equivalente, por proximidade axiológica, ao do juiz no processo penal, o qual, nos concretos termos constantes do Decreto n.º 426/XII, entendeu não contrariar as exigências da Lei Fundamental. Entendeu assim o Conselheiro Teles Pereira, que, existe uma relação de complementaridade entre a atividade dos Serviços de Informações e o processo penal.

A título de curiosidade, relativamente à Proposta de Lei n.º 345/XII, decidimos averiguar acerca dos pareceres¹²⁵ emitidos pelas entidades competentes para o efeito, sendo que a CNPD¹²⁶ pronunciou-se deste modo:

“Em síntese, a opção legal de previsão de forma aberta, pouco precisa, da possibilidade de acesso (sem controlo prévio ou com um reduzido controlo) a uma massa imensa de dados pessoais sensíveis relativos a quaisquer pessoas (porventura, todos os cidadãos portugueses ou todos os que se encontrem em território nacional), sem que exista qualquer tipo de indício da prática ou ligação às atividades criminosas e atentatórias da segurança nacional que se visa prevenir, com o risco evidente de uso abusivo dos dados, viola o disposto no n.º 2 do artigo 18.º e no n.º 1 e n.º 2 do artigo 26.º, n.º 1 do artigo 27.º, n.º 4 do artigo 34.º e n.º 4 do artigo 35.º da CRP, e no artigo 8.º, n.ºs 1 e 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A simples menção de que o acesso e análise dos dados será feita segundo o princípio

¹²⁵ Pareceres disponíveis no sitio da internet <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, - Assembleia da República – Atividade Parlamentar e Processo Legislativo, acessos a 20 de agosto de 2017.

¹²⁶ Como indica a página da CNPD na internet, esta trata-se de uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República. As suas atribuições genéricas são controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades e garantias consagradas na C.Rep., e na lei, cooperando com as autoridades de controlo de proteção de dados de outros Estados, nomeadamente na defesa e no exercício dos direitos de pessoas residentes no estrangeiro.

da proporcionalidade é insuficiente, por não ser acompanhada da previsão de garantias efetivas para a sua concretização.”¹²⁷

Por sua vez, o Conselho Superior da Magistratura, no seu parecer relativamente à Proposta de Lei n.º 345/XII, considerou que:

“(…) a proposta de lei em apreço proporciona que a actividade dos serviços do SIRP possa ter efectivo lugar nas áreas de investigação criminal, em plena concorrência, desde logo, com a actividade policial, em contradição com o princípio de limitação de actividade que é reconhecido no artigo 4.º da mesma, tornando incongruentes as soluções normativas gizadas. Por outro lado, parece-nos que a proposta de lei em apreço se mostra violadora do texto constitucional, na medida em que possibilita o acesso por parte dos serviços do SIRP a informações, mediante a ingerência sobre os bens jurídicos protegidos pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição da República, para além dos termos consignados em sede de processo criminal e à margem deste.”¹²⁸

E segundo o parecer da Procuradoria-Geral da República:

“A atividade do Sistema de Informações da República Portuguesa insere-se no âmbito da segurança interna e externa, visando exclusivamente a produção de informações para a assegurar, bem como à independência e interesses nacionais e à unidade e integridade do Estado (artigo 2.º da proposta). Encontra-se assim excluída do processo criminal, cuja titularidade é atribuída às autoridades judiciais competentes, a saber, o Ministério Público, o Juiz de Instrução e o Juiz de Julgamento (al. b) do artigo 1.º do Código de Processo Penal). Nestes termos entendemos que a norma proposta, na parte em que abrange o acesso a dados de tráfego, de localização ou outros dados conexos das comunicações, necessários para identificar o assinante ou utilizador ou para encontrar e identificar a fonte, o destino, data hora, duração e o tipo de comunicação é inconstitucional por violação do disposto no artigo 34.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa. Em consequência, qualquer regulamentação como a proposta depende de prévia revisão constitucional onde se mencione a possibilidade de ingerência nas comunicações para as finalidades constantes desta proposta de lei.”¹²⁹

Assim, a extensão e intensidade do tratamento de dados que revelam aspetos da vida privada, implica o reconhecimento da possibilidade de uma agressão tal aos pilares do Estado de Direito e de uma sociedade democrática.

¹²⁷ Parecer da CNPD, disponível no sitio da internet <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, pp. 16 e 17, acessos a 20 de agosto de 2017.

¹²⁸ Parecer do Conselho Superior da Magistratura, disponível no sitio da internet <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, pp. 25 e 26, acessos a 20 de agosto de 2017.

¹²⁹ Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre: A. Proposta de lei n.º 345/XII, que aprova o regime do Sistema de Informações da República Portuguesa, disponível no sitio da internet <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, p. 8, acessos a 20 de agosto de 2017.

9. Direito da reserva sobre a intimidade da vida privada

A formação e o desenvolvimento dos aglomerados urbanos trouxe consigo a necessidade de respeito pela vida privada, problema que se foi tornando mais presente na estreita medida em que as grandes cidades se foram desenvolvendo e evoluindo.

No século XIX, e ainda em grande parte do século XX, o sentimento da falta de privacidade não se fazia sentir ou não era consciencializado de forma premente.

Serão as inovações na forma de comunicar que hão-de vir emprestar premência ao desejo de privacidade.

Em 1890, nos Estados Unidos, o uso de imagens fotográficas pela imprensa escrita, levou *Samuel Warren* e *Louis Brandeis*, a identificar pela primeira vez um novo direito, expressivamente identificado pela doutrina americana como o “*right to be let alone*”.¹³⁰

O “*right to be let alone*” ou o “*right do privacy*” surgem como o coroamento de uma oposição que é fundamental nos EUA entre vida pública e vida privada. Os dois Autores defenderam assim a autonomização da proteção de refrações da personalidade humana que consideraram não poder ser protegidas pela invocação da violação de um direito de propriedade privada, da confidencialidade, da confiança, da honra, ou de uma qualquer obrigação de tipo contratual.¹³¹

Este “*right to privacy*”, que seria um “*right against the world*” não era ainda referido ao uso das novas tecnologias de informação, nem ameaçado como nos dias de hoje, por sofisticados meios de comunicação. Foi entendido numa aceção abrangente, enquanto direito geral de personalidade, precisamente com o objetivo de promover a proteção de dimensões variadas de personalidade humana, até então desprovidas de garantias, que deveriam ser protegidas da dita “curiosidade popular”.¹³²

Contudo o caminho para chegar ao reconhecimento do direito à reserva da vida privada como um direito fundamental não foi fácil.

A privacidade estendeu-se à civilização ocidental, ocupando um lugar cimeiro e desdobrando-se em múltiplas restrições e proibições. E há explicação para que assim tenha

¹³⁰ CASTRO, Catarina Sarmento, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro”, *ob. cit.*, 2003, p. 66; e CASTRO, Catarina Sarmento, “Privacidade e utilização da informática” in *Direito da Informática – Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Fev. 2005, p. 17.

¹³¹ *Ibidem idem.*

¹³² *Ibidem idem.*

acontecido. A sociedade que nos rodeia é uma sociedade tecnologicamente avançada. O Homem, no seio dela, é um mónada vulnerável, pois as possibilidades de intromissão na vida de cada pessoa são hoje inúmeras e ameaçadoras.¹³³

A ordem jurídica portuguesa, não foi exceção, e a consagração da tutela geral da personalidade¹³⁴ remonta ao Código de Seabra, pelo que os direitos de personalidade constituem “direitos originários”¹³⁵ da Ordem Jurídica portuguesa, adquirindo hoje especial relevo no Código Civil de 1966, sob a forma de vários direitos absolutos, dispostos no texto legislativo do artigo 70.º, no qual se estabelece que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça à sua personalidade física ou moral”.

Os direitos de personalidade incidem assim sobre a vida das pessoas, sobre a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. Este conjunto de direitos previstos no art. 70.º do C.Civ., constitui um círculo de direitos necessários, i.e., um conteúdo mínimo e imprescindível na esfera jurídica de cada pessoa.¹³⁶

Ora este art. consagra na íntegra a ideia de que a todo o ser humano deve ser reconhecido o valor de pessoa, na medida em que, a personalidade do Homem, a sua dignidade de pessoa constitui um imperativo de respeito perante si e perante os seus pares.¹³⁷

Para PAULO MOTA PINTO, “a pessoa humana deve ser o centro das preocupações dos juristas, e o apelo que a estes é dirigido para a sua tutela jurídica emana do mais fundo substrato axiológico que constitui o Direito como tal.”¹³⁸

¹³³ ASCENSÃO, José Oliveira, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, *ob. cit.*, p. 5.

Com a informática e com o uso constante de aparelhos tecnológicos a vulnerabilidade do Homem passou a ser extrema, porque pelo cruzamento de dados passou a ser possível reconstituir com prática certeza a vida de cada um. Nomeadamente, passou a ser possível que o Estado descubra sempre algo que possa destruir a verdade de outrem.

¹³⁴ Como refere Mota Pinto, o direito geral de personalidade “permite conceder tutela a bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam significado ilícito”, in PINTO, Carlos Alberto Mota, *ob. cit.*, p. 208.

¹³⁵ Eram “direitos originários” o direito de existência, o direito de liberdade, o direito de associação, o direito de apropriação e o direito de defesa (arts. 359.º e segs. Do Código de 1867). Atualmente, para além da tutela geral da personalidade (art. 70.º do atual Código Civil) preveem-se a proteção contra a ofensa a pessoas já falecidas (art. 71.º), o direito ao nome e ao pseudónimo (arts. 72.º e 74.º), a reserva do conteúdo de cartas-missivas e outros escritos confidenciais (arts. 75.º, 76.º, 77.º), o direito à imagem (art. 79.º) e a reserva sobre a intimidade da vida privada (art. 80.º) - in MIRANDA Jorge, “Manual de Direito Constitucional” – Direitos Fundamentais, Tomo IV, *ob. cit.*, p. 74.

¹³⁶ Neste sentido, vide, PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.º Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Maio de 2005, p. 101.

¹³⁷ Vide PINTO, Paulo Mota, “O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Estudos no Cursos de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXIX, Universidade de Coimbra, 1993, p. 480.

Constituindo direitos essenciais numa Ordem Jurídica, os direitos de personalidade distinguem-se também pela característica da generalidade, quer isto dizer, que todos os seres humanos são titulares dos direitos de personalidade, não estando esta titularidade ligada a um grupo, classe ou categoria específica de Homens. Por outro lado, como direitos absolutos que são, porque se lhes não contrapõe um dever jurídico de pessoas determinadas, mas antes uma obrigação universal, são direitos pessoais por serem direitos inerentes à pessoa do seu titular, e portanto, não são transmissíveis *inter vivos* ou *mortis causa*.¹³⁹

Pela essencialidade que os caracteriza, os direitos de personalidade são também considerados direitos fundamentais. Assim, para além de adquirirem relevância privatística, adquirem também imediata relevância constitucional, seja a título geral, seja a título especial, pelo que surgem na Constituição na primeira revisão em 1982, com o Decreto-Lei n.º 1/82 de 30/09, nomeadamente no n.º1 do art. 26.º que dispunha “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.”¹⁴⁰, sendo que nos dias de hoje o texto legislativo do art. 26.º dispõe que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

Não é por acaso que este preceito constitucional surge imediatamente a seguir aos direitos à vida (art. 24.º) e ao direito à integridade pessoal (art. 25.º), e que a sua epígrafe “outros direitos pessoais”, quererá dizer que para além da vida e da integridade pessoal, os direitos previstos no art. 26.º são integrantes da mesma categoria específica.¹⁴¹

Daí que, para GOMES CANOTILHO, alguns destes direitos de personalidade, também gozem de proteção penal, e que constituam igualmente limite de outros direitos

¹³⁸ Ibidem idem.

¹³⁹ Ibidem idem, p. 482.

¹⁴⁰ “Para lá do postulado primordial do respeito da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Constituição), com tudo quanto implica, eles dir-se-iam corresponder aos direitos como o direito à vida (arts. 24.º e 33.º, n.º4); o direito à integridade pessoal (art. 25.º); ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º1); o direito à liberdade e à segurança (art. 27.º); certas garantias relativas à informática (art. 35.º); o direito de resposta (art. 37.º), a liberdade de consciência, de religião, e de culto (art. 41.º), a liberdade de criação cultural (art. 42.º), a liberdade de aprender e ensinar (art. 43.º), a liberdade de escolha de profissão (art. 47.º, n.º1), o direito ao trabalho (art. 58.º), o direito à cultura física e ao desporto (art. 79.º), in MIRANDA Jorge, “Manual de Direito Constitucional” *ob. cit.*, p. 76.

¹⁴¹ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes, “Constituição da República Portuguesa”, *ob. cit.*, p. 461.

fundamentais, que com eles possam conflitar, como são exemplo, o *direito à reserva da intimidade da vida privada* e o *direito à segurança*.¹⁴²

Apesar da consagração deste direito geral da personalidade¹⁴³, ao contrário da doutrina e jurisprudência alemã e americana, a doutrina portuguesa autonomizou um direito especial de personalidade, o direito à defesa da intimidade da vida privada, alcançando deste modo o patamar que se lhe deve atribuir.¹⁴⁴ E neste ponto, para JORGE MIRANDA, não se confunde com o direito à *privacy* anglo-saxónica, que tem assumido contornos mais amplos, surgindo como expressão paradigmática de todos os direitos pessoais¹⁴⁵.

Apesar da dificuldade em definir o conceito de privacidade, por se traduzir necessariamente num conceito indeterminado, iremos aqui apresentar alguns conceitos conseguidos por vários Autores.

Antes de mais, nas palavras de PAULO MOTA PINTO¹⁴⁶, teremos que partir da distinção do interesse aqui em causa, pois infelizmente alguns outros interesses foram colocados sob a alçada de proteção da dita *privacy*. Assim, queremos deixar logo claro, que quando aqui falamos de privacidade, falamos necessariamente de informação (em sentido *lato*). Significa isto que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada não deve ser confundido, nem com o direito à proteção da vida privada, incluindo tanto a liberdade como o segredo da vida privada, nem com o direito à *privacy* reconhecido no direito norte-americano com uma amplitude que o aproxima do direito geral de personalidade.”¹⁴⁷ Assim, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tem apenas por objeto o controlo de informação sobre a vida privada.

Com isto, excluímos desde logo do conceito de privacidade os “interesses que têm a ver com a liberdade de conduzir a própria vida (liberdade da vida privada), a reputação e o

¹⁴² Ibidem idem.

¹⁴³ Contudo, não se pense que a simples consagração de um direito geral de personalidade no art. 70.º do Código Civil pode resolver de uma vez só os problemas que muitas vezes se colocam, uma vez que, a proteção de uma pessoa pode contender com o livre desenvolvimento (e a personalidade) de outra. In PINTO, Paulo Mota, “O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *ob. cit.*, p. 496.

¹⁴⁴ Para além do direito à defesa da intimidade da vida privada, outros direitos são reconhecidos na doutrina e na jurisprudência, como direitos especiais de personalidade. Assim, temos o direito à vida (o direito de maior valor, já que sem ele os outros perdem o seu sentido), o direito à integridade física, o direito a partes destacáveis do corpo humano, o direito à saúde, o direito à liberdade física e moral, o direito à honra, o direito ao nome, o direito à identidade pessoal, o direito moral de autor, o direito à imagem.

¹⁴⁵ Neste sentido vide MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p. 619.

¹⁴⁶ PINTO, Paulo Mota, “O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *ob. cit.*, pp. 505 e 506.

