



Virgínia Fehlberg Cardozo

**O DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA:
O PROBLEMA DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS EM PROCESSO PENAL**

***RIGHT OF PRIVACY:
THE JURIDICAL-CONSTITUTIONAL FRAMEWORK CONCERNING WIRETAPPING IN
CRIMINAL PROCEDURE***

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional.*

Coimbra, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**O DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA:
O PROBLEMA DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS
ESCUTAS TELEFÔNICAS EM PROCESSO PENAL**

***RIGHT OF PRIVACY:
THE JURIDICAL-CONSTITUTIONAL FRAMEWORK CONCERNING
WIRETAPPING IN CRIMINAL PROCEDURE***

VIRGÍNIA FEHLBERG CARDOZO

Coimbra, 2016



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

VIRGÍNIA FEHLBERG CARDOZO

**O DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA:
O PROBLEMA DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS
ESCUTAS TELEFÔNICAS EM PROCESSO PENAL**

***RIGHT OF PRIVACY:
THE JURIDICAL-CONSTITUTIONAL FRAMEWORK CONCERNING
WIRETAPPING IN CRIMINAL PROCEDURE***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico- Político/Menção em Direito Constitucional, sob Orientação da Exma. Sr.^a Prof. ^a Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz.

Coimbra, 2016

Virgínia Fehlberg Cardozo

O direito à intimidade da vida privada: o problema do enquadramento jurídico-constitucional das escutas telefônicas em processo penal/ *Right of Privacy: the juridical-constitutional framework concerning wiretapping in criminal procedure*/Virgínia Fehlberg Cardozo – *Coimbra*, 2016, 168 fl.^s, 30 cm.^s.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2016. Bibliografia: fl. 128.

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz

VIRGÍNIA FEHLBERG CARDOZO

**O DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA:
O PROBLEMA DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS
ESCUTAS TELEFÔNICAS EM PROCESSO PENAL**

RIGHT OF PRIVACY:

*THE JURIDICAL-CONSTITUTIONAL FRAMEWORK CONCERNING WIRETAPPING IN
CRIMINAL PROCEDURE*

*Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.*

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca Examinadora:

Prof.^a Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador (a) 1
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador (a) 2
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2016

Dedico este trabalho especialmente aos meus pais e a minha irmã, pelo exemplo de generosidade, fortaleza e muito amor.

É proibido...

É proibido chorar sem aprender,
Levantar-se um dia sem saber o que fazer
Ter medo de suas lembranças.
É proibido não rir dos problemas
Não lutar pelo que se quer,
Abandonar tudo por medo,
Não transformar sonhos em realidade.
É proibido não demonstrar amor
Fazer com que alguém pague por tuas dúvidas e mau-humor.
É proibido deixar os amigos
Não tentar compreender o que viveram juntos
Chamá-los somente quando necessita deles.
É proibido não ser você mesmo diante das pessoas,
Fingir que elas não te importam,
Ser gentil só para que se lembrem de você,
Esquecer aqueles que gostam de você.
É proibido não fazer as coisas por si mesmo,
Não crer em Deus e fazer seu destino,
Ter medo da vida e de seus compromissos,
Não viver cada dia como se fosse um último suspiro.
É proibido sentir saudades de alguém sem se alegrar,
Esquecer seus olhos, seu sorriso, só porque seus caminhos se desconstruíram,
Esquecer seu passado e pagá-lo com seu presente.
É proibido não tentar compreender as pessoas,
Pensar que as vidas deles valem mais que a sua,
Não saber que cada um tem seu caminho e sua sorte.
É proibido não criar sua história,
Deixar de dar graças a Deus por sua vida,
Não ter um momento para quem necessita de você,
Não compreender que o que a vida te dá, também te tira.
É proibido não buscar a felicidade,
Não viver sua vida com uma atitude positiva,
Não pensar que podemos ser melhores,
Não sentir que sem você este mundo não seria igual.

Pablo Neruda

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz, pelo desafio. Serei eternamente grata por ter podido estudar e ser sua orientanda, vindo esta me estimular com esse tema cheio de limitações que abordarei a seguir.

