VOLUME XLIII — N.º 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2002

Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLIII — N.º 1 - 2002

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- MESTRE LUÍS MORAIS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Julho de 2003

I Doutrina

José de Oliveira Ascensão — A reserva da intimidade da vida privada e familiar 9

José de Oliveira Ascensão — Direitos humanos — Uma lacuna no Tratado de Amizade Luso-Brasileiro? 27

Paulo de Pitta e Cunha — A via federal 31

Luís de Lima Pinheiro — Competência internacional em matéria de contratos com consumidores 41

Maria Luísa Duarte — União europeia e entidades regionais: as regiões autónomas e o processo comunitário de decisão 55

Fernando Araújo — O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal 71

Ana Maria Guerra Martins — Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe 121

Dário Moura Vicente — Problemática internacional dos nomes de domínio 147

Eduardo Vera-Cruz Pinto e Silvia Alves — O "Caso da baixela Germain" os factos e o Direito 171

Filipe da Boa Baptista — Ainda a questão da distinção entre Acordos e Tratados internacionais na Ordem Constitucional Portuguesa 207

David Duarte — Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias 257

Carla Amado Gomes — Le risque cet inconnu 283

Gaetano Mosca — A classe política (António Araújo) 313

Madalena Marques dos Santos e *Miguel Lopes Romão* — Diferenças encontradas na comparação entre os Livros I e II das Ordenações Manuelinas... 349

Alexandre Nuno Capucha — Da intimação para um comportamento e sua articulação com a defesa do ambiente (Contributo para o seu reconhecimento como instrumento privilegiado para uma tutela ambiental acrescida) 377

Paula Vaz Freire — O comportamento económico e o imperialismo da Economia 417

Ana Rodrigues da Silva — A responsabilidade ambiental por actos de Direito Internacional Público 429

Sofia Tomé D'Alte — O Sigilo Fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados 491

Ivo Miguel Barroso — Sobre o regime da alteração substancial de factos, na fase de julgamento, em processo-crime 511

Helena Margarida Pires de Sousa Nunes — Anglicismos em textos jurídicos portugueses 527

Lourival Vilanova — Política e Direito — Relação normativa 547

Maria do Carmo Puccini Caminha — O acesso à jurisdição no espaço integrado do Mercosul 555

Sérgio Resende de Barros — A função do senado no controle difuso de constitucionalidade no Brasil 577

II Trabalhos de alunos

Diogo Costa Gonçalves — Da "auctoritas" como elemento constitutivo da juridicidade: a génese do jurídico 585

Miguel Sousa Ferro — A iniciativa legislativa popular 611

III Jurisprudência

Maria Raquel Rei — Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Fevereiro de 2002 (Anotação) 689

IV Legislação

Eduardo Vera-Cruz Pinto — O regime jurídico-legal do Instituto Hidrográfico como laboratório de Estado: um projecto legislativo adiado que prejudica Portugal 707

Luís Duarte D'Almeida, António Lamego e Sónia Reis — Para reforma do direito penal e disciplinar da Marinha mercante 759

Marco Alexandre Saias — A Convenção sobre os direitos da criança 793

V Vida Universitária

João Baptista Villela — "Lectio Brevissima" 853

Jorge Miranda — Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito Constitucional

(Justiça Constitucional) para um curso de mestrado, apresentado pelo Doutor Fernando Alves Correia em provas de agregação 857

Pedro Ferrreira Múrias — Programa de Direito das Obrigações (turma da noite — ano lectivo de 2001-2002) 865

VI **Recensões**

Eduardo Vera-Cruz Pinto — Karl Galinsky, *Augustan Culture-An Interpretive Introdution,* Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 1996, 474 pp. ISBN 0-691-05890-3 (pbk.) 905

A RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

SUMÁRIO

Págs.

1. Direitos de personalidade, direitos fundamentais, direitos pessoais 9
2. Modalidades 11
3. O empolamento dos direitos humanos 12
4. A tutela específica 13
5. A privacidade 14
6. A devassa da vida privada 16
7. Âmbito 16
8. O tratamento de dados pessoais 18
9. Perplexidades 20
10. O exagero no âmbito 22
11. O exagero na tutela 23
12. O exagero nas restrições impostas 23

1. DIREITOS DE PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS PESSOAIS

Não podemos deixar de partir de uma noção essencial de pessoa, como fim do Direito.

Essa noção é acolhida em vários lugares pela lei positiva.

O art. 70/1 do Código Civil português consagra a protecção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa de ofensa à sua personalidade física ou moral. Referem-se os *indivíduos*: é a pessoa humana que está em causa.