¹⁴⁷ In PINTO Paulo Mota, “Autodeterminação informativa sobre a vida privada”, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Volume 2, Coimbra Editora, Novembro de 2001, p. 529.

bom nome pessoais, e a livre fruição (económica ou não) de atributos pessoais como o nome ou a identidade pessoal.”¹⁴⁸

Assim, para o referido Autor a privacidade é determinada através da subtração na sua esfera pessoal de atenção dos outros, do acesso a si próprio, do impedimento à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação pessoal¹⁴⁹.

Do ponto de vista do indivíduo, a privacidade tem uma grande importância, pois cria aquela célula única que nos caracteriza e distingue dos demais, criando o contexto necessário para as atividades e relacionamentos essenciais ao Homem, tanto para o desenvolvimento da sua individualidade e de relações humanas de confiança pessoal, promove a liberdade de ação e autonomia, e para o que aqui nos interessa, permite (termos genéricos) criar comunicações limitadas e protegidas. A exigência de privacidade é algo inato ao Homem, e busca a sua essência na dignidade da pessoa humana.

Para ORLANDO DE CARVALHO, o direito à intimidade da vida privada,¹⁵⁰ direito especial de personalidade, faz parte do direito à inviolabilidade pessoal, juntamente com direitos relativos à projeção física da personalidade (v.g. o direito à imagem e à palavra), e com direitos referentes à projeção moral da personalidade (direito à honra), sendo, mais concretamente, um direito relativo à projeção vital da personalidade. É neste direito de projeção vital da personalidade que o Autor inclui o direito ao caráter, o direito à história pessoal, o direito à verdade profunda e o direito à intimidade da vida privada. Neste sentido, o direito à intimidade da vida privada constitui um direito sobre informação.¹⁵¹

Teremos, nesta fase de fazer uma breve distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, pois ainda que incidam sobre o mesmo objeto (imagem, nome, intimidade da vida privada), os direitos previstos no art. 26.º da Constituição são direitos fundamentais e não direitos de personalidade.

O que se entende então por direitos de personalidade? Numa plano substantivo, pelo simples ato do nascimento com vida, o Homem adquire um conjunto de direitos de personalidade que se traduzem em posições jurídicas fundamentais de cada ser humano, isto

¹⁴⁸ Ibidem, idem, p. 506.

¹⁴⁹ Quando falamos de privacidade, existe sempre um outro lado da moeda, um reverso, i.e., do outro lado, temos “fundamentalmente o interesse em conhecer e em divulgar a informação conhecida, além do mais raro interesse em ter acesso ou controlar os movimentos do indivíduo – interesses esses que ganharão maior peso se forem também interesses públicos.” Vide PINTO, Paulo Mota, “O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Estudos no Cursos de Mestrado, *ob. cit.*, p. 508.

¹⁵⁰ Não se confunde um direito geral de personalidade.

¹⁵¹ Vide, neste sentido, CASTRO, Catarina Sarmiento, “Privacidade e utilização da informática”, *ob. cit.*, p. 23.

é, são direitos absolutos que incidem sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua existência enquanto Homem. Referimo-nos aos direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, sobre a sua integridade física, a sua honra, a sua saúde, a sua condição física e psicológica, o seu nome, a sua imagem e sobre a reserva sobre a intimidade da sua vida privada.¹⁵²

Num plano formal, os direitos de personalidade estão previstos no Código Civil, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição, daí que os direitos de personalidade pertençam ao domínio do Direito civil e os direitos fundamentais ao do Direito constitucional. Os direitos de personalidade, por pressuporem relações de igualdade, não têm uma projeção especial face ao Estado, possuindo uma incidência privatística, ao passo que os direitos fundamentais pressupõem sempre um relacionamento direto e uma especial vinculação do Estado, tendo por isso, uma dominante incidência publicística.¹⁵³

Por outro lado, existem muitos direitos fundamentais que não têm relação direta com direitos de personalidade, como o caso dos direitos políticos, dos direitos dos trabalhadores ou dos direitos processuais consagrados na Constituição.¹⁵⁴

Ora o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tanto constitui um direito de personalidade, como um direito fundamental, contudo a privacidade é tutelada antes de mais a nível constitucional.

Como já tivemos oportunidade de analisar, a C.Rep., consagra o direito das pessoas à “reserva da intimidade da vida privada e familiar”, no art. 26.º, n.º 1, preceituando o n.º 2 que “a lei estabelecerá garantias contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. Com a previsão deste n.º 2, a Constituição incumbe a lei de garantir efetiva proteção ao direito em estudo, compreendendo-se essa preocupação suplementar face aos meios que as novas técnicas põem à disposição da devassa da vida privada.

Nestes termos, para GOMES CANOTILHO o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar desdobra-se em dois direitos menores, que são o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar, e o direito a que ninguém

¹⁵² PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Teoria Geral do Direito Civil”, *ob. cit.*, p. 101.

¹⁵³ Neste sentido vide MIRANDA Jorge, “Manual de Direito Constitucional” – Direitos Fundamentais, Tomo IV, *ob. cit.*, p. 76; e ALEXANDRINO, José de Melo, “Direitos Fundamentais”, *ob. cit.*, p. 9; e MIRANDA Jorge “Manual de Direito Constitucional” – Direitos Fundamentais, Tomo IV, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁵⁴ *Ibidem idem.*

divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem, nos termos do art. 80.º do C.Civ.¹⁵⁵

O referido Autor considera ainda que o critério constitucional deste direito deve partir primordialmente dos conceitos de “privacidade” e “dignidade humana”, de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. Para o referido Autor:

“o princípio da reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se, assim, como base num conceito de “vida privada” que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspetos: (1) o respeito pelos comportamentos; (2) o respeito pelo anonimato; (3) o respeito da vida em relação.”¹⁵⁶

Ora, cabe-nos agora referir que o TC formulou pela primeira vez, uma definição do conceito ou conteúdo do direito à reserva da vida privada no Ac. n.º 128/92. Para o referido órgão de soberania, este direito abrange “a vida pessoal ou familiar (...) e bem assim, os meios de expressão e de comunicações privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.”

Ora deste modo, considerou e bem o TC, que as comunicações privadas são reconhecidas como um meio através do qual se manifestam aspetos da vida privada da pessoa e que, por isso, caem no âmbito da proteção constitucional da respetiva reserva.

Assim, o direito ao desenvolvimento da personalidade, na dimensão de liberdade de ação de um sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, naturalmente que comporta a liberdade de comunicar. Nesta relação existencial, do eu, enquanto ser social, com o outro, o objeto de proteção é a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um recetor individual ou a um círculo de destinatários previamente determinado. A liberdade de comunicar abrange a faculdade de comunicar com segurança e confiança e o domínio e autocontrole sobre a comunicação, enquanto expressão e exteriorização da própria pessoa. Tal liberdade, enquanto refração do direito ao desenvolvimento da personalidade e da tutela da privacidade, mereceu no texto constitucional um recorte material específico, através da autonomização, no artigo 34.º, do sigilo dos meios de comunicação privada. Servindo para proteger vários bens jurídico-constitucionais, ele é hoje, como refere GOMES CANOTILHO,

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Constituição da República Portuguesa”, ob. cit., p. 467.

¹⁵⁶ Ibidem idem, p. 468.

“um dos núcleos essenciais do direito à autodeterminação comunicativa, juntamente com a proteção de dados pessoais constantes de ficheiros informatizados ou manuais”¹⁵⁷.

Podemos falar assim de um *direito à autodeterminação comunicativa*, que serve para defender vários bens jurídico-constitucionais, entre eles: o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à reserva da intimidade da vida privada.

9.1. Direito à autodeterminação comunicativa

Na vertente de defesa da reserva da intimidade da vida privada, o direito à autodeterminação comunicativa protege a esfera pessoal do Homem perante as ingerências públicas ou privadas, quer isto dizer que, subjacente ao direito à autodeterminação comunicativa está o interesse das pessoas que comunicam, em manter o teor da conversação em privado, restrito ao conhecimento de terceiros, impedindo desde modo a divulgação e circulação do conteúdo e circunstâncias da comunicação. Neste sentido, os interlocutores intervenientes na comunicação têm direito a um ato negativo de terceiros, ou seja, à abstenção de intervenção destes na comunicação e nas circunstâncias que a acompanham. Trata-se de uma garantia de que devem beneficiar, *prima facie*, todas as comunicações privadas, independentemente de as mesmas dizerem ou não respeito à intimidade dos intervenientes.¹⁵⁸

Neste contexto, o direito à autodeterminação comunicativa assume-se como um direito de liberdade, de liberdade para comunicar, sem receio ou constrangimentos de que a comunicação ou as circunstâncias em que a mesma é realizada possam ser investigadas ou divulgadas. Sem essa confiança, o indivíduo sentir-se-á coartado na liberdade de poder comunicar com quem quiser, quando quiser, pelo tempo que quiser e quantas vezes quiser. Trata-se, pois, de permitir um livre desenvolvimento das relações interpessoais e, ao mesmo tempo, de proteger a confiança que os indivíduos depositam nas suas comunicações privadas e no prestador de serviços das mesmas. Como refere COSTA ANDRADE:

“a tutela da inviolabilidade das telecomunicações radica assim na 'específica situação de perigo' decorrente do domínio que o terceiro detém - e enquanto detém - sobre a comunicação (conteúdo e dados). Domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária subtraída ao controlo do(s) comunicador(es). Por ser

¹⁵⁷ CANOTILHO, Gomes, “Privatização e Direitos, Liberdades e Garantias. A propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações”, in Estudos de Direitos Fundamentais, 2.^a ed., 2004, p. 162.

¹⁵⁸ Cf. o Ac. n.º 403/15 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 20 de junho de 2017, e DELGADO, Lucrecio Rebollo, “El Secreto de las Comunicaciones: Problemas Actuales”, Revista de Derecho Político, n.º 48-49, 2000, p. 36.

assim, o regime jurídico do sigilo na segurança e reserva dos sistemas apenas visa proteger a confiança na segurança e reserva dos sistemas (empresas) de telecomunicações.”¹⁵⁹.

Neste sentido, os comunicadores têm direito a ações positivas dos operadores e do Estado que não só assegurem a confidencialidade e a integridade das comunicações e das circunstâncias em que elas se realizam como também lhes permitam controlar os dados produzidos, guardados e transmitidos que respeitem a comunicações já efetuadas.

Impõe-se assim, a obrigação do Estado adotar os instrumentos jurídicos necessários para manter a comunicação e todo o circunstancialismo a ela inerente como fechados (nomeadamente, através da aprovação de leis destinadas à proteção dos dados de comunicação). Nesse sentido, o n.º 2¹⁶⁰ do artigo 26.º da CRP estabelece, precisamente, uma obrigação legiferante, obrigando o legislador a estabelecer garantias contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações.¹⁶¹

Contudo, devido ao progresso tecnológico verificado nas últimas décadas, o direito à autodeterminação comunicativa abrange hoje esferas de proteção mais amplas do que a da simples reserva da vida privada. Agora é o próprio domínio de atuação do indivíduo que é posto em causa, pois já não tem meios para assegurar a confidencialidade da comunicação, e isto, porque o progresso tecnológico, ao facilitar a acumulação, conservação, circulação e interconexão de dados referentes às comunicações, aumentou as possibilidades de devassa da vida privada.

Cumpre-nos ainda referir que o direito à autodeterminação comunicativa não se confunde de um todo com o direito à autodeterminação informativa, com vista à proteção das pessoas perante o tratamento de dados pessoais informatizados. A título de curiosidade, Portugal foi o primeiro país a estabelecer constitucionalmente um direito fundamental à proteção dos dados pessoais objeto de tratamento autonomizado. Inicialmente, este art. referia-se ao uso dos *dados mecanográficos*.

Para CATARINA CASTRO, o direito consagrado no art. 35.º da C.Rep.:

“traduz-se num feixe de prerrogativas que pretendem garantir que cada um de nós não caminhe nu, desprovido de um manto de penumbra, numa sociedade que sabe cada vez mais acerca do indivíduo. É um direito a não viver num mundo com paredes de vidro, é um direito a não ser transparente, por isso, desenha-se com um

¹⁵⁹ Cf. Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 339.

¹⁶⁰ “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

¹⁶¹ Neste o sentido, o Ac. do TC já mencionado e citado, Ac. n.º 403/2015.

direito de protecção, de sentido negativo. Visto deste prima, o direito em causa permite que o indivíduo negue informação pessoal, se oponha à sua recolha, difusão, ou qualquer outro modo de tratamento (...) Assim, evita-se que o indivíduo se transforme em “simples objecto de informações” também na medida em que se lhe atribui um poder positivo de dispor sobre as suas informações pessoais, i.e., um poder de autotutela, de controlo, sobre os seus dados pessoais, que permite ao cidadão “preservar a sua própria identidade informática”¹⁶²

Ora diferentemente, o objeto de proteção do direito à autodeterminação comunicativa reporta-se a comunicações individuais efetivamente realizadas ou tentadas e só essas é que estão cobertas pelo sigilo de comunicações¹⁶³.

De modo que desde logo, é possível assinalar ao direito à autodeterminação comunicativa uma dupla vertente. Por um lado, demarca-se enquanto proteção de uma reserva da vida privada (segredos das comunicações), por outro, enquanto liberdade de atuação (liberdade de comunicação), existindo entre as duas vertentes uma inigualável conexão.

9.2. A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional

Como já tivemos oportunidade de referir, o TC definiu pela primeira vez o conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no Ac. n.º 128/92 do TC¹⁶⁴. Segundo o Ac., este:

“trata-se do direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a privacy do direito anglo-saxónico. Justamente porque é pessoa, o homem tem — como sublinham Javier Hervada e José M. Zumaquero — **«um âmbito pessoal em que não têm entrada nem o Estado, nem a sociedade, um âmbito regulado pela consciência e pelo juízo de cada um. Este âmbito privado (íntimo, próprio) não é em si mesmo objecto de regulamentação por parte do Estado, nem de ingerências sociais. É um âmbito de liberdade, de intimidade ou de não publicidade**”¹⁶⁵. Neste âmbito privado ou de intimidade está englobada a vida pessoal, a vida familiar, a relação

¹⁶² In CASTRO, Catarina Sarmiento, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro”, *ob. cit.*, p. 76.

¹⁶³ Cf. o Ac. n.º 403/15 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 20 de junho de 201.

Contudo cabe-nos aqui referir o parecer da CNPD à Proposta de Lei n.º 79/XIII, segundo o qual, considera que esta afirmação assenta num conceito de comunicações que não tem correspondência no atual quadro jurídico nacional e europeu e na realidade das comunicações digitais, supondo que as comunicações individuais são as efetivamente realizadas ou tentadas, quando em rigor as comunicações individuais abrangem ainda todos os “push” de informação. Assim, entende a CNPD que as comunicações englobam ainda os acessos aos sítios na Internet, por também tais operações implicarem comunicação eletrónica, para além dos acessos a partir das aplicações e outros carregamentos e atualizações de informação que os equipamentos vão fazendo automaticamente nas redes de comunicação eletrónica, sem exigir da parte do utilizador uma intervenção positiva e direta. As comunicações, há muito deixaram de se limitar à carta e à chamada de telefone fixo.

¹⁶⁴ Disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>, acessos em 08 de Maio de 2017.

¹⁶⁵ Itálico e bold aditado.

com outras esferas de privacidade (v. g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio), e bem assim os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.). Este direito à intimidade ou à vida privada – este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular – compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado”.