Ao Prof. Doutor Fernando Alves Correia, pelos ensinamentos em Direito Constitucional I, e extensivamente a Prof.^a Doutora Paula Veiga em Direito Constitucional II.

Aos Prof.^s das diferentes disciplinas, que puseram em evidência demais assuntos no decorrer deste Mestrado, como por exemplo, Direito do Ordenamento e Urbanismo lecionado pelo Prof. Doutor Fernando Alves Correia, Direito do Ambiente lecionado pela Prof.^a Doutora Alexandra Aragão, e Relação Coletiva do Trabalho lecionado pelo Prof. Doutor João Reis.

A todo o corpo docente, pelos conhecimentos adquiridos de forma indireta.

Aos colegas e pessoas amigas do peito, em especial, Arthur Amorim, Beta Fulcro, Bruna Franceschini, Herla Coura, Ingrid Teixeira e Marion Souza.

À minha família amada sempre e aos “seres sensíveis”¹, em específico, Liza e Charlotte.

Por fim, à Instituição Conimbricense, na Idade Moderna, “... apresentava como principal objetivo formar mão de obra qualificada para ocupar os cargos burocráticos do Estado. A principal reforma nesta instituição foi realizada pelo Marquês de Pombal e por meio dela o Direito Romano passou a ter um caráter subsidiário, sendo o Direito Canônico excluído do currículo. Cabe ressaltar que a reforma pombalina, fundamentada na legalidade e não na religiosidade, extinguiu os trabalhos desenvolvidos pela Companhia de Jesus. Foi na Universidade de Coimbra que os primeiros burocratas brasileiros estudaram, trazendo para nosso país toda a tradição existente em Portugal”².

“... Coimbra é uma lição. De sonho e tradição ...”³.

¹ Disponível em: <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-54-41-1.html>

² BONAT, Débora. Didática do Ensino Superior. 3.^a ed., 2010, p. 13.

³ FERRÃO, Raul/GALHARDO, José Galhardo. “Coimbra”.

GRATIDÃO...

Senhor, muito obrigada, pelo que me deste, pelo que me dás! Pelo ar, pelo pão, pela paz!

Muito obrigada, pela beleza que meus olhos veem no altar da natureza. Olhos que contemplam o céu cor de anil, e se detém na terra verde, salpicada de flores em tonalidades mil! Pela minha faculdade de ver, pelos cegos eu quero interceder, por aqueles que vivem na escuridão e tropeçam na multidão, por eles eu oro e a Ti imploro comiseração, pois eu sei que depois dessa lida, numa outra vida, eles enxergarão!

Senhor, muito obrigada pelos ouvidos meus. Ouvidos que ouvem o tamborilar da chuva no telheiro, a melodia do vento nos ramos do salgueiro, a dor e as lágrimas que escorrem no rosto do mundo inteiro. Ouvidos que ouvem a música do povo, que desce do morro na praça a cantar. A melodia dos imortais que a gente ouve uma vez e não se esquece nunca mais. Diante de minha capacidade de ouvir, pelos surdos eu te quero pedir, pois eu sei, que depois desta dor, no teu reino de amor, eles voltarão a ouvir!

Muito obrigada Senhor, pela minha voz! Mas também pela voz que canta, que ensina, que consola. Pela voz que com emoção, profere uma sentida oração! Pela minha capacidade de falar, pelos mudos eu te quero rogar, pois eu sei que depois desta dor, no teu reino de amor, eles também cantarão!

Muito obrigada Senhor, pelas minhas mãos, mas também pelas mãos que aram, que semeiam, que agasalham. Mãos de caridade, de solidariedade. Mãos que apertam mãos. Mãos de poesias, de cirurgias, de sinfonias, de psicografias, mãos que numa noite fria, cuida ou lava louça numa pia. Mãos que a beira de uma sepultura, abraça alguém com ternura, num momento de amargura. Mãos que no seio, agasalham o filho de um corpo alheio, sem receio.