Desde logo proclama a Constituição, no art. 1, ser sua base a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um pressuposto, e não uma criação da Constituição. A lei positiva prevê e consagra o que é um dado prévio ao Direito. O Direito existe para as pessoas; e não deixaria de ser assim ainda que a lei o não proclamasse. Mas é importante assinalar que esta precedência é reconhecida e assegurada pelo Direito legislado.

A prioridade da pessoa humana encontra nos dias de hoje a sua expressão, de modo praticamente universal, na categoria dos direitos de personalidade, direitos do Homem ou direitos humanos. O fim destes é assegurar a realização ética do homem. Por isso, mesmo aspectos não previstos por lei são englobados nos direitos da personalidade, enquanto necessários para exprimir e assegurar a dignidade da pessoa.

Por este seu carácter essencial, os direitos de personalidade têm prioridade em relação a quaisquer outras categorias de direitos. Pelo que lhes corresponde uma tutela superior à de quaisquer outros direitos, só justificada pela sua densidade e prioridade ôntica.

Sendo assim, é necessário distinguir os direitos de personalidade e os direitos fundamentais.

Os *direitos fundamentais* tiveram na sua génese a finalidade de representar uma barreira face ao poder. Isto foi expresso nos Estados Unidos da América, onde o Estado continuou sempre a ser encarado como uma ameaça. A ideia básica é demarcar posições garantidas face ao Poder. Para isso se forjou a disciplina constitucional. Nem mesmo a evolução posterior, que ampliou os direitos fundamentais a novas zonas, particularmente no Direito Continental europeu, apagou aquela marca de origem na caracterização dos direitos fundamentais.

Outro é o espírito dos direitos de personalidade. Aqui atende-se ao homem em si, face seja a quem for, e não a uma relação com o Poder.

Há vastas zonas de sobreposição, há muitos direitos de personalidade que são também direitos fundamentais. Daí resulta um concurso de regimes jurídicos. Mas isso não implica a confusão dos núcleos.

Muitos direitos fundamentais não são direitos de personalidade: sejam os direitos familiares, sociais, políticos... E não repugna que direitos fundamentais sejam atribuídos a pessoas colectivas ou grupos, o que não é concebível nos direitos de personalidade.

Por outro lado, pode haver direitos de personalidade que não sejam direitos fundamentais, por serem irrelevantes pelo prisma das posições sociais asseguradas, que continua a estar na essência dos direitos fundamentais.

Há por isso duas linhas de desenvolvimento diferentes, que se cruzam mas se não confundem.

Também os direitos de personalidade se não reconduzem aos *direitos pessoais*.

Esta é uma categoria muito ampla e vaga. É difícil encontrar-lhe outra essência que não seja negativa: são os direitos que não são patrimoniais, porque não são avaliáveis em dinheiro. Mas podem ser elementos integrantes de posições patrimoniais, como o direito de voto, que integra a posição globalmente patrimonial do sócio.

Os direitos de personalidade são direitos pessoais. Mas a grande massa dos direitos pessoais não são direitos de personalidade, porque são independentes do fundamento ético.

Daqui por diante só nos ocuparão os direitos de personalidade. Desinteressamo-nos completamente de outros direitos pessoais.

2. MODALIDADES

Os direitos de personalidade são muitos. Não são apenas os contemplados por lei, porque os há atípicos. Há tantos quantos os impostos pela dignidade da pessoa humana.

Perante este grande número, é necessária uma classificação, para se poder avançar na análise do conteúdo.

São muito abundantes as classificações propostas.

Por nossa parte distinguiremos, dentro dos direitos de personalidade, os direitos:

— à personalidade
— à conservação da personalidade
— à realização da personalidade.

Esta classificação, não só nos dá uma arrumação satisfatória e facilmente perceptível das várias categorias, como nos permite aproveitar a vizinhança com uma distinção que tem sido feita no âmbito dos direitos fundamentais: a dos *direitos*, *garantias* e *liberdades*. Com efeito, o primeiro termo corresponderia aos direitos, o segundo às garantias, enquanto a realização da personalidade é o domínio das liberdades.

1) *Direitos à personalidade*

Querem-se abranger com esta fórmula elíptica os direitos que asseguram a base mínima da personalidade.

Estão neste caso direitos referentes à base física da personalidade, como os direitos à vida e à integridade física; mas também outros direitos, como o direito à identificação pessoal.

2) *Direitos à conservação da personalidade*

Estes direitos dão a possibilidade de reagir contra invasões indevidas na esfera da personalidade.

Estão nesta categorias:

— a inviolabilidade do domicílio
— a resistência

— o sigilo de correspondência

— e em geral a privacidade, que particularmente nos interessa, no seu conteúdo negativo.