Contudo, na jurisprudência constitucional posterior ao supra Ac. citado, ainda que possamos encontrar algumas referências ao mesmo¹⁶⁶, o direito à proteção da vida privada é aplicado pelo Tribunal em casos relativos à informação sobre a vida privada.

No Ac. n.º 319/95¹⁶⁷, o TC afirmou que:

“o direito à reserva da intimidade da vida privada - que é o direito de cada um a ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias; o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular (cf., sobre isto, o citado acórdão n.º 128/92) - acaba, naturalmente, por ser atingido pelo exame em causa. No entanto, a norma sub iudicio não viola o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, que o consagra. De facto, não se trata, com o teste de pesquisa de álcool, de devassar os hábitos da pessoa do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas, sim e tão-só (recorda-se) de recolher prova perecível e de prevenir a eventual violação de bens jurídicos valiosos (entre outros, a vida e a integridade física), que uma condução sob a influência do álcool pode causar - o que, há-de convir-se, tem relevo bastante para justificar, constitucionalmente, esta constrição do direito à intimidade do condutor.”

Ou seja, o TC concluiu que os testes de alcoolemia implicam sim uma ingerência no direito à proteção da vida privada, mas considerou que se tratava de uma ingerência justificada por razões de segurança rodoviária, e não constitucional.¹⁶⁸

No Ac. n.º 368/2002¹⁶⁹, o TC entendeu que “o direito à intimidade da vida privada pode ser limitado em resultado da sua harmonização com outros direitos fundamentais ou com outros interesses constitucionalmente protegidos, no respeito pelo princípio da proporcionalidade, em termos de se considerarem admissíveis, em certas circunstâncias e com certas finalidades.”

¹⁶⁶ Nos Acs. n.º 319/95; 263/97 e 355/97.

¹⁶⁷ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>, acessos a 01 de julho de 2017.

¹⁶⁸ PINTO, Paulo Mota, “A protecção da vida privada na jurisprudência do tribunal constitucional” in *Jurisprudência Constitucional*, N.º 10, Abr./Jun., 2006.

¹⁶⁹ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>, acessos em 01 de julho de 2017.

No Ac. n.º 306/2003¹⁷⁰, o TC pronunciou-se acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade do artigo 17.º do Código do Trabalho, cujo n.º 2, após, na primeira parte, proibir que o empregador exija ao candidato a emprego ou ao trabalhador a prestação de informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, abre, na segunda parte, essa possibilidade quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem. Ora no dito Ac., podemos ler que:

“tratando-se aqui de elementos da esfera privada e íntima do trabalhador ou do candidato a emprego, eles encontram-se indiscutivelmente protegidos pela reserva da intimidade da vida privada garantida pelo artigo 26.º, n.º 1, da Constituição. Assim, a abertura da sua possibilidade conferida pela segunda parte do artigo 17.º, n.º 2, do Código do Trabalho constitui, em qualquer caso, uma restrição do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada.”

Nestes termos, tal restrição só seria constitucionalmente admissível se, entre outros limites, observasse as exigências impostas pelo princípio da proibição do excesso constitucionalmente consagrado na segunda parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição (nas suas dimensões de princípio da determinabilidade e princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo), o que, no caso em apreço, parece muito discutível.

Por estas razões, considerou o TC que o segundo segmento normativo do artigo 17.º em causa “parece constituir uma violação da garantia de reserva da intimidade da vida privada consagrada no artigo 26.º da Constituição, bem como uma violação do princípio da proibição do excesso nas restrições a direitos, liberdades e garantias do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição”. E isto porque:

“o direito à reserva da intimidade da vida privada, entre outros direitos pessoais, está previsto no artigo 26.º da CRP, sendo caracterizável como o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular, ou, noutra formulação, como o direito que toda a pessoa tem a que permaneçam desconhecidos determinados aspectos da sua vida, assim como a controlar o conhecimento que terceiros tenham dela.(...) Mas o aludido direito não é absoluto em todos os casos e relativamente a todos os domínios e mesmo a submissão juridicamente obrigatória a exames ou testes clínicos – constituindo uma intromissão na vida privada, na medida em que aqueles se destinam a recolher dados relativos à saúde, os quais integram necessariamente dados relativos à vida privada – pode, em certos casos e condições, ser tida como admissível, tendo em conta a necessidade de harmonização do direito à intimidade da vida privada com outros direitos ou interesses legítimos constitucionalmente reconhecidos (v. g., a protecção da saúde pública ou a realização da justiça), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.”

¹⁷⁰ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>, acessos a 01 de julho de 2017.

Considerou contudo o TC que este normativo violava o princípio da proporcionalidade, pelo que se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma constante do segundo segmento do n.º 2 do artigo 17.º do Código do Trabalho, por violação do princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O último Ac. que irá ser alvo de análise será o Ac. n.º 230/08¹⁷¹, onde mais uma vez o TC se pronunciou acerca do direito à reserva da intimidade da vida privada nas relações laborais. Aqui estaria em causa saber se era conforme a Constituição, a permissão de mapas de quadro pessoal num certo espaço jus-laboral onde se possam confrontar e comparar os dados respeitantes a todos os trabalhadores que o integram.

Ora neste Ac., o TC considerou que:

“como bem se sabe, não é fácil determinar qual o âmbito de protecção que possa vir a ter tal ‘reserva’, nesta dimensão de faculdade de controlo da informação sobre si próprio: a indeterminação do conceito de ‘privacidade’, ou de ‘vida privada’, está na raiz de todas as dificuldades relativas ao âmbito de protecção do direito (...) é que a fórmula ‘reserva de intimidade da vida privada’ não pode ser interpretada restritivamente, de modo a circunscrever a protecção constitucional à vida íntima, pois que tal implicaria deixar de cobrir todas as outras esferas da vida que devem igualmente ser resguardadas do público, como condição de salvaguarda da integridade e dignidade das pessoas. (...) Com efeito, o ‘facto’ de se recusar a equivalência entre ‘privacidade’ e ‘intimidade’ não impede que se não estabeleçam graduações entre diferentes esferas da vida privada, «consoante a sua maior ou menor ligação aos atributos constitutivos da personalidade» (Acórdão n.º 442/2007 – DR, Iª série, n.º 175, de 11 de Setembro de 2007, p. 6459). Permitir que, num certo espaço jus-laboral, se possam confrontar e comparar os dados respeitantes a todos os trabalhadores que o integram, significa criar instrumentos que contribuirão para garantir que, nesse mesmo espaço, melhor se venham a cumprir os direitos que são consagrados no n.º 1 do artigo 59º da CRP.

A restrição à ‘reserva da intimidade da vida privada’ que a exposição ‘pública’ de tais dados porventura implica, surgirá assim como algo justificado pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como manda a parte final do artigo 18º da CRP. A adequação entre uma coisa e outra – entre a natureza da restrição e o fim que a legitima – não parece oferecer dúvidas, como parece não oferecer dúvidas a proporcionalidade da sua medida. Afinal de contas, a ‘publicidade’ de que aqui se fala não é senão a relativa ao espaço ‘público’ da empresa; e a ‘privacidade’ de que aqui se trata não é senão a relativa àqueles aspectos da vida de cada um que, não sendo íntimos, directamente se interligam com a condição juslaboral do trabalhador.”

¹⁷¹ Ac. disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080230.html>, acessos a 01 de julho de 2017.

Por estas razões, o TC considerou que a norma contida no artigo 456º do Regulamento do Código de Trabalho não lesa o direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no artigo 26º da CRP.

Neste Ac. o TC pronunciou-se ainda acerca do direito à autodeterminação informativa, uma vez que entendia o Recorrente que a colocação dos mapas violaria também o disposto no art. 35.º da CRep.

Contudo o TC considerou que “aí onde não houver lesão do direito-matriz, que é afinal o direito à autodeterminação informativa, também não haverá lesão dessa sua expressão particularizada que é aquela que decorre do n.º 4 do artigo 35º. Como vimos, a norma sob juízo não lesa a reserva da intimidade da vida privada, justamente na sua dimensão de *direito à autodeterminação informativa*. Assim sendo, só se pode concluir que a mesma norma em nada contradiz o disposto no artigo 35º, n.º 4, da CRP.”

Ora por aqui podemos concluir que o primeiro Ac. onde o TC se pronunciou acerca do nosso tema, *maxime* acerca do direito à reserva da intimidade da vida privada na vertente do *direito à autodeterminação comunicativa* (e não informativa) foi no Ac. n.º 403/2015, que já tivemos oportunidade de referir e analisar¹⁷².

9.3. Contexto europeu e internacional

O Homem, enquanto ser dotado de criatividade, e sendo desde sempre curioso pelos demais, seus pares, encontra-se universalmente ameaçado, na sua vida, no seu valor pessoal. Hoje em dia, os meios técnicos que o indivíduo dispõe (telemóvel, computador, tablet, câmara de filmar) violam sistematicamente a intimidade de cada um.

Por causa destas e de outras ameaças, são muitas as normas europeias e internacionais que visam atualmente a proteção da reserva da vida privada.

Em primeiro lugar, o artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem refere-se expressamente à proteção da privacidade, dispondo o normativo 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. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.”¹⁷³

¹⁷² Vide, relativamente a esta temática, o ponto n.º 8.2, p. 55 e ss.

¹⁷³ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 10 de Dezembro de 1948. Disponível no sítio http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, acessos a 08 de maio de 2017.

A mesma redação é retomada pelo art. 17.º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos. Ambos os textos prescrevem que o indivíduo tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.

A mesma proteção genérica da vida privada resulta do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que prevê que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.” Nos termos do n.º 2 “não pode 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 das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

Importa assinalar que o TEDH tem desenvolvido ampla jurisprudência sobre a proteção do acesso a dados de comunicações, afirmando expressamente que os mesmos se encontram abrangidos pela proteção de “vida privada e familiar” ínsita no n.º1 do art. 8.º da CEDH.

No contexto europeu cabe mencionar os arts. 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo o art. 7.º “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”, sendo que nos termos do n.º1 do art. 8.º “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.”. Por sua vez dispõe o n.º2 do mesmo normativo europeu que “esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação.”

O art. 8.º da Carta contém uma norma específica relativa à proteção de dados pessoais¹⁷⁴, proteção essa que recebe assim, uma consagração expressa e autónoma face ao art. 7.º. O Tribunal de Justiça da União Europeia referiu no Ac. de 09/11/2010, Volkerund

¹⁷⁴ Importa relembrar que Portugal foi o primeiro país a estabelecer constitucionalmente um direito fundamental à proteção dos dados pessoais, objeto de tratamento autonomizado. Este direito encontra-se previsto no art. 35.º da CRP., e o seu texto foi revisto em 1982, em 1989, e em 1997. Este artigo inovadora referia-se, logo na versão original ao uso de dados mecanográficos. – In CASTRO, Catarina Sarmiento, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro”, *ob. cit.*, p. 76.

Markus Schecke, processos n.ºs C-92/09 e C-93/09, que este direito está indissociavelmente relacionado com o direito ao respeito pela vida privada consagrado no art. 7.º da Carta¹⁷⁵.

9.4. Aplicação noutros Estados

A proteção da vida privada de cada um foi sendo adotada por algumas Constituições dos Estados europeus, que garantem um direito à privacidade.¹⁷⁶

Além do estabelecido no art. 26.º da CRP, é possível encontrar outras previsões de proteção da privacidade, nomeadamente na Constituição espanhola, no seu art. 18.º¹⁷⁷, que garante entre outros, o direito à intimidade pessoal e familiar, a inviolabilidade do domicílio, e o segredo das comunicações; na Constituição da Bélgica, no art. 22.º¹⁷⁸; na Constituição da Grécia, no art. 9.º, que protege a vida privada e familiar e o domicílio¹⁷⁹; da Alemanha no art. 10.º que protege a inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações; da Itália, nos arts. 14.º e 15.º, que garantem a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e de outras formas de comunicação.

Também fora da Europa existem Constituições que protegem a privacidade. A Constituição da Argentina no seu art. 18.º protege a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos papéis privados; a Constituição Brasileira garante a privacidade no seu art. 5 X, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”, sendo que o art. 5 XI consagra ainda a inviolabilidade da casa, e o XII¹⁸⁰ o sigilo de correspondência, das comunicações telefónicas e telegráficas.

9.5. Diretivas europeias

¹⁷⁵ Disponível no sitio da internet <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79001&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=252130>, acessos em 08 de maio de 2017.

¹⁷⁶ Embora nalguns casos essa proteção se refira à inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

¹⁷⁷ Disponível no sitio da internet http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf, acessos em 08 de Maio de 2017.

¹⁷⁸ Sendo que o art. 29.º garante a inviolabilidade da correspondência, e no art. 15.º a inviolabilidade do domicílio.

¹⁷⁹ A inviolabilidade das comunicações resulta do art. 19.º da Constituição.

¹⁸⁰ “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefónicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” disponível no sitio da internet http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessos em 08 de maio de 2017.

Devido aos constantes atropelos que o Homem tem sofrido no âmbito do direito à privacidade, as instituições internacionais e europeias têm aprovado normas que tocam particulares aspetos da reserva da intimidade da vida privada, mormente princípios gerais das comunicações.

O primeiro diploma a estabelecer os princípios gerais das comunicações foi o Decreto-Lei n.º 188/81, de 02 de julho, seguindo-se posteriormente as ulteriores Leis de Bases das Redes e Prestação de Serviços de Telecomunicações (Lei n.º 88/89, de 11 de setembro), e a Lei n.º 91/97¹⁸¹, de 01 de Agosto, que se preocuparam em regular o tratamento dos dados pessoais gerados pelas telecomunicações.

Entretanto foi aprovada a Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro), que teve como objetivo transpor para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE¹⁸² do Parlamento e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Posteriormente a Lei n.º 69/98, de 28 de outubro, que transpôs a Diretiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, veio regular o tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das telecomunicações, especificando e complementando as disposições da Lei de Proteção de Dados.

É certo que os avanços tecnológicos acarretam inegáveis benefícios ao Homem, enquanto ser social que é, contudo potenciam o uso de mecanismos de intrusão na sua vida privada, ou seja, a introdução de novas tecnologias digitais nas redes de comunicações trouxe consigo uma grande capacidade e possibilidade de tratamento de dados pessoais, e determinou a necessidade de acautelar novos requisitos específicos de proteção de dados pessoais e da privacidade dos utilizadores.¹⁸³

¹⁸¹ Nesta lei previa-se expressamente, no n.º2 do art. 17.º, uma cláusula destinada a garantir a inviolabilidade e o sigilo dos serviços de telecomunicações de uso público.

¹⁸² Nos termos da Diretiva, o objetivo das legislações nacionais relativas ao tratamento de dados pessoais é assegurar o respeito dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente do direito à vida privada, reconhecido não só no artigo 8º da Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais como nos princípios gerais do direito comunitário. Por outro lado, os princípios da proteção devem aplicar-se a todo e qualquer tratamento de dados pessoais sempre que as atividades do responsável pelo tratamento sejam regidas pelo direito comunitário; que se deve excluir o tratamento de dados efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas, por exemplo correspondência ou listas de endereços. – Disponível no sítio da internet <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>, acessos em 09 de maio de 2017.

¹⁸³ Neste sentido vide CASTRO, Catarina Sarmento, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro”, *ob. cit.*, p. 85; e Ac. do TC n.º

Tal facto justificou que a Diretiva 97/66/CE fosse revogada e substituída pela Diretiva 2002/58/CE¹⁸⁴, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, tratando-se do instrumento comunitário mais relevante nesta matéria.