E meus pés que me levam a caminhar, sem reclamar. Porque eu vejo na Terra amputados, deformados, aleijados...e eu posso bailar!!... Por eles eu oro, e a ti imploro, porque eu sei que depois dessa expiação, numa outra situação, eles também bailarão.

Por fim Senhor, muito obrigada pelo meu lar! Pois é tão maravilhoso ter um lar....

Não importa se este lar é uma mansão, um ninho, uma casa no caminho, um bangalô, seja lá o que for! O importante é que dentro dele exista a presença da harmonia e do amor! O amor de mãe, de pai, de irmão, de um companheiro.... De alguém que nos dê a mão, nem que seja a presença de um cão, porque é tão doloroso viver na solidão! Mas se

eu ninguém tiver, nem um teto para me agasalhar, uma cama para eu deitar, um ombro para eu chorar, ou alguém para desabafar..., não reclamarei, não lastimarei, nem blasfemarei. Porque eu tenho a Ti! Então muito obrigada porque eu nasci! E pelo teu amor, teu sacrifício, tua paixão por nós,

Muito obrigada Senhor!

Poema de Gratidão - Amélia Rodrigues (Divaldo Pereira Franco)

“O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar novas realidades”.

Hannah Arendt

RESUMO

A República Portuguesa tutela no artigo 26.º da Constituição e dentre “outros direitos pessoais”, na norma do n.º 1, o direito à reserva da intimidade da vida privada em um contorno diligente.

O direito que se analisa, com plúrimas projeções, apresenta um campo de proteção amplo, em comparação com diplomas fundamentais de outros países, incluindo uma vertente civilística.

A ultrapassagem dos limites legais da esfera do direito à reserva da intimidade da vida privada *stricto e lato sensu*, nomeadamente colocada pelo problema do enquadramento jurídico-constitucional da realização das escutas telefônicas - o “registro técnico das palavras num suporte que torne possível a sua ulterior audição”, na definição de Manuel da Costa Andrade - em processo penal configura uma das dificuldades judiciárias mais prementes que urge procurar solucionar.

A legislação portuguesa é das mais ortodoxas na configuração da salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada, sendo objeto de debate a consequência da violação dos ditames processuais - proibição do meio de obtenção de prova vs. nulidade processual - e o bem jurídico protegido pelas incriminações subjacentes àquela.

Palavras-chave: Direito à reserva da intimidade da vida privada; Jurídico-Constitucional; Escutas telefônicas; Processo Penal.

ABSTRACT

The Portuguese Republic, in its legal system, protects in its Article 26th, n. 1 and among "other personal rights", the right to privacy in the private life in a diligent contour.

The right under analysis has multiple projections, features a large protective field compared to fundamental diplomas from other countries, including a civilistic shed.

Exceeding the legal limits of the sphere of the right to privacy in the private life stricto and lato sensu, namely placed by the problem of legal/constitutional framework of carrying out the wiretapping - the "technical record of the words in a way that makes possible its further hearing", under the definition by Manuel da Costa Andrade - in criminal proceedings sets up one of the most pressing judicial difficulties, urgently in need of resolution.

The Portuguese legislation is one of the most orthodox in its configuration of safeguarding the right to privacy in the private life, being on the center of the debate the result of a breach of procedural dictates - prohibition of the means of obtaining evidence vs. invalidation - and the legal interests protected by the offenses underlying it.

Keywords: *Right to privacy of private life; Legal and Constitutional; Wiretapping; Criminal proceedings.*

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Acórdão

CC – Código Civil

CD – *Compact Disc*

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DADH - *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

DR – Diário da República

DVD - *Digital Versatile Disc*

ONU – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PCC – Pareceres de Conselho Consultivo