3) *Direitos à realização da personalidade*

Releva aqui o elemento dinâmico da personalidade, porque o homem é um projecto *in fieri*. Abrangem-se também aspectos como a participação social, porque a personalidade se realiza na comunhão.

É necessário essencialmente deixar que o homem se realize. As várias liberdades encontram aqui a sua localização fundamental.

O modelo destes direitos seria o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, se porventura se dever admitir como direito autónomo ([1]).

3. O EMPOLAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Aparentemente, o nosso tempo é de consagração dos direitos de personalidade.

Nunca se falou tanto de direitos de personalidade ou de categorias afins: direitos humanos ou direitos do homem, direitos inatos, direitos originários...

Cada vez se tomam mais iniciativas em foros internacionais.

Cada vez se vazam mais em declarações internacionais.

Cada vez se amplia mais o catálogo das figuras compreendidas nas leis nacionais...

e cada vez há mais violações dos direitos da pessoa!

Para a maior parte da humanidade, "direitos humanos" é expressão sem conteúdo.

A inversão de sentido é tal que a defesa dos direitos humanos passou a servir de pretexto para agressões brutais. Lembramo-nos do 1984, de Georges Orwell: os quatro ministérios existentes eram os da Paz, Verdade, Amor e Fartura.

Os actos de violação são cobertos pela afirmação do seu contrário. Mas as consciências ficam tranquilas com a proclamação incessante de novos direitos.

([1]) Este direito passou a estar integrado no art. 26/1 da Constituição por efeito da revisão constitucional de 1997. Por mais estranho que possa parecer à primeira vista, respeita mais aos direitos fundamentais que aos direitos de personalidade. Com efeito, pode representar, perante o Poder, um direito defensivo, que ressalve a esfera própria da realização individual da personalidade contra intervenções exteriores. Como direito de personalidade, porém, parece inútil, por o seu conteúdo se integrar já noutros direitos mais concretos.

Pensando bem, verificamos que o empolamento dos direitos humanos não é a vitória destes; antes será frequentemente também o seu contrário.

1) A ampliação dos direitos de personalidade implica o empobrecimento da categoria.

Se tudo é direito humano, a figura perde densidade ética. Quando a Constituição brasileira integra entre os direitos fundamentais o direito à gratuitidade da certidão de óbito, revela que o núcleo ético da categoria está perdido.

A ampliação dos direitos consagrados passa a ser uma arma demagógica, que cobre facilmente a realidade contrária.

O avolumar de direitos humanos é incompatível com a garantia do regime privilegiado que lhes deveria caber.

2) Mas, mais grave ainda, os novos direitos limitam o espaço dos que são verdadeiramente fundamentais.

Se se tem de repartir o mesmo espaço por muitas figuras, o que é essencial fica diluído na pluralidade.

O resultado é uma degradação, e não uma vitória dos direitos do homem.

Contra isto, há que manter irredutivelmente a essência dos direitos de personalidade. O direito de personalidade é manifestação da Pessoa.

Isto impõe que só seja admitido como direito da personalidade o que tiver fundamento ético.

Ou seja, *só se pode falar em direito da personalidade quando a personalidade estiver efectivamente em causa.*

4. A TUTELA ESPECÍFICA

Porque os direitos de personalidade defendem sempre a pessoa, que é um conteúdo cujo serviço é realizado pela ordem positiva, a tutela destes direitos deve ser privilegiada em relação a todos os outros.

Mas encontraremos efectivamente uma tutela específica e reforçada destas situações?

Encontramos, sim. Simplesmente ela não está directamente compilada na lei. É necessário por isso procurá-la em vários sectores.

A distinção que fizemos dos direitos fundamentais permite-nos referir a tutela aos verdadeiros direitos da personalidade, e não aos direitos fundamentais. Estas têm em certos aspectos uma tutela específica, de que os direitos de personalidade não participam automaticamente ([2]). Beneficiam dela se forem igual-

---

([2]) Assim, os direitos fundamentais, ao menos os consagrados na Constituição, têm por si a garantia da constitucionalidade. Assim não acontece com os direitos de personalidade que não sejam constitucionalmente previstos.

mente previstos como direitos fundamentais, mas então é por serem direitos fundamentais também, e não por serem direitos de personalidade.

Caberia então ver em que se traduz essa tutela específica. Mas isso levar-nos-ia para longe do nosso tema. Limitamo-nos por isso a sumariar os vários aspectos em que ela se traduz; e remetemos para uma análise mais aprofundada das várias figuras para a secção relativa a "Direito da Personalidade" do nosso *Direito Civil — Teoria Geral* — vol. I ([3]).