E, assim, mercê do dever de transposição desta nova diretiva europeia, a referida Lei n.º 69/98, de 28 de outubro, foi revogada pela Lei n.º 41/2004¹⁸⁵, de 18 de agosto, a qual veio aprovar o regime jurídico de tratamento de dados pessoais e da proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

Esta Diretiva procedeu à aglutinação das comunicações levadas a cabo por meio de redes de telecomunicações ou redes informáticas, desaparecendo, deste modo a distinção entre telecomunicações e “comunicações eletrónicas”, para se falar exclusivamente na noção de “comunicação eletrónica”.¹⁸⁶

Decisivo para a aprovação desta nova Diretiva na área das comunicações foi a introdução de novas tecnologias digitais avançadas, designadamente de novos serviços de comunicações eletrónicas, disponíveis, através de redes móveis digitais, e da internet. Todos estes meios vieram aumentar os riscos para a privacidade dos seus utilizadores, nomeadamente em virtude das suas capacidades para tratamento de dados pessoais. Assim, a Diretiva 2002/58/CE vem estabelecer o enquadramento comunitário comum em matéria de proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, ficando agora claro, que este instrumento comunitário se aplica também ao correio eletrónico¹⁸⁷. Trata-se assim de estender a proteção da Diretiva 97/66/CE aos utilizadores de serviços de comunicações publicamente disponíveis, independentemente das tecnologias utilizadas.¹⁸⁸

O legislador português transpôs a Diretiva europeia n.º 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, através da Lei n.º 41/2004, na qual se define a comunicação

403/2015, de 17 de setembro de 2015, disponível no sítio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos em 08 de maio de 2017.

¹⁸⁴ A sua transposição para a ordem jurídica portuguesa deveria ter acontecido até 31 de outubro de 2003, o que, no caso português, não veio a acontecer. O seu regime jurídico dispõe sobre matérias tão variadas como as listas de assinantes de serviços de localização do utilizador dum terminal de comunicações móveis, a conservação de dados de tráfego das telecomunicações ou as comunicações comerciais não solicitadas, vulgarmente conhecidas por SPAM.

¹⁸⁵ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva, “Das Escutas Telefónicas” – À obtenção da prova (em ambiente) digital, *ob. cit.*, p. 103.

¹⁸⁷ Nos termos da al. h) do art. 2.º, do art. 13.º, sendo especialmente referido nos Considerandos 40 a 44.

¹⁸⁸ CASTRO, Catarina Sarmento, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Fevereiro de 2005, p. 170.

eletrónica como “qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público¹⁸⁹.”¹⁹⁰.

Em conformidade com a diretiva europeia transposta, a Lei n.º 41/2004 não prejudica a possibilidade de existência de legislação especial que restrinja a sua aplicação no que respeita à inviolabilidade das comunicações, nomeadamente para efeito de investigação e repressão de infrações penais nos termos do n.º1 do art. 4.º.

Assim, foi aprovada a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, que estabelece amplas garantias no que toca ao acesso e conservação dos dados de tráfego e de localização das comunicações para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades.

Posto isto, depressa chegamos a uma conclusão, a de que o legislador constitucional português com a transposição da Diretiva europeia não operou qualquer distinção ao nível da proteção dos diferentes meios de comunicação.

Como já referimos no início do nosso trabalho, o n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., proclama que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações, (sendo que o mais certo deveria ser nas “comunicações eletrónicas”) e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo penal”.

¹⁸⁹ Al. a), n.º1 do art. 2.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto.

¹⁹⁰ Diferentemente a diretiva europeia n.º 2002/58/CE define na al. d) do art. 2.º a expressão “comunicação”, como sendo “qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes, através de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível; não se incluem aqui as informações enviadas no âmbito de um serviço de difusão ao público em geral, através de uma rede de comunicações eletrónicas, excepto na medida em que a informação possa ser relacionada com o assinante ou utilizador identificável que recebe a informação.”

10. O Direito à Segurança (e à liberdade) – Enquadramento

Para que não surjam confusões de enquadramento, importa ter presente que este é um trabalho que teve como primeiro e principal objetivo averiguar acerca da ingerência nas comunicações eletrónicas numa perspetiva constitucional *i.e.*, saber até que ponto é que é lícitamente permitido restringir o direito fundamental à privacidade de cada indivíduo e o seu direito à autodeterminação comunicativa.

Contudo propomo-nos ir mais além, e impusemos uma segunda meta no nosso estudo: relacionar o tema da segurança e do terrorismo com o tema primário, uma vez que existe mais do que nunca uma tensão entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à segurança. E isto, porque a ideia de vigilância secreta e de interceção de todas as nossas formas de comunicação, é de difícil aceitação nas sociedades democráticas, mas face aos frequentes atentados terroristas que o mundo ocidental tem sofrido, trata-se de um expediente que tem vindo a ganhar, infelizmente, cada vez mais adeptos.

Quer isto significar que as pessoas aceitam uma restrição à sua liberdade e à sua privacidade, em prol da segurança do Estado em que vivem.

E é por isto, que urge a necessidade de tratar estas temáticas na presente dissertação.

10.1. Conceito

Na década de sessenta do século XX, que precedeu o fim dos regimes autoritários na Europa do Sul, após a segunda guerra mundial e o colapso da guerra fria¹⁹¹, os Estados assistiram incontestavelmente a um processo de mudança de valores culturais.

Podemos afirmar que a segurança e a liberdade constituem irremediavelmente dois desses valores, com o acréscimo de a sua relação se pautar pela indissociabilidade e pela interdependência numa sociedade democrática.¹⁹²

¹⁹¹ O final da Guerra Fria e a nova agenda internacional que lhe está associada permitiu a inclusão de novos-velhos temas de segurança, para além das questões associadas ao conceito tradicional de segurança visível ao longo do período de rivalidade bipolar. Muitas questões hoje prementes na agenda foram discutidas durante o período da Guerra Fria. A ata final de Helsínquia, assinada em 1975, inclui como elementos fundamentais a segurança humana ou ambiental, rasgando a padronização simplificadora da própria concetualização de segurança associada a este período. Será assim o final da Guerra Fria que permitir um novo contexto onde o debate sobre a segurança internacional assume contornos dinâmicos, com a teorização do conceito a refletir a complexidade da sua própria aplicação. In FREIRE, Maria Raquel, “Segurança e Poder: novas abordagens a velhos conceitos – A proposta de securitização da escola de Copenhaga”, in *Liberdade e Segurança*, EDUARDO PEREIRA CORREIA (coord.), 2015, p. 57.

A segurança constitui assim uma preocupação vital das comunidades políticas, pelo que nesta temática, a subjetividade precisa de ser necessariamente revelada. Neste contexto a segurança resulta do processo histórico específico de um país que é diferenciado em relação a outros países, o que confere perceções das ameaças de segurança particulares e mutáveis, inerentes às diferentes realidades contextuais. Desta forma, a resposta a ameaças de segurança através de políticas e de medidas concretas é permeável a interpretações distintas que cada Estado efetuará em benefício das suas gentes e do seu território.¹⁹³

A relação incontestável que existe entre segurança e liberdade está patente nos mais diversos tratados internacionais e europeus, nomeadamente no art. 3.º da DUDH, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948, que consagra que “todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”¹⁹⁴ O art. 5.º da CECH, de 04 de novembro de 1950 afirma que “toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade”¹⁹⁵, a não ser num conjunto de casos que tipifica, remetendo ainda para o procedimento legal.

Ora Portugal, com a implantação da III República, após a Revolução de 25 de Abril de 1974 e aprovação da atual C.Rep., de 1976, entrou num novo período da sua história, libertando-se de um regime autoritário, que tinha uma forte inspiração nacionalista e que prevaleceu durante 48 anos. Com a aprovação de um texto constitucional democrático, tributário de uma forte conceção de Estado de Direito, naturalmente que a segurança não podia deixar de se refletir no conjunto das opções constitucionais que foram sendo feitas, ora no momento inicial, ora mais tarde aquando das diversas revisões constitucionais posteriores.¹⁹⁶

É assim que a segurança do Estado está patente na Constituição portuguesa, sendo que com essa presença se comprova bem a importância constitucional e democrática de tão relevante direito dos cidadãos e dever do Estado.

A manifestação mais geral do relevo do objetivo da segurança é alcançada num dos preceitos introdutórios do articulado constitucional, no qual se estabelece, com clareza, que

¹⁹² DUQUE, Raquel, “Singularidades da Coexistência da Liberdade e da Segurança em Democracia”, in *Liberdade e Segurança*, EDUARDO PEREIRA CORREIA (coord.), 2015, p. 57.

¹⁹³ Ibidem idem, p. 56.

¹⁹⁴ Disponível no sitio da internet <http://www.onuportugal.pt/>, acessos a 15 de agosto de 2017.

¹⁹⁵ Disponível no sitio da internet http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf acessos a 15 de agosto.

¹⁹⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, “Os Serviços de Informações de Portugal: Organização e Fiscalização”, in *Estudos de direito e segurança*, Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira Coordenadores, I Volume, Almedina, 2014, p. 174.

duas das tarefas fundamentais do Estado são, nos termos das als. a) e b), do art. 9.º “*Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam*”, e “*Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático*”.

Mas esta é uma preocupação também afluída, em normativos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais das pessoas, como os direitos previstos no art. 27.º da C.Rep.

Dispõe o art. 27.º da C.Rep., que “*todos têm direito à liberdade e à segurança.*”

Ora, o conceito de segurança compreende múltiplos domínios: o sanitário, o nuclear, o rodoviário, a segurança pública, a proteção dos dados pessoais, o rodoviário, a proteção civil, a segurança alimentar, a segurança infantil, entre muitos outros. E por se tratar de um instituto de cariz subjetivista, pois depende da interpretação e da aplicação de medidas governativas por parte de cada Estado, ZEDNER equaciona a segurança sob quatro formas distintas.¹⁹⁷

A primeira destas formas, considera a segurança no seu estado objetivo, ou seja, como ausência de ameaças. Se por um lado, avalia a segurança de forma negativa, em vez de positiva (porque considera a segurança em termos de não-existência de ameaças), por outro lado, tem como referência as ameaças, o que torna a realização da segurança dependente do sucesso ou do fracasso em reduzir ou eliminar as ameaças.¹⁹⁸ A segunda forma de equacionar a segurança é através do seu estado subjetivo que lhe é tão inerente, e que diz respeito a sentimentos de insegurança, como a ansiedade ou o medo.¹⁹⁹ E é aqui que os Estados muitas vezes conseguem ir beber da sociedades a aceitação e muito pior, a exigência de restrições a direitos fundamentais vitais ao desenvolvimento do ser e da personalidade humana. Como exemplo, os recentes atentados terroristas na Europa, potencia ou potenciará a necessidade de restrição de outros direitos fundamentais como o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, o direito à autodeterminação comunicativa e inevitavelmente o direito à liberdade. E aqui abrimos um parêntesis para referir que hoje, a atualidade do pensamento de Fichte ganha uma incontornável necessidade de reflexão, e isto porque o paradigma do séc. XXI constrói-se em redor de um novo tipo de ameaça.

¹⁹⁷ DUQUE, Raquel, “Singularidades da Coexistência da Liberdade e da Segurança em Democracia”, *ob. cit.*, p. 55.

¹⁹⁸ *Ibidem idem*, p. 56.

¹⁹⁹ *Ibidem idem*.

“A actual reinvidicação em prol de um Estado securitário e a urgência do sentimento defensivo de segurança, como meios de protecção da liberdade individual e do Estado de Direito, provocada por uma cultura do medo, comporta significativos riscos. Sabemos hoje, que a cultura do medo, cria inimigos poderosos e, colectivamente, o medo conduz a comportamentos em que a apreciação da realidade desaparece, determinando a direcção da legislação social, como Sorel visionou.”²⁰⁰

Esta conceptualização recontextualiza a segurança como resultado de processos sociais. Este exercício assenta no entendimento de segurança como “uma prática autorreferencial, na qual um assunto se torna um assunto de segurança – não necessariamente porque existe uma ameaça real, mas porque o assunto é apresentado enquanto ameaça (Buzan et al. 1998, 24)”²⁰¹

Esta definição aponta para o tratamento político de questões de segurança interna, o que permite conferir carácter de excecionalidade a esta temática, e por conseguinte o decretamento de medidas políticas de excecionalidade para responder a esta questão.

A terceira forma considera a segurança como uma busca e não como um objetivo, facto que a torna como algo inatingível e temporário.²⁰² A quarta forma trata a segurança como símbolo, i.e., engloba características menos materiais do que as anteriores três formas e baseia-se mais na retórica dos políticos para lidar com as ameaças à segurança e nas campanhas publicitárias da indústria da segurança privada.²⁰³

Por outra palavras, o objetivo da segurança é implementar um sistema de protecção que permita fazer face aos perigos que ameaçam as pessoas ou bens. Constitui um valor juridicamente integrante das Constituições em sentido material, ao pressupor a própria existência do Estado, abarcando tanto a dimensão interna como a externa; nesta formulação, o conceito de segurança dilata-se e absorve, no plano instrumental, uma noção ampla de defesa face a agressões e ameaças, ainda que indeterminadas, contra o interesse nacional.²⁰⁴

Contudo o final do século XX e o início do século XXI trouxeram grandes modificações ao panorama da segurança internacional e, consequentemente, nacional. Nas palavras de JORGE SILVA CARVALHO, o que mudou foi certamente o aumento

²⁰⁰ SARMENTO, Cristina Montalvão, “Liberdade e Segurança nos Fundamentos do Direito Natural de Fichte”, in *Direito Natural, Justiça e Política*, Volume I, Coimbra Editora, 2005, p. 132.

²⁰¹ FREIRE, Maria Raquel, “Segurança e Poder: novas abordagens a velhos conceitos – A proposta de securitização da escola de Copenhaga”, *ob. cit.*, p. 93.

²⁰² SARMENTO, Cristina Montalvão, “Liberdade e Segurança nos Fundamentos do Direito Natural de Fichte”, *ob. cit.*, p. 132.

²⁰³ *Ibidem idem.*

²⁰⁴ Neste sentido vide FERREIRA, Arménio Marques, “O sistema de informações da República Portuguesa”, in *Estudos de Direito e Segurança*, *ob. cit.*, p. 73.

exponencial qualitativo da ameaça do terrorismo e do crime organizado internacional.²⁰⁵ Consequentemente, verificou-se uma elevação dos níveis de violência a digerir pelas diversas sociedades, impondo às populações e aos respetivos governos um género novo e mais intenso de coação psicológica.²⁰⁶

Ora não podemos ignorar que certas ameaças graves à segurança têm como alvo a própria essência da democracia, atingindo os direitos, as liberdades e as garantias dos indivíduos e os aparelhos democráticos da justiça e da ordem social, pelo que no caso do terrorismo importa “pensar para lá da contingência e procurar soluções que possam garantir a segurança duradouramente”²⁰⁷ sem comprometer a própria democracia.²⁰⁸

A legislação portuguesa dá-nos a definição do conceito de segurança interna. A Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2017, de 24 de Maio ou Lei de Segurança Interna, logo no seu art. 1.º, n.º 1 refere que “*a segurança interna é a actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática.*”

O mesmo diploma define, no seu art. 4.º, n.º 1, o âmbito territorial da segurança interna referindo que o mesmo se desenvolve “*em todo o espaço sujeito a poderes de jurisdição do Estado Português*”, o que é particularmente limitativo.