PGR – Procuradoria-Geral da República

RE – Relação de Évora

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RP – Relação do Porto

STE – Supremo Tribunal Espanhol

StPO Alemã - *Strafprozeßordnung*

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	17
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	17
2. DA EVOLUÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA.....	24
2.1. A LEGAL POSITIVAÇÃO DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	25
3. DIREITO SUPRANACIONAL.....	27
4. BREVE INCURSÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	39
5. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
6. SALVAGUARDA LUSA DA PERSONALIDADE.....	48
7. O PROBLEMA NO SENTIDO DO DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	51
CAPÍTULO II – CONCRETIZAÇÕES DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	66
1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL <i>LATO SENSU</i> À LUZ DO ARTIGO 26.º, N.º 1 DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA.....	66
2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA <i>STRICTO SENSU</i>.....	81
CAPÍTULO III – (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS? DIREITOS FUNDAMENTAIS POTENCIALMENTE CONTRAVINDOS POR ESTE MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	94
1. INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL.....	94
2. REGIME PROCESSUAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS.....	106
2.1. CONCEITO.....	108
2.2. PRESSUPOSTOS.....	111
2.3. REQUISITOS.....	114
2.4. QUEM PODE SER O CENTRO DE INTERESSE DE INTERVENÇÃO?.....	116

2.5. ESPAÇO DA AÇÃO TÍPICA E LIMITE TEMPORAL DA ESCUTA.....	117
2.6. O PRINCÍPIO DA RESERVA JUDICIAL.....	118
2.7. ESPECIFICIDADES LEGAIS NA REALIZAÇÃO DAS ESCUTAS.....	119
2.8. DO PROTOCOLO DA ESCUTA E ELIMINAÇÃO TOTAL DOS SUPORTES TÉCNICOS.....	120
2.9. “EXTENSÃO” DAS ESCUTAS.....	121
2.10. PROIBIÇÃO DE PROVA E/OU NULIDADE?	122
5. CONCLUSÃO.....	125
BIBLIOGRAFIA.....	128
REVISTAS/ARTIGOS/SEPARATAS.....	136
JURISPRUDÊNCIA.....	141
ANEXOS.....	146

INTRODUÇÃO

“A Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico - refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser”, compreende assim Flávia Piovesan.

Neste sentido, o Acórdão n.º 241/2002 ressalta que “A Constituição consagra, em diversos preceitos, um conjunto de direitos que protegem o que, *lato sensu*, se pode considerar a esfera da vida pessoal dos cidadãos”.

Em conformidade com esta jurisprudência, o artigo 26.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa adota o “direito à reserva da intimidade da vida privada”, o artigo 34.º, n.º 1 assegura a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada” e proíbe no n.º 4 “toda a ingerência das autoridades públicas ... nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em processo criminal” e o artigo 32.º, n.º 8, na esfera das garantias processuais criminal, destrói com a nulidade “todas as provas obtidas mediante ... abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Não obstante, o artigo 80.º do Código Civil determina que a extensão da reserva sobre a intimidade da vida privada “é definida conforme a natureza do caso”.

Isto posto, a norma constitucional que nesta ocasião realmente se destaca é o artigo 26.º, n.º 1, no que diz respeito a consagração do direito fundamental, dentre outros direitos pessoais, à reserva da intimidade da vida privada.

No decorrer do presente trabalho acadêmico principiaremos por analisar o âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada constitucionalmente protegida como direito fundamental, analisando o fenômeno da reserva da intimidade da vida privada do ponto de vista do Regime dos direitos, liberdades e garantias, antes de o fazermos relativamente aos instrumentos de Direito Internacional que vinculam o legislador português a “interpretar e integrar de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Explicitaremos as devidas concretizações deste direito, porém, abordaremos o tratamento doutrinal a respeito deste preceito constitucional, o qual, “a Constituição não estabelece o conteúdo e alcance do direito à reserva da intimidade, nem define o que deva

entender-se por intimidade como bem jurídico constitucionalmente protegido”, explicitado no contexto do Acórdão n.º 278/1995.

Centralizaremos na análise do estudo de caso acerca da jurisprudência do Tribunal Constitucional, começando por traçar a sua evolução, avaliando a dinâmica de conjunto plúrima de manifestação do direito à reserva da intimidade da vida privada previstas no supracitado Título II, Capítulo I da Constituição da República Portuguesa e procuraremos perceber se o legislador luso, com a positiva previsão do tipo legal de crime, no caso das escutas telefônicas, sob análise, consagrou uma solução original sobre Direito Comparado, nomeadamente em “confronto/concordância” com as resoluções em França, Itália, Espanha e Alemanha.