Encontramos como manifestação de um regime específico:

1) A atipicidade dos direitos
2) A atipicidade das providências de protecção
3) A disponibilidade de um processo especial
4) A disciplina de ofensas a pessoas já falecidas
5) A irrenunciabilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade
6) A revogabilidade a todo o tempo das limitações voluntárias
7) A prevalência sobre outras categorias de direitos
8) A imprescritibilidade enquanto for possível a reconstituição da situação violada.

5. A PRIVACIDADE

Chegamos com isto à privacidade — ou ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, como diz a lei portuguesa (art. 80 C.C.).

Digamos que a privacidade chega até nós sob duas vestes diferentes:

I — *A* privacy, *em contraposição à publicidade ou ao sector público da vida*

O que está então em causa não é porém o "público" no sentido jurídico-administrativo: é antes a esfera social da existência humana. O que dá ao conceito uma grande extensão.

Habermas, em *Strukturwändel der Öffentlichkeit* ([4]), estuda primorosamente a variação do entendimento do que é público e privado na existência através dos tempos.

Mas no entendimento anglo-americano da *privacy*, esta acaba por ser o que pertence só a um sujeito.

Resulta da visão individualista do Estado e da vida: cria-se uma zona reser-

---

([3]) *Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2000.

([4]) Luchterhand (Berlim), 1971.

vada (não pública, neste sentido) de cada indivíduo. E isto independentemente de qualquer valoração ética (5).

Mas sendo assim, a privacidade é uma categoria vastíssima. Acaba por absorver em si numerosos direitos que foram autonomizados como direitos da personalidade, da inviolabilidade de domicílio à liberdade de pensamento ou locomoção.

Quase que se pode dizer que a *privacy* acaba por ser o conteúdo do direito de personalidade — quase como um megadireito que esgote toda a categoria. Mas a grande extensão é fatalmente acompanhada por escassa compreensão.

É uma visão alheia aos Direitos romanísticos. Nestes, seria impensável uma defesa da liberdade do aborto por invocação da privacidade. Estão em jogo outros valores, de modo que não adiantaria dizer que é problema privado.

II — *O direito à reserva ou a intimidade da vida privada, como um direito de personalidade entre outros*

Na sua matriz europeia, a privacidade tem uma caracterização diferente. É um direito prevalentemente defensivo, que coexiste com vários outros da mesma índole — como os direitos à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência, à imagem... É um passo mais na especificação dos direitos de personalidade.

Não é que não se encontre, no espaço romanístico, uma tentativa de criar um super-direito da personalidade. Mas esse super-direito não é o direito de privacidade. É o direito geral da personalidade, de origem alemã (6), destinado a cobrir todos os espaços de defesa da personalidade não especificamente previstos na lei.

Mas esta categoria é a nosso ver inútil. A possibilidade de individualização de direitos de personalidade em regime de *numerus apertus* satisfaz todas as necessidades, tornando dispensável esta duplicação (7).

Será pois apenas o tipo específico de direito à reserva ou à intimidade da vida privada, tal como resulta da lei e da elaboração doutrinária sobre esta realizada, que nos ocupará seguidamente.

---

(5) Quando muito haverá uma justificação ética abstracta ou pré-legislativa: o sistema é criado para que o indivíduo se possa orientar e exprimir como entender.

(6) Cfr., sobre este, Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

(7) Cfr. o nosso *Direito Civil — Teoria Geral* — vol. I cit., n.os 45 e 46.

6. A DEVASSA DA VIDA PRIVADA

As possibilidades técnicas de devassa da vida privada criam para cada pessoa uma vulnerabilidade quase total.

A potencialidade de intromissão é hoje espantosa.

Fez-se sentir inicialmente sobretudo no domínio da publicidade comercial, perante formas de aproveitamento publicitário da vida privada. A publicidade, com o seu estatuto ético (mas não economicamente) degradado, tornava patente a intromissão.

Manifesta-se subsequentemente por um jornalismo invasor, hoje extensivo a todos os meios de comunicação social, que devassa a intimidade de cada um na busca do anómalo com que sacuda a indiferença reinante. Perante estas formas de comunicação, que ameaçam tudo e todos, há um elevado grau de tolerância, decerto porque a opinião pública depende dos próprios meios de comunicação.

Os meios informáticos potenciam extremamente os perigos de intromissão na vida privada.

O cruzamento de informações permite a reconstituição nos aspectos mais relevantes socialmente da vida de cada um. Perante o desenvolvimento incessante dos processos informáticos na vida corrente, torna-se uma questão vital a defesa da privacidade face à informática.

Cada pessoa passa assim a viver numa espécie de liberdade condicional. Está constantemente exposta, ou dependente de quem a pode expor. A todo o momento pode ser liquidada por factos tirados do passado, revelados na medida necessária e no momento oportuno.