Para JORGE SILVA CARVALHO, o n.º3 do art. 1.º ao dispor que “as medidas previstas na presente lei destinam-se, em especial, a proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e a ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e a espionagem, a prevenir e

²⁰⁵ CARVALHO, Jorge Silva, “Modelos de Sistemas de Informações: Cooperação entre Sistemas de Informações (Apontamentos para Apoio)”, *ob. cit.* p. 199.

²⁰⁶ *Ibidem idem.*

²⁰⁷ VASCONCELOS, Álvaro, notícia do Público, “Debate: Terror em França/Uma questão europeia: a torre de Babel e os seus inimigos”, 14 janeiro de 2015, p 45.

²⁰⁸ Importa ver o que diz FERNANDES, António José, no Prefácio da obra de DIAS, Manuel Domingos Antunes, *Liberdade, Cidadania e Segurança*, Almedina, setembro de 2001, a propósito da segurança e da vida privada – “A ordem social estabelecida constitui o fundamento da segurança individual e da segurança colectiva, e é o garante do respeito pela vida íntima, pela vida privada e pela vida pública. Por isso o estado, a sociedade civil e os cidadãos desenvolvem um esforço conjunto para preservar a ordem social, como condição indispensável ao exercício dos direitos e das liberdades fundamentais do homem.”

reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública”, a lei assume, indiretamente, que estes fenómenos não são exclusivamente enquadráveis no âmbito da segurança interna.²⁰⁹

Podemos concluir desde já, que é cada vez mais difícil gerir a separação entre Defesa Nacional e Segurança Interna.²¹⁰ Não é totalmente claro o quadro geral definido pela Lei de Segurança Interna no referente à competência territorial. A Lei não inclui fenómenos como o terrorismo exclusivamente na noção de segurança interna, refere sim que as medidas de segurança interna visam proteger um conjunto de bens jurídicos de um conjunto de ameaças, entre as quais o terrorismo.

A maioria dos fenómenos que podem afetar a Segurança Interna são cada vez mais de cariz transnacional ou internacional. Mesmo as atividades levadas a cabo, por grupos criminosos altamente organizados, em território nacional, têm cada vez mais a sua origem, motivação e estrutura organizativa, nomeadamente a sua direção, no exterior. Caraterizam-se aliás, por um elevado grau de flexibilidade e mobilidade.²¹¹

Por outro lado, os Estados europeus, em geral, e Portugal, em particular, têm vindo progressivamente a partilhar a sua soberania, cedendo a favor de instituições supranacionais parte dos seus tradicionais poderes soberanos. Acresce que elementos base do conceito de estado soberano como o território ou as fronteiras mais especificamente, e a cidadania também se encontram em mutação²¹². Esse processo de partilha, nítido em vários setores, é no entanto menos óbvio no que concerne às questões de segurança, particularmente em relação às informações. Mas mesmo em matéria de segurança, as ações dos Estados, em geral, são cada vez menos unilaterais e progressivamente mais cooperativas. Esta atitude estadual consubstancia, nas palavras de JORGE SILVA CARVALHO “uma autêntica batalha de trincheiras em que os Estados vão cedendo apenas quando a isso são obrigados.”²¹³

²⁰⁹ CARVALHO, Jorge Silva, “Modelos de Sistemas de Informações: Cooperação entre Sistemas de Informações (Apontamentos para Apoio)”, in Estudos de Direito e Segurança, *ob. cit.* 199.

²¹⁰ Ibidem *idem*.

²¹¹ Ibidem *idem*, p. 200.

²¹² Já Kant escrevia que “Os Estados encontram-se já agora entre si numa relação tão superficial que nenhum pode reduzir a influência a favor dos outros; portanto, os intentos de glória dos Estados asseguram consideravelmente, se não o progresso, pelo menos a manutenção desse fim da Natureza.” – KANT, Immanuel, “A Paz Perpétua e Outros Opúsculos”, *ob. cit.*, p. 33.

²¹³ CARVALHO, Jorge Silva, “Modelos de Sistemas de Informações: Cooperação entre Sistemas de Informações (Apontamentos para Apoio)”, in Estudos de Direito e Segurança, *ob. cit.*, p. 201.

11. O terrorismo enquanto ameaça estadual

A construção de um discurso alarmante sobre o ambiente de segurança atual, nacional ou internacional, ameaçado pelo terrorismo²¹⁴ pode ser arriscado, e até perigoso, porque ao descrever os contornos da ameaça terrorista como sendo global e sem precedentes, não estatal, desprovida de uma estrutura organizacional formal e geograficamente difusa, dificulta uma retaliação e pressupõe uma resposta firme que inclui, por exemplo, a modificação da legislação tornando-a mais dura e inflexível. Contudo, esta solução conduz à restrição das liberdades individuais e espelha inevitavelmente (?) um discurso com pendor para a segurança. Diversos atores, desde decisores políticos a legisladores, de forças e serviços de segurança, veiculam este discurso e advogam que as sociedades contemporâneas vivem tempos de adversidade, de urgência e de exceção que requerem medidas de emergência – a seriedade das ameaças que afrontam as sociedades democráticas justificariam a supressão de alguns direitos fundamentais.

Ora mesmo que os Estados reconheçam que o excesso de medidas coercivas incorre em trágicas violações dos direitos humanos, podendo funcionar como constrangimento perigoso contra a ação eficaz, a aplicação de poderes excepcionais (que inicialmente seriam temporários) para lidar com situações de emergência como o terrorismo *subsiste*.²¹⁵ Quer isto significar que quando o estado de exceção²¹⁶ é juridicamente proclamado, o governo tem

²¹⁴ O terrorismo constitui uma ameaça tanto multifacetada como transfronteiriça.

²¹⁵ Neste sentido, vide Bigo, Didier, ELSPETH Guild, “The Worst-case Scenario and the Man on the Clapham Omnibus”, Security and Human Rights, (eds) B. J. Goold and L. Lazarus, Chapter 5, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, p. 100.

²¹⁶ Os ataques terroristas do 11 de setembro de 2001 exponenciaram esta visão de excecionalismo que, no essencial, se caracteriza por dois elementos fundamentais: o primeiro reside na consolidação de uma cultura de controlo, identificada nos objetivos estatais de proteção pública, contenção do perigo e gestão de risco, que têm origem na suposta condição de insegurança que a sociedade democrática enfrenta por parte de ameaças diversas. O sentimento de impotência da justiça criminal face aos ataques do 11 de setembro facilita a legitimação dos argumentos em prol do excecionalismo e do poder amplificado do Estado, que passa pelos procedimentos de revisão da legislação existente de forma a reforça-la, e de introdução de novas normas apostadas para a segurança preventiva. O segundo elemento sustenta a via da exceção consiste no ceticismo da política de direitos, i.e., a dúvida em relação à fundação moral das reivindicações de direitos humanos e da incerteza quanto à forma de aplicar estes direitos no ordenamento jurídico e constitucional. – Neste sentido vide DUQUE, Raquel, “Singularidades da Coexistência da Liberdade e da Segurança em Democracia”, *ob. cit.*, p. 60.

a tentação de o prolongar o máximo possível, promovendo a continuação de um estado de violação, seja parcial, seja total, dos direitos fundamentais dos indivíduos. A exceção torna-se a regra, e o temporário torna-se permanente.²¹⁷

Para MICHAEL HARDT, ANTONIO NEGRI e ZEDNER, a utilização de termos como *guerra*, *medidas de emergência* e *tempos excecionais* permite ou tem o perigo de permitir, o consentimento da ampliação do poder do Estado, especialmente na sequência de um atentado terrorista; sendo que por outro lado, as medidas de segurança introduzidas em circunstâncias de emergência, têm tendência a se perpetuarem no tempo, ou seja, prolongam-se para além da resolução da emergência, e caracterizam-se por passarem a abranger crimes de menor gravidade²¹⁸; ²¹⁹

Ora tal só será possível através de um discurso securitizador e de uma audiência que legitima esse ato de fala.

O discurso securitizador acarreta um forte elemento de poder, em alguns casos independentemente das reais capacidades materiais. Através do discurso e da linguagem a construção social de uma ameaça permite um conjunto de ações e reações, tanto de natureza bélica, económica e política. A partir do momento, em que o discurso é transmitido a uma audiência, e a partir do momento em que esta audiência legitime o discurso, este assume-se impreterivelmente como dominante, abrindo caminho à decisão política. Por exemplo, a securitização do radicalismo islâmico após o 11 de setembro²²⁰,

²¹⁷ DUQUE, Raquel, “Singularidades da Coexistência da Liberdade e da Segurança em Democracia”, *ob. cit.*, p. 59.

²¹⁸ No Reino Unido esta realidade verificou-se em 1989 com a Lei de Prevenção do Terrorismo (Provisões Temporárias), no contexto da luta contra o grupo terrorista IRA em que foi limitado o direito ao silêncio dos suspeitos de terrorismo durante o interrogatório e o julgamento com a justificação de que a falta de cooperação destes indivíduos podia prejudicar os esforços de prevenção do terrorismo. A medida acabou por ser alargada em termos de público (a suspeitos de outros crimes e não só a suspeitos de terrorismo) e alargada temporalmente, uma vez, que nos anos 1990 veio a ser transformada em lei.

²¹⁹ Ibidem idem, p. 60.

²²⁰ Relativamente ao 11 de setembro de 2001, urge referir que a deriva securitária nos EUA, mas também noutros países como o Japão, Reino Unido e o Canadá, impôs a obrigação de as companhias aéreas fornecerem os dados PNR às autoridades para efeitos de avaliação de risco dos passageiros e a identificação de suspeitos de terrorismo e outras atividades criminosas. Contudo, o tratamento sistemático deste tipo de dados, no contexto da prevenção e combate ao terrorismo e outros crimes graves, permitindo a identificação de eventuais passageiros de risco, é altamente controverso. Isto porque esta utilização pressupõe o tratamento de quantidades maciças de dados pessoais, o que coloca especiais exigências em matéria de proteção da privacidade, dado o elevado potencial de ingerência no direito à proteção de dados pessoais. A inevitável tensão entre privacidade e segurança fez-se assim sentir no contexto da relação transatlântica, o que conduziu a que a EU e os EUA

permitiu o enquadramento da “guerra global contra o terror – *global war on terror*” numa prática discursiva. E a sua legitimação por uma audiência alargada, que está disposta a prescindir da liberdade (enquanto direito que abrange outros direitos fundamentais, como o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) em favor da segurança. As dinâmicas geradas por estes processos podem ter diferentes resultados, ora garantindo efetivamente segurança ora questionando-a através de reações que reproduzem discursos, reinterpretando-os e relegitimando respostas eventualmente violentas. Os efeitos de um processo de securitização – identificação de uma determinada ameaça e tratamento da mesma com carácter excecional – podem ser os esperados, ou levar a resultados não intencionais. Por seu turno, podem ainda ser processos determinados pelos eventos, ou ao inverso determiná-los. Este processo pode revelar apropriações por vezes indevidas de determinadas dinâmicas em favor de certos resultados políticos.²²¹

Por outro lado, a reversão do carácter excecional de que uma dada temática é dotada só é possível através de um processo de dessecuritização, que permita o regresso à normalidade, ou seja, o regresso à esfera política dessa mesma temática. Deste modo, esta perde o carácter excecional que lhe tinha sido atribuído.

De acordo com os defensores da segurança, o combate ao terrorismo será melhor conduzido se prevalecer o direito à segurança e o direito à vida, considerados mais cruciais do que outros direitos (como o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, o direito à autodeterminação comunicativa, o direito à liberdade de expressão, o direito a um julgamento justo, entre outros), pois consideram esta restrição mais do que justificada e impreterível para combater os terroristas, considerando que acima de tudo, constitui uma obrigação dos Estados.²²²

tivessem celebrado em menos de uma década quatro acordos internacionais sobre esta temática. – SOUSA, Constança Urbano, “Segurança versus Privacidade – Breves notas a propósito do acordo UE-EUA sobre a transmissão de dados PNR”, in *Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano XII, N°s 22/23, Almedina, 2012, p. 53.

²²¹ FREIRE, Maria Raquel, “Segurança e Poder: novas abordagens a velhos conceitos – A proposta de securitização da escola de Copenhaga”, *ob. cit.*, p. 94.

²²² DUQUE, Raquel, “Singularidades da Coexistência da Liberdade e da Segurança em Democracia”, *op. cit.*, p. 60.

Ora segundo o barómetro realizado pelo Parlamento Europeu no ano de 2016, cerca de 82% dos europeus e 91% dos portugueses desejam que a UE intervenha mais na luta contra o terrorismo. Quer isto significar que a luta contra o terrorismo é vista como a principal prioridade entre os inquiridos a nível europeu.²²³

Deste modo, a Comissão Europeia estabeleceu uma Agenda Europeia para a Segurança para o período 2015-2020, que visa apoiar a cooperação entre os Estados-Membros na resposta às ameaças à segurança e incentivar os esforços comuns na luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada e a cibercriminalidade. A agenda define instrumentos e medidas concretos a aplicar nesse trabalho conjunto, por forma a garantir a segurança e enfrentar essas três ameaças prementes²²⁴.

Em virtude desta nova Agenda, foi aprovada na Ordem Jurídica portuguesa a Estratégia Nacional do Combate ao Terrorismo. Ora, na Resolução subjacente à Estratégia, podemos ler que “a atividade terrorista há muito que deixou de ser exclusiva de organizações centralizadas, hierarquizadas e organizadas. É uma ameaça difusa que, nos últimos anos, tem registado um aumento preocupante ao nível mundial e que encontra, na Europa, um terreno fértil para eventuais manifestações extremistas, radicais e de agressões violentas.”²²⁵

Ora no combate ao terrorismo as democracias ocidentais deparam-se com uma questão de grande complexidade que consiste na manutenção da segurança sem negar a sua essência de respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Ora e é aqui que está a pedra de toque da nossa questão.

A Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 345/XII (que como já vimos, deu origem ao Decreto n.º 426/XII, e que foi alvo de apreciação

²²³ Vide os dados do inquérito realizado pelo Parlamento Europeu no sítio da internet <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/priorities/20160824TST40022/20160708STO36564/luta-contra-o-terrorismo-82-dos-europeus-desejam-uma-maior-intervencao-da-ue>, acessos a 20 de agosto de 2017.

²²⁴ Neste sentido vide os objetivos da Agenda Europa contra o terrorismo no sítio da internet http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4865_pt.htm, acessos a 20 de julho de 2017.

²²⁵ Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, subjacente à Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, disponível no sítio da internet <https://dre.pt/pesquisa/-/search/66567251/details/maximized>.

preventiva da constitucionalidade pelo TC, nomeadamente a apreciação da conformidade da norma constante do n.º 2 do artigo 78.º do Decreto n.º 426/XII com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP), refere que: “Em suma, cumpre, agora, e face a uma conjuntura particularmente exigente, vide a ameaça representada pelo terrorismo islamista, mas também pela alta criminalidade organizada e pela espionagem clássica e económica, para só falar nas ameaças ditas tradicionais, preparar o SIRP para os grandes desafios do futuro.” Assim, na ótica do Decreto declarado inconstitucional, salvaguardando os direitos dos cidadãos, pretendia-se o acesso aos dados de tráfego, considerados dados pessoais, prevenindo-se assim fenómenos graves, como o terrorismo, a espionagem, a sabotagem e a criminalidade altamente organizada. Ora o Decreto n.º 426/XII, *maxime* o n.º 2 do art. 78.º, foi declarado inconstitucional pelo TC, uma vez que a área de proteção do sigilo das comunicações consagrada no n. 4.º, do art. 34.º da C.Rep., compreende tanto o conteúdo da comunicação, como os dados de tráfego atinentes ao processo de comunicação. Na verdade, o acesso aos dados de tráfego constitui também uma ingerência gravosa na vida privada das pessoas, já que se pode aceder a informações relativas a todas as chamadas efetuadas.