Ateremos os nossos estudos na análise jurisprudencial sobre à reserva da intimidade da vida privada *stricto sensu*, na análise do tipo legal de crime, quanto as escutas telefônicas, mediante intromissão na vida privada, fornecendo pontos principais objetivos do bom emprego da norma para concretizar a intenção do legislador.

Finalizaremos, sem esgotar o entendimento, a metódica da coeva Dissertação buscando compreender se existe (in)constitucionalidade das escutas telefônicas quando contravindos direitos fundamentais por este meio de obtenção de prova, salvo o disposto em lei, se este se deve apenas a imposições de Direito Internacional ou se, ao invés, o legislador Constitucional e Processual Penal lusitano não terá, além disso, cedido à voz do povo e as repercussões que clamam, como explicitado na bandeira brasileira, por “ordem e progresso”, adequando-as.

CAPÍTULO I – O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ruth Gavison⁴ afirma que “quem se debruçar sobre o direito à intimidade, por certo, será tomado de um sentimento de inquietude”.

Encetamos esta pesquisa mencionando o desempenho categoricamente fundamental que a informação e a comunicação coraçam no mundo.

Aludimos, além disso, que a hodierna sociedade se distingue paulatinamente pela tríade político, econômico e social, visto que o desenvolvimento demográfico, por conseguinte, acendem, todavia, a indispensabilidade de dados e informações, abarcando os de cunho pessoal.

Ressaltamos, em contrapartida, a proeminência da intervenção informativa do Estado, dado que, “cara ou coroa” – escolhe-se entre duas vicissitudes ou resolve-se uma controvérsia entre duas partes -, no sentido de haver de um lado o ente público e de outro o particular, enquanto que o primeiro é prestador de serviços, o último é o detentor de referências íntimas, privadas, cuja violação destas implica na tutela das mesmas.

De tal modo, todos fornecem informações pessoais, previamente sigilosas, as quais, se veem ameaçadas dia a dia, violando direitos fundamentais, como à reserva da intimidade da vida privada, ferindo a dignidade da pessoa humana ao publicizá-las.

Este Estado prestador, possuidor da “vida” alheia, é também aquele que a manipula e a assegura, jaz, assim sendo, há um amedrontamento coletivo, quanto aos dados pessoais e há uma transgressão constante do bem-estar social, da vida privada.

Somos capazes, em vista disso, certificar que o deleite primordial dos seres humanos está no respeito ao direito à reserva da intimidade da vida privada, em razão, da sua limitação.

Deste jeito, expande-se a tecnologia, *lato sensu*, para o bom e para o ruim de sua aplicação corriqueira na vida dos cidadãos, sendo esta, uma “faca de dois gumes” porque o

⁴ Cf. Ruth Gavison. *Privacy and the limits of Law, Philosophical Dimensions of Privacy*. p. 346, citado por José Martínez de Pisón Cervero, *El Derecho a la Intimidad en la jurisprudencia Constitucional, Civitas, Madrid*, 1993, p. 34.

uso desenfreado deste meio facilitador leva, em alguns casos, ao desrespeito com o povo, na sua individualidade.

Assegura-se, por esse motivo, a indispensabilidade de tutelar tal direito para que tenhamos o livre-arbítrio sem permanecermos controlados, “livres-encarcerados” num mundo em que cada vez mais se implora pela idolatrada justiça, no meio de tantas violações à Lei Fundamental - como por exemplo, a utilização de escutas telefônicas, salvo o que dispõe a lei processual penal -, ainda assim, salvaguardando-nos.

Esta indispensabilidade requer uma antecedente limitação da ideia do direito à reserva da intimidade da vida privada, que subsistirá como alcance a captação de informações sigiladas designadas aos fichários públicos, da mesma maneira que a exposição de acontecimentos da reserva da vida privada pelas competências públicas.