A coacção implícita passa assim a ser elemento condicionante da vida de cada um. Explica muitas atitudes, que aos olhos comuns seriam inexplicáveis.

Os homens públicos subsistem graças a uma teia de silêncios cúmplices e recíprocos. Mas o estado de graça cessa logo que se afastem dos pactos tácitos que marcam a sua zona.

Por isso, para nos libertar de algum modo desta existência de títeres que nos ameaça, a defesa da reserva da intimidade da vida privada passa a ser uma tarefa fundamental. Na sua base há um inegável valor ético.

7. ÂMBITO

O art. 80/1 do Código Civil dispõe que todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

Esta fórmula diz pouco sobre a extensão da reserva a observar e o âmbito da intimidade.

O n.º 2 traz um esclarecimento: a extensão da reserva mede-se pela natureza do caso e a condição das pessoas. Isto mostra que a valoração última do que seja o conteúdo reservado terá de se fazer à luz do circunstancionalismo do caso concreto.

Mas isto não significa que tenhamos que nos remeter ao casuísmo. Podem-se traçar orientações gerais.

Nomeadamente, quando se fala em condição das pessoas, não há que entender a referência como limitada a uma apreciação individual. Antes de mais, há que ter em conta o estatuto social (público, neste sentido) das pessoas. Se são figuras públicas, estão sujeitas a condicionalismos distintos.

Por outro lado, há a necessidade de se traçarem os círculos ou graus nos quais deve imperar a reserva.

Hubmann, ao versar a individualidade, distingue as esferas:

— individual

— privada

— secreta ([8]).

Podemos transpor, com algumas adaptações, para o nosso tema.

1) *Esfera individual*

Temos aqui os elementos referidos a uma pessoa, em termos que permitam a identificação desta.

A questão põe-se logo no que respeita ao tratamento dos dados pessoais. Estes são definidos com grande amplitude: qualquer informação relativa a pessoa identificável, nos termos do art. 3 *a* da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

Multiplicam-se efectivamente as normas sobre protecção de dados pessoais. Veremos esse ponto a seguir. Há porém que controlar constantemente se respeitam ou não a matéria ligada à tutela da personalidade.

Assim, informarmo-nos sobre um número de telefone que não consta da lista é violar a privacidade?

A não ser que nos contentemos com uma visão meramente negativa e individualística da vida privada, há que distinguir o que respeita verdadeiramente a uma esfera sobre a qual há que guardar reserva.

A própria Lei n.º 67/98 distingue, dos dados que genericamente considera relativos à vida privada, os *dados sensíveis* (art. 7/1).

Em geral, será apenas sobre estes que recai a problemática do direito da personalidade.

([8]) *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.ª ed., Bohlau (Colónia), 1967.

2) *Esfera privada*

Em sentido substancial, só estes dados, assim qualificados, deveriam integrar os dados respeitantes à vida privada. A Constituição, no art. 26/1, fala na reserva da intimidade da vida privada e *familiar*. De todo o modo, está centrada numa faculdade de resguardar o próprio convívio, impedindo que seja devassado.

Esta é uma esfera de carácter defensivo. Cada um deve ter uma parte da sua vida resguardada, sem "andar nas bocas do mundo".

3) *Esfera secreta*

Mas há ainda uma esfera última, que abrange os aspectos mais densos da consciência, com as suas opções últimas.

Este é o sector em que a intimidade deve ser mais intensamente resguardada, para abrir espaço que permita o desenvolvimento da personalidade.

Foi traduzido, negativamente, como o *direito de estar só*. Mas dito deste modo, poderia ser a defesa de meras atitudes anti-sociais, sem valor intrínseco.

Mais do que um direito de estar só poderia falar-se num *direito ao silêncio*, no sentido profundo.

Seria a garantia de uma esfera que permita ao homem recolher-se. Entrar num silêncio espiritual, não distraído por rumores estranhos, que lhe permita encontrar-se consigo mesmo.

E desse modo, abrir-se à Transcendência.

8. O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Às preocupações sobre a intromissão na vida privada ocorrem nomeadamente as leis sobre o tratamento de dados pessoais.

Hoje temos de contar sobretudo com:

1) Directriz n.º 95/46/CE, de 24 de Outubro, sobre a protecção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, sobre protecção de dados pessoais.

2) Directriz n.º 97/66/CE, de 15 de Dezembro, sobre tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das telecomunicações.

Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, com o mesmo objecto e que a transpõe.

3) Directriz n.º 02/58, de 12 de Julho, relativa à privacidade e às comunicações electrónicas (ainda não transposta para a ordem jurídica portuguesa).

A tendência destes diplomas é a de encarar estas matérias com a maior generalidade.