Por outro lado, no Decreto n.º 426/XII, o legislador pretendeu ultrapassar a inobservância do requisito constitucional, com a institucionalização de um controlo prévio de que se faz depender a recolha e análise de todos os dados sensíveis, em que a autorização compete a uma Comissão composta por três juízes – A Comissão de Controlo Prévio. Contudo, esta Comissão não assegura a mesma garantia, decorrente da exigência constitucional de um processo penal que a intervenção judicial confere. Assim, não se afigura que um órgão administrativo, como o é a Comissão de Controlo Prévio (independentemente da natureza estatutária dos seus membros), se possa equiparar a um órgão judicial para assim se ter preenchido o requisito constitucional previsto na última parte do n.º 4 do art. 34.º: em “processo penal”. Pelo que este também foi um dos fundamentos pelo qual o TC declarou o Decreto n.º 426/XII inconstitucional.

Ora, em prol do terrorismo que se faz sentir nos estados democráticos do ocidente, estes, entre os quais Portugal, pretendem a todo o custo aceder a

cada vez mais dados pessoais dos cidadãos residentes nesses Estados soberanos. E pretendem fazer isso numa linha preventiva, tipo “pesca à linha”, no sentido “vamos lá ver se apanhamos algo”. Como já se referiu, no Ordenamento Jurídico português, tal prática é proibida, pois a matéria a investigar deve estar devidamente definida visto que não será possível decretar a medida de ingerência, com vista a *descobertas genéricas* de possíveis infrações penais.

O TC declarou o n.º 2 do art. 78.º do Decreto n.º 426/XII inconstitucional.

Eis que em 2017, surge na Ordem Jurídica portuguesa a Lei Orgânica n.º 4/2017 (que teve origem na Proposta de Lei n.º 79/XIII e no Projeto de Lei n.º 480/XIII). Esta Lei vem aprovar e regular o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa e procede à segunda alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário).

12. A Lei n.º 4/2017

A Lei n.º 4/2017, de 25 de agosto, regula o procedimento especial de acesso a dados previamente armazenados pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas que se mostrem estritamente necessários para a prossecução da atividade de produção de informações pelo Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP) relacionadas com a segurança interna, a defesa, a segurança do Estado e a prevenção da espionagem e do terrorismo, o qual é sujeito a acompanhamento do Ministério Público e controlo judicial – n.º 1 so art. 1.º (objeto). Quer isto significar a retoma da necessidade de acesso aos serviços de segurança a dados de comunicações, face, designadamente, à ameaça terrorista e à premência em dotar aqueles serviços de mecanismos de atuação que possam responder aos desafios colocados à segurança nacional e internacional do Estado, e a posicioná-los a par com os congéneres europeus.

Na apresentação da Proposta de Lei n.º 79/XIII (que deu origem à Lei n.º 4/2017), foi afirmado que o regime proposto procura ir ao encontro da jurisprudência do TC e de uma interpretação atualista da C.Rep., que deverá ser interpretada como um todo, bem como alcançar a conciliação prática entre os direitos à liberdade e segurança (art. 27.º) e o direito ao sigilo das comunicações (art. 34.º), e efetivar a tarefa fundamental do Estado e garantir o direito à segurança individual e coletiva. (art. 9.º).

Foi ainda defendido que o regime de acesso que se pretende aprovar tem como objetivo apenas a salvaguarda daqueles valores constitucionais, e que o acesso nunca respeita a dados de conteúdo, sendo que a ingerência se dirige apenas a pessoas determinadas, estando sujeito a apertadíssimo controlo de natureza judicial – prévia e obrigatória autorização do STJ, controlo permanente pelo STJ e pela Procuradoria-Geral da República, bem como pela Comissão de Fiscalização e Dados do SIRP e pelo Conselho de Fiscalização do SIRP. Assim, nos termos do exposto, o acesso apenas poderá ter lugar se a informação não puder ser obtida por outra via, e que se prevê a proibição de interconexão em tempo real.

Ora, a este propósito, a Exposição de Motivos subjacente à Proposta de Lei n.º 79/XIII, refere que:

“Os serviços de Informações, SIED e SIS, no exercício das suas missões e competências, prosseguem as atividades de produção de informações atinentes à manutenção das condições de segurança dos cidadãos, bem como ao pleno funcionamento das instituições democráticas, no respeito pela legalidade e pelos princípios do Estado de direito democrático. Nesse âmbito, os resultados da atividade dos Serviços de Informações, SIS E SIED, consubstanciam uma exclusiva e permanente avaliação das principais ameaças ao Estado de direito democrático,

algumas especialmente corrosivas dos pilares do Estado de direito democrático tais como o fenómeno terrorista, pela sua abrangência e impacto.”²²⁶

Assim, e atendendo ao regime estabelecido na Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, aprovado pela Resolução de Ministros n.º 7-A/2015, “configura-se adequado e proporcional a consagração de um regime especial de acesso a dados de base e a dados de tráfego de comunicações eletrónicas ao abrigo da Constituição e da lei por parte do SIRP.”

Urge referir que o texto da Proposta de Lei n.º 79/XIII, apresentada pelo Governo, constitui na sua íntegra (retirando pequenos pormenores de escrita), a Lei n.º 4/2017, pelo que decidimos, ao longo do texto, analisar e citar passagens dos vários pareceres que foram dados acerca da Proposta de Lei mencionada. Como primeiro parecer alvo de análise, temos o parecer emitido pela Presidência do Conselho de Ministros – Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Parlamentares, relativamente ao teor e substância daquela. Nestes termos, é perentório neste parecer que esta Proposta de Lei, ou esta Lei:

“procura criar um regime coberto nas necessárias cautelas jurídicas contra os acessos abusivos, respeitando, não só os requisitos do artigo 18.º da Constituição em matéria de restrição de direitos fundamentais, mas também, procurando fazer recair a previsão da norma na exceção legítima ao direito ao respeito pela vida privada e familiar prevista no artigo 8.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Prevê-se, assim, que o acesso aos dados se funde num interesse público preponderante – a segurança nacional –, e com limites que sejam claros e reconhecíveis para o cidadão – a prevenção de fenómenos graves de terrorismo e espionagem, limitando-se ao estritamente adequado, necessário e proporcional numa sociedade democrática.”

Ora, duma primeira análise ao Diploma Legislativo, resulta (da conjugação dos arts. 1.º, 2.º e 3.º), que o objeto de acesso ao SIRP a dados de telecomunicações que se pretende prever e regular respeita a três categorias de dados: os *dados de base*, *dados de localização* e *dados de tráfego*. Contudo, nos termos do art. 4.º, os oficiais de informações apenas podem ter acesso aos dados de tráfego para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de espionagem e terrorismo.

Nos termos do art. 5.º, o acesso está sujeito a condições/requisitos de admissibilidade vinculados aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade (n.º1), sendo ainda proibida a interconexão em tempo real com as bases de dados dos operadores de telecomunicações e Internet para o acesso direto em linha aos dados requeridos (n.º 2). O

²²⁶ Excerto da Exposição de Motivos disponível no sitio da internet <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334277624463354c56684a53556b755a47396a&fich=ppl79-XIII.doc&Inline=true>, acessos a 01 de setembro de 2017.

acesso aos dados pelos sistemas de informações está ainda sujeito a uma autorização prévia e de controlo permanente, interno e externo (designadamente quanto ao cancelamento dos procedimentos de acesso e destruição de dados obtidos ilegalmente, que não respeitem o âmbito de autorização ou que sejam estranhos ao processo), que envolve o STJ, o Procurador-Geral da República, a Comissão de Fiscalização de Dados do SIRP e o Conselho de Fiscalização do SIRP (arts. 4.º a 12.º e art. 15.º).

No entanto, e como já tivemos oportunidade de referir, resulta do Ac. n.º 403/2015, proferido pelo TC, que nos termos do n.º 4 do art. 34.º, a inviolabilidade dos meios de comunicação privada, inclui a proibição de ingerência nos meios de comunicação, salvo os casos previstos em matéria de processo penal (e não para outros efeitos), e mediante decisão judicial. Por outro lado, o TC considerou também que o n.º 4 do art. 34.º, quando se refere a toda a ingerência, pretende com isso proibir não apenas o conhecimento do conteúdo das comunicações mas também todas as circunstâncias ou informações associadas aos meios de comunicação: os chamados dados de tráfego.

Portanto, no atual quadro constitucional não restam dúvidas de que os meios de comunicação abrangem não apenas os conteúdos respetivos mas também todos os dados referentes àqueles.

Com efeito, tal como já salientou o TC no Ac. n.º 403/2015:

“(…) a atividade do SIRP está especificamente limitada por alguns princípios inscritos nos n.os 1 e 3 do artigo 3.º e n.º 1 do artigo 4.º da LQSIRP: (i) o princípio da constitucionalidade e da legalidade: a atividade dos serviços de informações está sujeita ao escrupuloso respeito pela Constituição e pela lei, designadamente em matéria de proteção dos direitos fundamentais das pessoas, especialmente frente à utilização de dados informatizados;

(ii) o princípio da exclusividade: a atividade dos serviços está rigorosamente limitada às suas atribuições, não podendo desenvolver uma atividade de produção de informações em domínio que não lhe tenha sido concedido; (iii) o princípio da especialidade: a atividade dos serviços de informações reduz-se ao seu estrito âmbito, não podendo a sua atividade confundir-se com a atividade própria de outros organismos, como no domínio da atividade dos tribunais ou da atividade policial (cf. Jorge Bacelar Gouveia, «Os Serviços de Informações de Portugal: Organização e fiscalização», in Estudos de Direito e Segurança, Almedina, 2007, pp. 181-182).”²²⁷

Significa isto que, “(…) os fins e interesses que a lei incumbe ao SIRP de prosseguir, os poderes funcionais que confere ao seu pessoal e os procedimentos de atuação e de controlo

²²⁷ Cfr. ponto 7 do Ac. n.º 403/2015, do TC.

que estabelece, colocam o acesso aos dados de tráfego fora do [seu] âmbito”²²⁸, porque pertencentes ao da investigação criminal.

Como se refere no parecer n.º 38/2017, emitido pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, acerca da Proposta de Lei n.º 79/XIII:

“Na verdade, o acesso aos dados previstos na presente Proposta visa a prossecução das atribuições do SIRP de produção de informações necessárias à preservação da segurança interna e externa, independência e interesses nacionais e unidade e integridade do Estado – concretizadas na Proposta, nos arts. 2.º e 3.º; todavia, não pode a lei ordinária reconhecer ao SIRP a legitimidade para aceder a dados para os quais a própria Constituição determina uma condição que os exclui automaticamente dessa possibilidade – ou seja, a investigação no âmbito de um processo criminal. Desde logo, falta aquilo que necessariamente tem de existir num processo criminal: os indícios de conduta criminosa. E não se diga que o teor literal daquele preceito constitucional não é aqui relevante ou constitui um mero formalismo suscetível de ser contornado pela criação de condições equivalentes. Porque não há equivalência possível entre um procedimento de recolha de informação necessária à prevenção de crimes e um processo reativo como é o processo criminal – neste há indícios da prática de um crime, naquele procuram-se indícios da intenção de praticar certos crimes”²²⁹

O TC, no Ac., n.º 403/2015, já deixou assim claro, que:

“Ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações pela «matéria de processo criminal» a Constituição ponderou e tomou posição (em parte) sobre o conflito entre os bens jurídicos protegidos por aquele direito fundamental e os valores comunitários, especialmente os da segurança, a cuja realização se dirige o processo penal. Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal. É que a não inclusão de outras matérias do âmbito da restrição do direito à inviolabilidade das comunicações não é contrária ao plano ordenador do sistema jurídico-constitucional. Ainda que se pudesse considerar, em abstrato, que há outras matérias em que o valor da segurança sobreleva os valores próprios do direito à inviolabilidade das comunicações, a falta de cobertura normativa da restrição em matérias extraprocessuais não frustra as intenções ordenadoras do atual sistema, porque há razões político-jurídicas que estão na base da abstenção do legislador constitucional.

De facto, a referência ao processo criminal não é apenas uma indicação teleológica, mas também a localização da restrição à proibição de ingerência numa área estruturada normativamente em termos de oferecer garantias bastantes contra intromissões abusivas.”

Contudo, o parecer emitido pelo Ministério Público de Portugal, acerca da Proposta de Lei n.º 79/XIII, segue uma direção diferente daquela perfilhada pelo TC no Ac. n.º 403/2015, pois, no entendimento daquele:

²²⁸ Ponto 9 do Ac. n.º 403/2015, do TC.

²²⁹ Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados, disponível no sítio da internet <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41364>, acessos a 01 de setembro de 2017.

“Não descurando a tese vencedora do Acórdão do Tribunal Constitucional, cremos que se poderá afirmar que num espaço como o da hermenêutica jurídico-constitucional o elemento literal não poderá ser erigido como única fonte interpretativa, desde logo quando está em causa o equilíbrio entre direitos fundamentais de natureza não absoluta, quando a ingerência se insere num âmbito de proximidade finalística com o que resulta do elemento literal da norma, e quando os procedimentos reguladores garantem a necessidade, adequação e proporcionalidade da ingerência e o controlo da atividade desenvolvida, e consequentemente, a salvaguarda dos direitos afetados.”²³⁰

Por outro lado, a presente Lei cria um conjunto de condições e limites ao tratamento de dados pessoais a realizar pelo SIRP, transformando o procedimento de acesso num procedimento equivalente ao do processo penal, pretendendo assim contornar o limite autorizativo do acesso previsto no n.º 4 do art. 34.º da C.Rep.

Para o efeito, institucionaliza-se um procedimento de controlo prévio e de acompanhamento que compete a uma formação das secções criminais do STJ. Tal *formação* é composta pelos presidentes das secções criminais e por um juiz designado pelo Conselho Superior da Magistratura, de entre os mais antigos destas secções (cfr. n.º 1 do art. 5.º e art. 8.º).

Quanto à formação das secções criminais do STJ, o Secretário de Estado dos Assuntos Parlamentares e o MP, não questionam a solução adotada para apreciação do pedido formulado pelo SIRP e para a concessão de autorização e controlo de acesso. Considera contudo o MP, que “a designação “formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça” não tem correspondência com os conceitos que, no âmbito da organização judiciária, designam legal e funcionalmente, o conjunto de juízes com competência para a prática de atos processuais ou procedimentais.” Assim, apenas sugere a alteração de designação “formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça” pela designação “coletivo de juízes das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça”.