Certa sentença francesa de 1384 é mencionada por determinados autores como precedente para o direito à privacidade, a do caso *I. De S. Et uxor v. De S.*, o qual, sintetiza-se ao conseqüente que “o réu se encaminhou a um “botequim”, dentro de um determinado período, sendo este, à noite, para beber vinho, e como os patrões não lhe deram atendimento, por conseguinte, abscindiu com um machado o batente da janela, mais especificadamente, “a peça em que bate à porta quando se fecha”. Consistiu na condenação do réu a saldar uma indenização, a despeito de não apresentar evidências danosas materialmente.

Além dessa, outra sentença de 1849, usualmente, citada é a do caso *Prince Albert v. Strange*, esta, por sua vez, acena-se ao fato de um “habitante da cidade”, cujo alcunho é Willian Strange “passou a possuir” imitações de desenhos e gravuras, obras produzidas pela Rainha Vitória e o príncipe, por simples passatempo. Logo, o marido da Rainha impetrou um mandato de injunção para evitar que as cópias viessem a ser mostradas a população e comercializadas.

Entretanto, tanto a primeira quanto a segunda sentença, dizem respeito a transgressão do direito de propriedade, constituindo o primeiro caso em referência a casa e o segundo caso com relação aos desenhos”⁵.

⁵CABRAL, Rita Amaral, p. 15, encaminha para Arthur R. Miller, *The assault on privacy*. Ann Arbor, 1971, p. 171; Raymond Wacks, *The protection of privacy*. London, 1980, p. 1. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4489/referencia_historica_dos_direitos_a_intimidade_da_vida_privada_a_honra_e_a_imagem

Apesar, das decisões, os dois casos foram respeitados dentro de um determinado período, como declarações do conhecimento, especificamente, pela *common law*, de um direito à privacidade, o fato é que as correlativas sentenças se embasaram, somente, no abuso do direito de propriedade incidente⁶.

Também, ainda que, se prossiga a buscar conduzir o direito à intimidade da vida privada a escritos prévios ao século XIX, semelha irrefutável que, genuinamente, a sua procedência americana, em 1890, e em um artigo contido na *Harvard Law Review*, da autoria do advogado Samuel Warren e de Louis Brandeis, o qual, este último, proviria a ser Juiz do Supremo Tribunal Federal⁷.

A pesquisa, cuja laboração se permaneceu a carecer a publicação, por “x” jornal de Boston, de uma reportagem que propalava o rol dos convidados e demais minúcias sobre o rito matrimonial da sua descendente, filha de Samuel Warren, pode apreciar-se a preponderante razão da estrutura dogmática e jurisprudencial do direito à privacidade⁸.

Nesta, os autores supracitados sustentaram que a *common law* haveria evoluído da defesa da personalidade física, bem como, para o resguardo dos “pensamentos, emoções e sensações” da pessoa humana.

O artigo da *Harvard Law Review* não conteve nenhum encadeamento, apenas, em 1902 e no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co., a Court of Appeals de Nova York* negou o pedido de indenização da Sr.^a Roberson, cuja figura esboçara, sem a sua permissão, publicidades a uma certa marca de farinha.

A sentença foi rigorosamente censurada pelo ideário coletivo de que se cometeu “diz-que-diz” a jornalistas; e, adiante, passou a existir uma lei em Nova York que admitia o uso, não aprovada e para fins de imprensa, da imagem ou nome de um indivíduo.

Neste sentido, passados três anos, o Supremo Tribunal do Estado da Geórgia reconhecia o direito à privacidade, com base no caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*.

Consequentemente, a Seguradora foi condenada a liquidar uma indenização ao Sr. Pavesich, de quem a imagem fora exposta junto com testemunho que lhe era erroneamente

⁶ARTHUR R. MILLER, *The assault on privacy*. Ann Arbor, 1971; L. Felcher/ L. Rubin, *Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media in <<Yale Law Journal>>*, n.º 88, New Haven, 1979, p. 1577 e ss.; RAYMOND WACKS, *The protection of Privacy*. p. I e ss..