Assim, ficheiro de dados pessoais é qualquer conjunto estruturado de dados pessoais (art. 3 *a* da Lei n.º 67/98).

Dada a extensão atribuída à categoria "dados pessoais", a minha agenda de endereços é um ficheiro de dados pessoais?

Por outro lado, vimos que os grandes perigos surgem com a possibilidade do tratamento automatizado de dados. Mas os diplomas generalizam: aplicam-se ao "tratamento informatizado ou não". Aplicam-se também aos ficheiros manuais (art. 4/1).

Tratamento de dados pessoais é definido com uma amplitude impressionante. A mera consulta, por exemplo, é já tratamento ([9]).

As distinções vão-se processando, em termos que não são de exemplar clareza. Das restrições são excluídas fundamentalmente duas categorias de dados (art. 4):

— de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas

— liberados por leis especiais.

Continuamos com dificuldades de determinação. As anotações que eu faço sobre os alunos que examino estão ou não sujeitas a restrições?

Usam-se fórmulas equívocas. Nos termos do art. 6, o tratamento só pode ser efectuado se o titular tiver dado o seu consentimento (o que é óbvio), ou em casos como a "prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento... desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades ou garantias do titular dos direitos". Utilizam-se pois cláusulas gerais vastíssimas, do que decorre grande incerteza na aplicação.

Um aspecto fundamental está porém na posição particular atribuída aos *dados sensíveis*, de que já falámos. Estes abrangem, nos termos do art. 7/1, os dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada, origem racial ou étnica, saúde e vida sexual, incluindo os dados genéticos.

A vida privada aparece assim como um dos vários domínios em que os dados são sensíveis. Há assim uma considerável diferença de grau, entre dados pessoais e o círculo mais restrito representado pelos dados referentes à vida privada.

O princípio, aqui, é o da proibição do tratamento destes dados. O que significa que os dados eticamente mais relevantes estão excluídos de qualquer tratamento.

Note-se que entre os dados sensíveis não se incluem os referentes à situação patrimonial ou financeira ([10]).

([9]) Cfr., por exemplo, Yves Poullet, *Internet et vie privée — Nouveaux enjeux. Nouvelles solutions*, texto distribuído mas cujo local de publicação ignoramos. O autor procura nomeadamente limitar por interpretação o sentido amplíssimo do art. 4 *c* da Directriz n.º 95/46/CE, que levaria a que praticamente a totalidade dos fluxos transfronteiriços caísse sob o campo de aplicação da directriz (n.os 32 e seguintes).

([10]) Não era assim na lei antecedente. Mas manifestou-se a oposição das instituições de crédito, que invocaram a necessidade de gerir riscos, não se podendo bastar com as informações

Todavia, também em relação aos dados sensíveis se levantam excepções ao princípio da proibição do tratamento, no próprio art. 7/2 a 4 e no art. 8. Essas excepções são por vezes de grande amplitude, como no caso de "por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável".

É determinante neste contexto a intervenção de uma entidade pública, a Comissão Nacional de Protecção de Dados. Cabe-lhe nomeadamente autorizar a interconexão de dados pessoais (art. 9), verificadas as finalidades que se discriminam. Dá-se com isto uma certa burocratização desta matéria.

O art. 10 disciplina a recolha de dados pessoais e nomeadamente o direito de informação. Este deve ser satisfeito no caso de recolha de dados em redes abertas. É uma das poucas manifestações da especificidade da questão no domínio informático.

A obrigação de informação pode ser dispensada, por lei ou pela CNPD (n.º 5); e não se aplica ao tratamento de dados efectuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária (n.º 6).

Aqui se manifesta uma posição privilegiada da comunicação social, que tem evidentemente os seus ficheiros.

E, mais vastamente, manifesta-se uma posição privilegiada das entidades que podem efectivamente realizar o tratamento de dados, mesmo sensíveis, e do público em geral, que o não pode fazer.

9. PERPLEXIDADES

Estamos colocados perante um grande estaleiro de obras.

Em muitos domínios se procura progredir tacteando, no sentido de encontrar fórmulas que salvem a privacidade.

Não podemos desconhecer os esforços realizados e as dificuldades reais encontradas. É talvez o caminho possível neste momento.

Mas só é o caminho possível como base para aperfeiçoamentos futuros. Porque são muitas as perplexidades que esta situação cria.

São algumas destas perplexidades que procurarei agora comunicar.

---

voluntariamente prestadas pelo beneficiário do crédito, sem ter a possibilidade de confirmação. Lograram assim que esses dados deixassem de ser considerados sensíveis, passando a ficar submetidos ao regime geral.