Contrariamente, a CNPD, no seu parecer, perfilha do entendimento de que:

“Desde logo, não é clara a natureza jurídica desta, assim denominada, “formação”, embora se afigure tratar de um órgão administrativo. Ao não caraterizar a referida “formação de secções criminais”, sem explicitar se a atividade da mesma corresponde ao exercício da função jurisdicional e se portanto oferece as garantias a

²³⁰ Parecer emitido pelo Ministério Público Português acerca da Proposta de Lei n.º 79/XIII, disponível no sítio da internet <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e6862793831593255324d6a6b314d53316c4d6d5a6b4c54526c4e3255744f44426b4e5330774e47526b596d517a5a6a4a6b5a546b756347526d&fich=5ce62951-e2fd-4e7e-80d5-04ddb3f2de9.pdf&Inline=true>, acessos a 02 de setembro

esta associadas nos termos constitucionalmente estabelecidos, a Proposta não define com precisão as condições equivalentes às exigidas no n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

“(…) Compreende-se que o projeto tente, com esta novidade, criar um novo espaço de legalidade formal no controlo do acesso a estes dados. Contudo, [esta intermediação] coloca dois desafios de difícil compatibilização. Por um lado, [tentando judicializar] o controlo do acesso aos dados [quer-se imprimir] ao procedimento uma natureza judicial até aqui desconhecida, o que claramente pretende responder a uma das objeções do [do Tribunal Constitucional], ligada não só ao controlo do acesso à informação, mas também ao exercício dos direitos dos sujeitos/arguidos envolvidos. Se essa judicialização pode traduzir uma preocupação louvável de controlo independente e qualificado dos acessos pretendidos, ela torna ainda mais patente, por outro lado, a insuficiência procedimental regulamentada no projeto. Isto porque é umbilical a ligação entre as garantias constitucionais do arguido a existência de um processo criminal onde ele possa exercer os seus direitos fundamentais, mormente no contexto do acesso a dados de comunicações [e não é, seguramente, por se introduzir a intermediação [de uma “formação” de juízes]

A CNPD, acaba assim por reconhecer, que esta “formação” não basta para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, reconhecimento esse que é feito no âmbito do processo penal²³¹, uma vez que em nenhum preceito é explicado quais os poderes efetivos de fiscalização atribuídos à formação de juízes. Nem tão pouco se definem as condições do seu exercício. E o silêncio

O parecer emitido pela Ordem dos Advogados, na parte em que foca a *formação* de juízes, vai no mesmo sentido do parecer da CNPD, uma vez, que para aquela entidade, as objeções colocadas pelo TC no Ac. n.º 403/2015, a respeito da Comissão de Controlo Prévio, serão as mesmas que valem para aquela formação.

Por outro lado, nos termos do n.º1 do art. 6.º da Lei n.º 4/2017, o pedido de acesso aos dados de telecomunicações e Internet só pode ser autorizado quando houver razões para crer que a diligência é necessária, adequada e proporcional para a obtenção de um alvo ou de um intermediário determinado, ou para obtenção de informação que seria muito difícil ou impossível de obter de outra forma ou em tempo útil (als. a) e b)).

Ora:

“os termos vagos, por recurso a numerosos conceitos imprecisos, com que vem descrito o quadro circunstancial que pode justificar o acesso logo demonstra que a lei se limita a definir uma mera moldura normativa não densificada, conferindo um amplíssimo poder discricionário de apreciação em matéria de restrição de direitos,

²³¹ Este é o entendimento da CNPD, muito embora, esta considere que por comparação a outras propostas e projetos de lei anteriores, esta é uma Lei mais densificada, com especificação dos requisitos do requerimento de autorização de acesso, bem como com delimitação temporal da mesma (cfr. arts. 8.º, n.ºs 2 e 3, e 9.º), prevendo ainda um (aparente) controlo sucessivo.

liberdades e garantias que reclama, por isso mesmo, padrões e limites legais bem definidos para a concretização da restrição.”²³²

Tal como decidiu o TEDH, no seu Ac. de 06 de junho de 2006, (Caso SEGERSTEDT – WIBERG e outros c. Suécia, pedido n.º 62332/00):

“(…) nestes casos o risco de arbitrariedade é, naturalmente, maior; porque as medidas de vigilância secreta não são susceptíveis, pela sua natureza, de ser controladas pelo público em geral nem são conhecidas dos indivíduos visados, a lei deve indicar, com precisão e suficiente clareza, o âmbito desse poder discricionário conferido às autoridades nacionais competentes, e o modo como deve ser por elas exercido, concedendo-se, assim, ao particular defesa contra ingerências arbitrárias nos seus direitos.”²³³

Esta Lei não prevê assim garantias efetivas do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que o seu texto, não é suficiente para cumprir os exigentes requisitos do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., ou seja, não é suficiente para cumprir as exigências constitucionais de ingerência nas comunicações eletrónicas.

No parecer da CNPD, podemos ler que:

“Precisamente pela impossibilidade, que resulta da natureza das coisas, de o vigiado não poder ter conhecimento de que o está a ser, a recolha e análise de informação pessoal tem de ser o mais enquadrada possível pela lei. Em consequência, “numa área em que o abuso é potencialmente facilitado nos casos individuais e que pode ter consequências tão lesivas para a sociedade democrática no seu todo” (Acórdão do TEDH de 6.09.1978) tem a lei de prever um sistema de controlo efetivo, a ter lugar em três momentos distintos: no momento da decisão de vigiar, durante o procedimento de vigilância e quando o mesmo tiver terminado (neste Sentido, v. a mesma jurisprudência do TEDH). E que as medidas a adotar, porque restringem substancialmente a vida privada, cumpram o princípio da proporcionalidade, nas suas diferentes vertentes. O que aqui não sucede.”²³⁴

Consideramos assim, tal como a OA e como a CNPD, que esta Lei viola a proibição de ingerência nas comunicações eletrónicas prevista na C.Rep., bem como outras normas a ela inerentes, as normas da CDFUE e as normas da CEDH que tutelam a vida privada e familiar, a proteção dos dados pessoais e a privacidade nas comunicações.

E isto, porque é do nosso entendimento, que a proibição de ingerência nas comunicações constante do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., abrange também os dados de tráfego, pelo que este acesso, nos termos da presente Lei, não está coberto pela autorização

²³² Cfr. parecer da CNPD.

²³³ Ac. disponível no sítio da internet <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Sum%C3%A1rios%202006.pdf>, acessos a 18 de agosto de 2017.

²³⁴ Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados, disponível no sítio da internet <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41364>, acessos a 01 de setembro de 2017.

constitucional, a qual é restrita à matéria de processo criminal. Contrariamente, o CFSIRP, no seu parecer emitido acerca da Proposta de Lei n.º 79/XIII, entende que esta Lei não está manifestamente ferida de inconstitucionalidade, mesmo tendo em conta a fundamentação do Ac. n.º 403/2015 do TC, uma vez que considera este tipo de iniciativa legislativa uma boa resposta às necessidades de prevenção da ameaça terrorista.

Entendemos assim, que esta Lei viola o constante na C.Rep., acerca da proibição de ingerência nas comunicações eletrónicas, na medida, em que nos dias de hoje, os meios de comunicação constituem um veículo permanente e generalizado de informação e interação, revestindo, inevitavelmente múltiplas dimensões da vida privada e familiar, pelo que as normas que tutelam aquelas dimensões humanas fundamentais têm de ser interpretadas como abrangendo, no seu âmbito de proteção, todos os meios de comunicação e todos os dados pessoais a eles referentes.

Aguardaremos assim, a decisão do TC, acerca da conformidade da Lei n.º 4/2017 com o disposto na nossa Lei Fundamental, uma vez que o Bloco de Esquerda e o Partido Comunista Português avançaram com um pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade da lei.

13. A restrição aos direitos fundamentais

Nos termos da C.Rep., são recorrentes os termos “restrições” a direitos fundamentais, significando isto, uma ideia comum de afetação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses de liberdade.

Aos princípios jusfundamentais que autenticamente o sejam correspondem bens materialmente jusfundamentais (por exemplo, a vida, a integridade, a segurança, a livre criação, a participação política), identificáveis como tais em referência à dignidade humana, princípio que preside ao sistema de direitos fundamentais.²³⁵

Como já tivemos oportunidade de referir, cada um desses princípios precisa-se em múltiplos significados permissivos, proibitivos e até prescritivos (imposições de comportamentos imprescindíveis à sua salvaguarda).

Uma restrição²³⁶ a um princípio jusfundamental traduz-se na infirmação, em grau infra-constitucional, de um desses significados normativos. E a mesma restrição é justificada quando ao bem jusfundamental em causa se contrapõe um outro bem que, face a dadas circunstâncias, se verifica ser prevalecente.²³⁷

Nas palavras de JORGE REIS NOVAIS, uma restrição é:

“a ação ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.”²³⁸

Significa isto, que a restrição afeta desvantajosamente os bens e princípios que o direito fundamental visa proteger, bem como, a pessoa do seu titular, produzindo neste efeitos ablativos, restritivos ou impeditivos do acesso individual ao bem protegido e/ou que, do ponto de vista do poder público, diminuam as obrigações e deveres que a existência do direito

²³⁵ COUTINHO, Luís, P. Pereira, “Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume I, Coimbra Editora, 2010, p. 567.

²³⁶ Nas palavras de Luís Coutinho, um meio restritivo é aquele que surge identificado na estatuição de uma norma restritiva.

²³⁷ Ibidem idem.

²³⁸ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”, *ob. cit.*, p. 157.

fundamental com um tal âmbito de proteção lhe impunha. E isto assim é porque se pretende salvaguardar outros valores e interesses igualmente considerados dignos de proteção.²³⁹

A uma restrição prevista na Lei Fundamental, deve corresponder uma norma legislativa restritiva, conformadora de subsequente atividade judicial ou administrativa que intervenha restritivamente no caso concreto.

Nos termos do n.º 2 do art. 18.º da C.Rep., “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Assim, qualquer meio restritivo só será legítimo, quando seja cumulativamente necessário, adequado e proporcional *stricto sensu*.

O normativo do n.º 2 do art. 18.º da C.Rep., liga as restrições à salvaguarda de outros direitos ou interesses legalmente protegidos, pelo que está aqui subjacente o princípio da proporcionalidade.

Partilhando as palavras de JORGE MIRANDA, “o princípio da proporcionalidade manifesta-se, na Constituição, nos momentos mais difíceis dos direitos fundamentais”.²⁴⁰

O princípio da proporcionalidade decompõe-se nos três subprincípios da idoneidade ou adequação, da necessidade e da racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.

A idoneidade traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar pelo órgão competente tem de estar em correspondência com ele. A necessidade significa que o meio escolhido, é, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto*, a realização do fim, pelo que, será essa providência que deverá ser adotada. A racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* equivale à justa medida, ou seja, implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos e qualitativos, de modo, a que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido²⁴¹.²⁴²

²³⁹ Ibidem idem, p. 158.

²⁴⁰ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, VOL. II, Tomo IV, ob. cit., pg. 305.

²⁴¹ Se o subprincípio da idoneidade não for respeito haverá arbítrio. Se não se verificarem os outros dois subprincípios, haverá excesso.

²⁴² Ibidem idem, p. 308.

Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito. Impõem-se, na realidade, limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projetada ação aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas.

Ora no caso em apreço, a restrição ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, consubstanciada numa ingerência a uma comunicação eletrónica, seja através das escutas telefónicas realizadas em processo penal, seja através do acesso, por parte dos SIS, aos dados constitui um sacrifício, um atentado, ao conteúdo constitucional daquele direito fundamental.

A enunciação constitucional expressa da matéria em que há autorização para uma intervenção legislativa limitadora do âmbito de proteção do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e à inviolabilidade das comunicações constitui também uma garantia de que tais restrições só estão autorizadas no âmbito do processo penal, e não estão autorizadas noutras matérias e para outras finalidades. O poder de restrição do legislador encontra-se assim vinculado aos pressupostos e fins predeterminados na norma constitucional que autoriza a restrição.

Ao definir o campo de incidência restritiva, prevista no normativo do n.º 4 do art. 34.º da C.Rep., o legislador constitucional ponderou e tomou posição sobre o conflito entre os bens jurídicos protegidos por aquele direito fundamental e os valores comunitários, especialmente os da segurança, a cuja realização se dirige o processo penal.

Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer *em matéria de processo penal*. É que a não inclusão de outras matérias do âmbito da restrição do direito à inviolabilidade das comunicações não é contrária ao plano ordenador do sistema jurídico-constitucional. Ainda que se pudesse considerar, em abstrato, que há outras matérias em que o valor da segurança sobreleva os valores próprios do direito à inviolabilidade das comunicações, a falta de cobertura normativa da restrição em matérias extraprocessuais não frustra as intenções ordenadoras do atual sistema, porque há razões político-jurídicas que estão na base da abstenção do legislador constitucional.

Assim, a restrição legislativa consagrada na última parte do n.º 4 do art. 34.º só poderá valer no âmbito de um processo penal, e tendo sempre como premente, o princípio basilar de um Estado de Direito Democrático, o princípio da proporcionalidade.

14. Considerações finais

O nosso trabalho partiu da premissa, de que é proibida toda a ingerência das autoridades públicas nas comunicações eletrónicas, e isto porque tal intromissão na vida privada de cada um de nós, constitui um sério ataque ao princípio que envolve o nosso Ordenamento Jurídico e íntimo, o princípio da dignidade humana.

As comunicações são um hoje um meio permanente e generalizado de interação e que também por isso revelam múltiplas dimensões da vida privada e familiar. Significa isto, que as normas que tutelam aquelas dimensões humanas fundamentais têm de ser interpretadas como abrangendo, no seu âmbito de proteção, todos os meios de comunicação e todos os dados pessoais a eles referentes, daí termos entendido que o conceito *telecomunicação* não cumpre, ou não está à altura da era digital em que vivemos.

Contudo, entendeu o legislador constitucional, que tal ingerência seria necessária, num Estado de Direito, em matéria de processo criminal.

E isto, porque o legislador constitucional, quis garantir que o acesso às comunicações eletrónicas efetuadas, para salvaguarda dos valores da justiça e da segurança, fosse efetuado através de um instrumento processual que também proteja os direitos fundamentais das pessoas. Porque a ingerência nas comunicações põe em conflito um direito fundamental com outros direitos ou valores comunitários, considerou-se que a restrição daquele direito só seria autorizada para realização dos valores da justiça, da descoberta da verdade material e restabelecimento da paz jurídica comunitária, os valores que ao processo criminal incumbe realizar.

O que é certo, é que a ideia de vigilância secreta e interceção de todas as formas de comunicações, (incluindo as comunicações na Internet) é de difícil aceitação nas sociedades democráticas, contudo, e atendendo aos índices de criminalidade organizada e do terrorismo, trata-se de um expediente que tem vindo a ganhar, de forma preocupante, cada vez mais adeptos.

As tecnologias da informação e da comunicação deram lugar ao nascimento de um novo contexto de violações da vida privada, e isto, porque a ingerência na vida íntima, pode ser tão intrusiva da esfera da intimidade e do espaço de privacidade de um cidadão, que contende com os mais elementares direitos e princípios do nosso Ordenamento Jurídico, *maxime*, os direitos e princípios da nossa Constituição. Falamos de direitos como o direito à palavra, direito à autodeterminação informacional e comunicacional, direito à inviolabilidade

do sigilo ou segredo das telecomunicações privadas, e o direito à reserva da intimidade sobre a vida privada.

Ora a Constituição ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações, bem como, do direito à privacidade, em matéria de processo penal, ponderou e tomou posição sobre o conflito existente entre os bens jurídicos protegidos por estes direitos fundamentais, e por outros valores e direitos também consagrados na nossa Lei Fundamental, especialmente os da segurança, cuja realização se dirige o processo penal. Assim, não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal.

Reconhecemos assim, neste trabalho, a existência de uma profunda tensão, entre o apelo à intimidade da vida privada, enquanto espaço íntimo de livre realização de si mesmo e de expressão da respetiva identidade, e o apelo, antinómico, de proteção da segurança e de realização da justiça em matéria de Direito Processual Penal, que reclama intrusão, exposição e controlo da pessoa pelo sistema jurídico.