⁷ Cf. *The right to privacy/ The implicit made explicit -Harvard Law Review-*, n.º 4, Cambridge, 1890, p. 193 e ss. Cf. também, WILLIAM L. PROSSER, *Privacy/ A legal analysis in -California Law Review-*, n.º 48, Berkley, 1960, p. 338 e ss..

⁸RAYMOND WACKS, *The protection of privacy*. p. I.

imputado, e em que aconselhava, a população a negociação de contrato com a *New England Life Insurance Co.*

Posto isso, a tese destes autores prevaleceu.

Logo, os reveses do direito à privacidade são um dos elementos favoritos de estudos, desde 1905, os tribunais são convocados com assiduidade a julgar casos de citada violação do direito à privacidade, que é, além do mais, regido pelas legislações de quase todos os Estados.

Ainda assim, deduzir-se que, integrada a determinados caracteres peculiares da cognominada “cultura do século XVIII”, a designada civilização industrial, nasceu, na atualidade, a proteção livre da vida privada, limitada a um espaço curto de tempo, a uma tutela indireta resultante do amparo legal do nome, da imagem, da honra e da liberdade e segurança singulares.

O progresso dos meios de informação; o desenvolvimento demográfico e o imenso crescimento e a densidão do urbanismo; Estado hodierno, do qual, capacidade militar, tecnológica e de propaganda poderiam amparar um controle *orwelliano*⁹ da vida das pessoas.

Afinal, a concepção de qualidades de vida não conciliáveis com alguma probabilidade de isolamento constituíram uns dos fatores que definiram uma extensa mobilização internacional tendente a esbanjar, pelas múltiplas ordenações internas, de reforçada defesa legal o direito à intimidade da vida privada.

Enfatizada, no artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, afirmada no artigo 17.º do Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos do Homem e elemento do preceituado no artigo 8.º da Convenção Europeia de preservação dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais consagrada pelo Conselho da Europa, a proteção do direito à intimidade da vida privada superou o plano das modestas manifestações programáticas, ora no sistema anglo-saxônico ora no sistema romano-germânico; atualmente, poucos os países que não dão à privacidade, amparo legal, de ordem criminal¹⁰.

⁹Cf. relativo a George Orwell (1903-1950), escritor inglês, à sua obra ou ao seu estilo (ex.: precisão *orwelliana*), “*orwelliano*”, in: Dicionário *Priberam* da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/orwelliano> [consultado em 08-12-2015].

¹⁰MATONI, Luis Farinas. *El derecho a la intimidad*. Madrid, 1983, p. 144 e ss.. Cf. também, GUIDO ALPA, *Privacy e statuto dell'informazione*, in: *Rivista di Diritto Civile*. Ano XXV, n.º I, Padova, 1979, p. 68 e ss..

Novamente, a República Portuguesa não permaneceu por qualquer declaração de princípio ao aguardo de uma concretização, sendo Portugal, um dos primeiros países a ceder amparo civil expresso e direto ao direito à intimidade da vida privada. O intermédio do legislador pôde ainda rotular-se de pioneiro.

Do mesmo modo, anterior à 1966 e sem ter em conta maneiras indiretas de defesa ao direito à intimidade da vida privada, agora viventes, reflete-se no conhecimento legal da não violação do domicílio e na consagração quanto ao segredo profissional e ao sigilo da correspondência.

A proteção da vida privada ganhou termo legislativo no artigo 80.º do atual Código Civil¹¹.