Neste domínio tem-se verificado até um avanço nas excepções estabelecidas em relação ao sigilo bancário. Este deixou mesmo totalmente de valer em caso de suspeita de branqueamento de capitais.

É possível que haja também desvios na orientação da tutela daquilo que à partida se anunciara como defesa de um direito de personalidade.

1) O sistema pode ser na realidade colocado ao serviço de finalidades menos nobres, que nada têm que ver com a defesa da personalidade.

Assim acontece quando serve finalidades de defesa contra o Fisco.

2) Pode ser utilizado para criar obstáculos à realização da Justiça.

Assim acontece seguramente com o magno problema da *prova ilícita*.

Mas, se porventura proclamarmos, em nome da privacidade, que não pode ser aceite como prova o que foi produzido para utilização privada — então desaparecem quase todas as possibilidades de fazer prova em juízo.

E tem de se perguntar se a realização da Justiça não é também um objectivo fundamental, que não pode ser sacrificado sem mais em nome da privacidade.

3) Pode ser aproveitado como mera fonte de proventos materiais.

Assim, o direito à privacidade impôs-se no Brasil em casos de utilização de imagens de jogadores de futebol, sem autorização destes.

Mas na verdade, nenhum direito de personalidade, seja à privacidade ou outro, estava implicado na utilização de uma imagem que se revestia de ultra-publicidade.

Chocam-se aí apenas interesses materiais, relativos à remuneração a obter, que são alheios a esta problemática.

4) No fundo, em vez de uma vitória do direito de personalidade, encontramos muito mais facilmente a degradação do seu conteúdo.

No domínio da privacidade, o sentido ético está em permitir que esta represente um anteparo para a realização da personalidade.

Mas o resultado é frequentemente o contrário. Porque a privacidade acaba por ser encarada como um anteparo para o egoísmo individual. Passa a basear-se na mera arbitrariedade.

Podemos voltar ao "direito de estar só".

Tomado por si, ele representa antes de mais uma perda do sentido comunitário.

A realização do homem é solidária. Deve fazer-se com os outros, para os outros e através dos outros.

Mas se o direito de estar só não é entendido no sentido profundo que esboçámos atrás, transforma-se num direito contra os outros.

Nenhuma realização humana é porém viável se se perde o sentido de comunhão.

Num exemplo real, consideremos a situação de uma doença geneticamente transmitida aos membros duma família, mas só paulatinamente revelada. Essa doença é porém curável, se se actuar no estado apenas latente.

Detectada a doença num dos membros da família, suscita-se a necessidade de prevenir os outros, para os sujeitar ao tratamento necessário.

A isso se opõe porém a privacidade do doente, que se recusa a que a sua doença seja revelada.

Como proceder? Deve-se respeitar a reserva, quando isso torna impossível salvar os restantes membros da família?

Não temos dúvida em responder negativamente. Nenhum direito de personalidade se pode basear num desrespeito grave dos outros e na quebra da comunhão. No conflito, a saúde e a vida dos outros prevalecem sobre uma recusa que ofende gravemente a solidariedade familiar.

10. O EXAGERO NO ÂMBITO

O sistema de meios vigente não pode deixar de ser objecto de um exame crítico.

A própria importância do que está em causa exige um sentido muito apurado dos limites.

Exagero no âmbito atribuído ao direito

De num livro recente, respigamos algumas figuras apresentadas como manifestações de direitos de personalidade violados:

a) espiar dois namorados num banco de jardim

b) passar à frente de outro passageiro e ocupar o banco vago de autocarro para que ele se dirigia

c) choque entre dois transeuntes ao dobrar a mesma esquina

d) revelar um endereço que consta da lista telefónica ([11]).

Poderíamos dar muitos exemplos mais, retirados da mesma fonte ([12]).

Há aqui factos da vida corrente. Representam contratempos. Podem dar choques ou colisões sociais.

Mas nada têm que ver com a defesa ou realização da personalidade. Esta é uma realidade ética, substancial. Não se parte de uma visão de personali-

---

([11]) Veja-se Rabindranath Capelo de Sousa, *Direito Geral de Personalidade*. O último exemplo encontra-se a págs. 340-341.

([12]) Seja enviar publicidade pelo correio, ou telefonar para casa a fazer publicidade. Pode ser desagradável ou importuno. Pode ser ou não proibido pela lei positiva. Mas nada tem que ver com a tutela da privacidade.

E se se quiser incluir de qualquer modo na privacidade, então diríamos que representa uma zona da privacidade que não é coberta pelo direito da personalidade.

O Dec.-Lei n.º 161/77, de 21 de Abril, que tipificou como crime a entrega ou envio de "quaisquer produtos ou publicações" que não tenham sido pedidos ou encomendados, representou uma manifestação de barbárie, própria da época que então se atravessava.

dade melindrosa, quezilenta ou egoísta, mas de uma realização da personalidade que substancialmente é convívio e solidariedade.