O Homem vive assim, num permanente paradoxo, uma vez que tem necessidade de liberdade mas necessita, igualmente, de segurança tendo em conta os três estádios de vivência que o caracterizam: vida íntima, vida privada e vida pública, pelo que estamos constantemente divididos entre a necessidade de segurança e a necessidade de liberdade.

Enquanto objetivo estadual, a segurança constitui uma preocupação vital das comunidades, pelo que não podemos ignorar que certas ameaças graves à segurança têm como alvo a própria essência da democracia, atingindo os direitos, as liberdades e as garantias dos indivíduos e os aparelhos democráticos da justiça e da ordem social.

As relações sociais constituem um fator de integração uma vez que a vivência em sociedade, em comunidade, pressupõe uma relação de dominação, criando, igualmente, mecanismos reguladores da ação social preconizados pelas instâncias formais e informais de controlo, visando o estabelecimento e a preservação da ordem social. Esta constitui o fundamento da segurança individual, inserida num sistema organizacional de direitos consagrados juridicamente, e da segurança coletiva, vista como limitadora desses mesmos direitos, através do recurso a técnicas jurídicas tipificadas constitucional, penal e administrativamente.

Enquanto ameaça permanente, o terrorismo pode condicionar as escolhas políticas mas uma democracia tem o dever de preservar o primado da lei sem transformar as normas em instrumentos antidemocráticos. A este respeito é pertinente recuperar as salvaguardas que Paul Wilkinson²⁴³ propõe para assegurar uma legislação de combate ao terrorismo isenta de vícios inconstitucionais e totalitários: colocar a política antiterrorismo sob o controlo de autoridades civis pela responsabilidade democrática a que essas autoridades estão sujeitas; aplicar a lei criminal na condução de operações de luta contra o terrorismo, evitando que as autoridades máximas de um Estado adotem uma reação exagerada e desproporcionada, pondo em causa a confiança pública e o respeito na polícia e no sistema judicial; regulamentar em circunstâncias claras e definir por um período de tempo fixo e limitado a criação de qualquer poder especial de emergência para lidar com o terrorismo, concedendo ao poder legislativo a prerrogativa de anular esse poder, parcial ou integralmente, se a realidade se alterar.

Ora as medidas para lidar com suspeitos da prática de terrorismo devem estar inseridas no sistema de justiça criminal para assegurar que esses indivíduos são tratados como qualquer suspeito de crime com as mesmas proteções que não estão asseveradas quando são aplicadas medidas administrativas especiais ou detenções indefinidas, ou a violações de direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental.

O que é certo, é que a discussão no plano constitucional, no quadro de uma democracia constitucional, da atividade dos Serviços de Informações convoca ao debate, necessariamente, os valores da segurança, da liberdade, e da intimidade da vida privada, sendo visível uma tensão existencial permanente entre a adoção de políticas públicas promotoras de segurança e os valores democráticos, os valores próprios de um Estado de direito democrático, concretamente aqueles que se expressam no exercício de direitos fundamentais, como o direito à intimidade sobre a vida privada. Trata-se neste domínio, essencialmente, de responder a um desafio: o desafio da perspetivação da segurança, no sentido decorrente do artigo 27.º, n.º 1, da CRP “todos têm direito à liberdade e à segurança”, enquanto obrigação prestacional do Estado aos cidadãos, numa relação de tensão entre valores constitucionais. E, com efeito, todos reconheceremos que a prestação de segurança pelo Estado suscita frequentemente questões complexas de compatibilização (mesmo de tensão existencial) entre direitos, apresentando-se como um domínio de eleição na atuação do princípio da proporcionalidade, com o sentido que o nosso texto constitucional confere a este,

²⁴³ DUQUE, Raquel, “Singularidades da coexistência da liberdade e da segurança em democracia”, ob. cit., p. 67.

ou seja, “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.” (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Embora esta análise sobre as singularidades da coexistência da intimidade da vida privada e da segurança tenha revelado que as sociedades democráticas têm, nos últimos anos, cedido mais espaço à segurança, não se trata de um caminho sem retorno e esperamos que o direito íntimo e privado que é inerente a cada um de nós ganhe maior destaque na atual luta contra o terrorismo, evitando-se assim situações de difícil aceitação e enquadramento.

15. Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.^a Edição Atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, Maio, 2008;
- ALEXANDRINO, José de Melo, “Direitos Fundamentais”, Introdução Geral, Príncípia Editora, 2007;
- ANDRADE, Manuel Costa, “As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova no novo código de processo penal de Macau”, in Revista Jurídica de Macau, Volume IV – Número 1, Janeiro, Abril de 1997;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, 5.^o edição, Almedina, 2012;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Volume XLIII, N.º1, Coimbra Editora, 2002;
- _____, José Oliveira, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2008;
- BIGO, Didier, ELSPETH Guild, “The Worst-case Scenario and the Man on the Clapham Omnibus”, Security and Human Rights, (eds) B. J. Goold and L. Lazarus, Chapter 5, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007;
- CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA Vital, Constituição da República Portuguesa, Anotada, Artigos 1º a 107º, Volume I, 1.^o Edição Revista, Coimbra Editora, 2007;
- _____, José Joaquim Gomes, Estudos sobre Direitos Fundamentais, 2.^o Edição, Coimbra Editora, 2008;
- _____, Gomes, “Privatização e Direitos, Liberdades e Garantias. A propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações”, in Estudos de Direitos Fundamentais, 2.^a ed., 2004;

- CASTRO, Catarina Sarmento e, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro”, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Volume II, Coimbra Editora, 2005;
- _____, Catarina Sarmento, “Privacidade e utilização da informática” in Direito da Informática – Privacidade e Dados Pessoais, Almedina, Fev. 2005;
- _____, Catarina Sarmento, “Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais, Almedina, Fevereiro de 2005;
- CORREIA, Fernando Alves, Direito Constitucional – A Justiça Constitucional, Almedina, Junho 2001;
- COSTA, José de Faria, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, in As telecomunicações e o direito na sociedade da informação, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 1999;
- COUTINHO, Luís, P. Pereira, “Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume I, Coimbra Editora, 2010;
- CUNHA, Paulo Ferreira, da, Direitos Fundamentais – Fundamentos & Direitos Sociais, Quid Juris Sociedade Editora, 2014;
- DELGADO, Lucrecio Rebollo, “El Secreto de las Comunicaciones: Problemas Actuales”, Revista de Derecho Político, n.º 48-49, 2000;
- DIAS, Manuel Domingos Antunes, Liberdade, Cidadania e Segurança, Almedina, setembro de 2001.
- DUQUE, Raquel, “Singularidades da Coexistência da Liberdade e da Segurança em Democracia”, in Liberdade e Segurança, EDUARDO PEREIRA CORREIA (coord.), 2015;

- FREIRE, Maria Raquel, “Segurança e Poder: novas abordagens a velhos conceitos – A proposta de securitização da escola de Copenhaga”, in *Liberdade e Segurança*, EDUARDO PEREIRA CORREIA (coord.), 2015;
- GAMEIRO, Carlos, “O Risco de Informação em Ambiente Eletrónico”, in *Estudos de Direito e Segurança*, Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira Coordenadores, I Volume, 2014;
- GIMENO, Sendra Vicente, “Derecho Procesal Penal”, 1.º Edición, Editorial COLEX, 2004;
- GONÇALVES, Pedro, *Direito das telecomunicações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994;
- GONÇALVES, Pedro, “Regulação das comunicações electrónicas em Portugal”, in *Direito e (tele)comunicações*, TEIXERA, Glória, e GUIMARÃES, Maria Raquel, Coimbra Editora, 2008;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “Os Serviços de Informações de Portugal: Organização e Fiscalização”, in *Estudos de direito e segurança*, Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira Coordenadores, I Volume, Almedina, 2014;
- KANT, Immanuel, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Edições 70, junho de 2009;
- LEITE, Inês Ferreira, “O novo regime das escutas telefónicas, uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, 2014
- MAC CRORIE, Benedita, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2004;
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, “Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma” – in *Revista do Cej*, 1.º semestre, Número 9 (especial), 2008;
- MATOS, Nuno, “O papel das telecomunicações no acesso à informação jurídica”, in *Gabinete de documentação e direito comparado, Colóquio informática e tribunais*, Lisboa, 1991;

- MIRANDA, Jorge, “A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana”, DISDAKALIA, in Revista da Faculdade de Teologia de Lisboa, Volume XXIX, Universidade Católica Portuguesa, 1999;
- _____, Jorge, Teoria do Estado e da Constituição, Coimbra Editora, 2002;
- _____, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 2007;
- _____, Jorge, Manual de Direito Constitucional, VOL. III, Tomo V – Atividade Constitucional do Estado, Coimbra Editora, Fevereiro de 2014;
- _____, Jorge, Manual de Direito Constitucional, VOL. II, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 5.ª Edição, Coimbra Editora, Fevereiro de 2014;
- NABAIS, José Casalta, “Os direitos fundamentais na constituição portuguesa”, in Boletim do Ministério da Justiça, 1990;
- NOVAIS, Jorge Reis, As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, 2003;
- OUBINA, Ana Mercedes da Silva Claro, “As telecomunicações, a vida privada e o direito penal”, in Direito Penal hoje – Novos desafios e novas respostas - Organizadores- Manuel da Costa Andrade, e Rita Castanheira Neves, Coimbra Editora, 2009;
- PALMA, Maria Fernanda, “Tutela da vida privada e processo penal – soluções para o conflito de valores na jurisprudência constitucional”, in Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2007.
- PINTO, Paulo Mota, “O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Estudos no Cursos de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXIX, Universidade de Coimbra, 1993;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4.º Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Maio de 2005;

- PINTO, Paulo Mota, “Autodeterminação informativa sobre a vida privada”, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Volume 2, Coimbra Editora, Novembro de 2001;
- _____, Paulo Mota, “A protecção da vida privada na jurisprudência do tribunal constitucional” in Jurisprudência Constitucional, N.º 10, Abr./Jun., 2006;
- RODRIGUES, Benjamim Silva, Das Escutas Telefónicas, Tomo I – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, Coimbra, 2008;
- _____, Benjamim Silva, Das Escutas Telefónicas – À obtenção da prova (em ambiente) digital, Tomo II, 2.º Edição Revista e Atualizada, Coimbra, 2009;
- SANTOS, Cristina Máximo, “As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações, in Revista do Ministério Público, Ano 25, Julho-Setembro, N.º 99, 2004;
- SARMENTO, Cristina Montalvão, “Liberdade e Segurança nos Fundamentos do Direito Natural de Fichte”, in Direito Natural, Justiça e Política, Volume I, Coimbra Editora, 2005;
- SILVA, Germano Marques, e SÁ Fernando, in MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Volume I, Universidade Católica Editora, 2017;
- SOUSA, Constança Urbano, “Segurança versus Privacidade – Breves notas a propósito do acordo UE-EUA sobre a transmissão de dados PNR”, in Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano XII, N.ºs 22/23, Almedina, 2012;
- TEIXEIRA, Maria Leonor da Silva, “A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – “Uma visão futurista””, in Revista do Ministério Público 135.

Jurisprudência nacional e internacional consultada

Ac. n.º 4/06, do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060004.html>, acessos em 10 de maio de 2017;

Ac. n.º 403/2015 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>, acessos a 20 de junho de 2017;

Ac. n.º 241/2002 do TC, disponível no sitio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020241.html>, acessos a 01 de junho 2017;

Ac. n.º 486/2009 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090486.html>, acessos a 01 de junho de 2017;

Ac. n.º 407/97 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970407.html>, acessos a 22 de junho de 2017;

Ac. n.º 128/92 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>, acessos em 08 de Maio de 2017;

Ac. n.º 319/95 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>, acessos a 01 de julho de 2017;

Ac. n.º 368/2002 do TC, disponível no sitio da internet

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>, acessos em 01 de julho de 2017.

Ac. n.º 306/2003 do TC, disponível no sitio da internet

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>, acessos a 01 de julho de 2017;

Ac. n.º 230/08 do TC, disponível no sitio da internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080230.html>, acessos a 01 de julho de 2017;

Ac. do TEDH, de 06 de junho de 2006, (Caso SEGERSTEDT – WIBERG e outros c. Suécia, pedido n.º 62332/00), disponível no sitio da internet

<http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Sum%C3%A1rios%202006.pdf>, acessos a 18 de agosto de 2017.

Netgrafia e outras publicações

Agenda Europa contra o terrorismo no sitio da internet http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4865_pt.htm, acessos a 20 de julho de 2017;

Artigo 18.º da Constituição espanhola, disponível no sitio da internet http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf, acessos em 08 de Maio de 2017;

Artigo 5.º da Constituição do Brasil, disponível no sitio da internet http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessos em 08 de maio de 2017;

Carta Europeia dos Direitos do Homem, disponível no sitio da internet <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79001&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=252130>, acessos em 08 de maio de 2017;

Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 10 de Dezembro de 1948, disponível no sitio http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf acessos a 08 de maio de 2017;

Diretiva 95/46/CE, disponível no sítio da internet <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>, acessos em 09 de maio de 2017;

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 345/XII disponível no sítio da internet

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a51314c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl345-XII.doc&Inline=true>, acessos a 10 de junho de 2017;

Inquérito realizado pelo Parlamento Europeu, disponível no sítio da internet <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/priorities/20160824TST40022/20160708STO36564/luta-contra-o-terrorismo-82-dos-europeus-desejam-uma-maior-intervencao-da-ue>, acessos a 20 de agosto de 2017;

Parecer n.º 16/94/complementar, acessível em www.dgsi.pt, e Parecer n.º 21/2000, no DR II Série, de 23 de Julho de 2002;

Parecer n.º 38/2017, da CNPD à Proposta de Lei n.º 79/XIII que aprova o regime especial de acesso a dados de base e a dados de tráfego de comunicações eletrónicas pelo Sistema de Informações da República Portuguesa;

Parecer n.º 16/94/complementar, acessível em www.dgsi.pt, e Parecer n.º 21/2000, no Diário da República, 2.ª série, de 23 de julho de 2002;

Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados acerca da Proposta de Lei n.º 345/XII, que deu origem ao Decreto n.º 426/XII, disponível no sítio da internet

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, - Assembleia da República – Atividade Parlamentar e Processo Legislativo, acessos a 20 de agosto de 2017;

Parecer do Conselho Superior da Magistratura acerca da Proposta de Lei n.º 345/XII, que deu origem ao Decreto n.º 426/XII, disponível no sítio da internet

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, pp. 25 e 26, acessos a 20 de agosto de 2017;

Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre: A. Proposta de lei n.º 345/XII, que aprova o regime do Sistema de Informações da República Portuguesa, disponível no sitio da internet

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39613>, p. 8, acessos a 20 de agosto de 2017;

Parecer emitido pelo Ministério Público Português acerca da Proposta de Lei n.º 79/XIII, disponível no sitio da internet

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e6862793831593255324d6a6b314d53316c4d6d5a6b4c54526c4e3255744f44426b4e5330774e47526b596d517a5a6a4a6b5a546b756347526d&fich=5ce62951-e2fd-4e7e-80d5-04ddbd3f2de9.pdf&Inline=true>, acessos a 02 de setembro;

Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, subjacente à Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, disponível no sitio da internet <https://dre.pt/pesquisa/-/search/66567251/details/maximized>, acessos a 31 de agosto;

VASCONCELOS, Álvaro, Debate: “Terror em França/Uma questão europeia: a torre de Babel e os seus inimigos”, *notícia do Público*, 14 janeiro de 2015.