Os contratempos no dia a dia são factos normais, que a construção da personalidade ensina a superar. Auto-afirmação e realização da personalidade não se confundem. A suprema realização da personalidade está até no sacrifício pelos outros.

11. O EXAGERO NA TUTELA

A preocupação de defesa da personalidade levou com frequência a formas exacerbadas de tutela.

As previsões sancionatórias arriscam-se a ser tão amplas que perdem determinabilidade.

Recorre-se com afoiteza ao Direito Penal, não só no Código Penal como nos arts. 43 a 49 da Lei n.º 67/98. Mas o recurso a tipos indefinidos arrisca-se a trazer a criminalização da vida corrente.

Suponho que bastará dar como exemplo o art. 192 do Código Penal, que tem justamente por epígrafe: "Devassa da vida privada".

Pune-se com prisão até 1 ano e multa até 120 dias quem:

"*c)* Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontram em lugar privado".

A velhota bisbilhoteira da província que, por detrás da cortina, observa os movimentos no pátio do vizinho, é uma criminosa?

"*d)* Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa".

As empregadas domésticas, quando se encontram, de que falam? Da vida dos patrões.

São criminosas!

É também completamente insensato criminalizar a comunicação de factos relativos a doença duma pessoa. Estamos a cair num universo concentracionário, criminalizando factos da vida corrente a pretexto da defesa da intimidade da vida privada.

12. O EXAGERO NAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS

Do exame que fizemos das restrições impostas em matéria de dados pessoais resultou o grande âmbito que a estas foi atribuído.

Certamente que da devassa de dados pessoais resultam grandes perigos, que assinalámos sem nenhuma complacência.

Mas tudo se proíbe, numa extensão tal que leva a cercear gravemente o espaço de liberdade na vida corrente.

Assimilam-se ficheiros e tratamentos de dados manuais aos informáticos, ignorando a potenciação que estes vieram trazer às possibilidades de intromissão na vida privada. Isto exigiria uma distinção qualitativa.

Por outro lado, o sistema trazido traduz-se numa grave vulnerabilidade do público em geral.

Criaram-se duas classes: a dos apetrechados com ficheiros de dados pessoais, que podem tratar, e a dos desprovidos destes. Perante a vastidão dos meios informáticos, isso equivale a atribuir a uns poder, e a retirá-lo a outros.

Mas aqueles a quem é retirado o acesso à informação normal sobre as pessoas e instituições com quem dia a dia se convive ficam em situação de vulnerabilidade. Perante quem tudo sabe, perdem todos os meios de defesa.

Fixemo-nos na posição do público perante a comunicação social. Há uma diferença de quem tudo sabe e pode, e de quem não tem o direito de saber.

Se alguém se sentir atingido por uma campanha ou afirmação de um desses meios, que pode fazer? Não tem dados com que contradiga, nem pode aceder a eles.

O art. 7/3 *d* da Lei n.º 67/98 permite ainda o tratamento de dados sensíveis quando for "necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade". Mas como se poderá nessa circunstância fazer o tratamento de dados, quando se não pode ter ficheiros? Na altura em que for preciso, não haverá dados a tratar.

Assim, o público está inerme, enquanto que os poderes que perante ele se perfilam se tornam incontroláveis, formando a opinião pública ao sabor das suas orientações e dos seus interesses.

Mas há que generalizar. A informação é poder. Quem tiver a informação tem o poder. Quem não a tem fica subordinado sem defesa a esse poder. Não pode reagir a uma acusação, mesmo infundada, porque não tem dados; nem pode comprovar as afirmações que fizer.

Sendo assim, todo o sistema exige uma revisão meticulosa. Não está em causa apenas uma defesa da privacidade. Para além disso, há um problema de liberdade de informação na sociedade. Não se pode chegar a uma situação em que uns tendam para zero, perante outros que tendem para o infinito.

Sendo assim, as restrições no acesso e tratamento de dados devem ser limitadas ao mínimo, para não se criarem diminuições desnecessárias do espaço de liberdade; e para que não surjam entidades que têm o monopólio de conhecimento e tratamento de dados, que subordinem totalmente quem os desconheça.

E podem até levantar-se visões de pesadelo.

Algumas dessas entidades funcionam em regime de secretismo.

E se essas entidades forem por sua vez ocupadas ou manejadas?

Se caírem no âmbito de alguma fonte oculta de poder, diferente do poder formal?

Não estaremos em risco de sermos transformados em peças inertes, nas mãos de um poder sem visibilidade que nos não dá nenhuma possibilidade de defesa?