¹¹ Artigo 80.º do Código Civil, sucinta consideração: A Constituição da República Portuguesa - Lei do Tribunal Constitucional – bem como o artigo 80.º (Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada), n.ºs 1 e 2 do CC em que “1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”; e que “2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”; além de tratar sobre a vida privada, faz referência também, sobre a intimidade da vida privada. Para Abílio Neto “As bases objetivas a que se deve atender para determinar a extensão da reserva são a natureza do caso e a condição das pessoas” (CC Anotado. 18ª ed. rev. e atual., Janeiro de 2013, pp. 75 – 77. Afirma também, que “Não ofende o direito constitucional à reserva da intimidade da vida privada e familiar o fato de se certificar ou dar a conhecer o volume dos consumos de água da habitação de certa pessoa (RC, 5-11-1991: BMJ, 411.º- 667)”. Cf. também, Ricardo Leite Pinto pesquisou “o direito comparado dos países hodiernamente mais achegados da CRP (EUA, França, Itália, Alemanha e Espanha) e o direito internacional (DUDH, CEDH e PIDCP); analisou problemas quanto a determinação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ora pela impossibilidade em separar e definir, o público e o privado ou o privado e o íntimo, ora pela indeterminação dos bens jurídicos incluídos na sua esfera de proteção; assim, concluiu-se pela relatividade do bem jurídico intimidade da vida privada e familiar, cuja exata conformação depende da natureza do caso e das condições das pessoas; logo, atribuiu-se-lhe um conteúdo mínimo constitucionalmente relevante, associado à dignidade da pessoa humana e à liberdade e que caracterizamos pelo direito à solidão, ao reconhecimento, à quietude, e pelo direito a excluir do conhecimento dos outros, certos fatos ou atos; no entanto, é possível conformar o direito à reserva da intimidade e familiar na Lei Fundamental de 1976, como uma constelação de direitos: para uma eficaz proteção do bem jurídico intimidade da vida privada é necessário acumular, para além do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, etc. Verificamos que, em sede de restrições, a reserva da intimidade não admite qualquer limite expresso ou estabelecido por lei, mediante autorização constitucional. Daí não decorre uma qualquer hierarquização de direitos que coloque a reserva da intimidade em primeiro lugar; ou seja, só perante o exercício concreto dos direitos por parte dos titulares, é possível, em caso de impossibilidade de concordância prática entre ambos, determinar qual deles deve prevalecer, e, em que medida; todavia deve obedecer ao princípio da proporcionalidade e não pode conduzir a um resultado que diminua a extensão e o conteúdo essencial do direito restringido. Por fim, os elementos conformadores <<da natureza caso>> e <<condição das pessoas>> do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, podem determinar, por aplicação do critério da ponderação de interesses e valores, uma redução da esfera de proteção desse direito: as chamadas <<figuras públicas>>” (Liberdade de Imprensa e vida privada. ROA, 54.º, 1994, pp. 141-143, *apud* NETO, Abílio. Código Civil Anotado. 18ª Ed. rev. e atual., Janeiro de 2013, p. 76)). Cf. o Ac. do TC n.º 263/97 no Proc. n.º 179/95 (Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970263.html>), 1.ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Tavares da Costa, assim sendo, neste Acórdão “o Tribunal Constitucional reconheceu” à reserva da vida privada como “o direito a proteger, pois que relacionado com a dignidade da pessoa humana, tem ele mesmo de ser exercido com dignidade, pois todas as liberdades, todos os direitos sofrem as restrições impostas pelo respeito da liberdade e dos direitos dos outros” (Cf. o Ac. n.º 6/84, publicado no DR, II Série, de 2 de Maio de 1994). Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (A Proteção da Vida Privada e a Constituição. Separata do BFD, vol. 76, 2000, p. 191) diz que: “O direito à reserva sobre a

Transcorridos anos, em 1973, os insultos à intimidade da vida privada eram admitidos pela lei n.º 3/73, de 5 de Abril, em que, prima vez, se incluía tais insultos com o uso de computadores e equipamentos idênticos¹².

A Constituição de 1976, nos termos do artigo 33.º, concedeu estímulo a mobilização legislativa, citando no Capítulo Direitos, Liberdades e Garantias, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e vedando no seu artigo 35.º o uso da informática no tratamento dos dados sobre à vida privada.

A Lei I/82 que ratificou a elementar revisão constitucional inalterou, no conteúdo, o tratamento cedido ao direito à intimidade da vida privada, o qual, foi conhecido expressamente no art.º 26.º, intitulado de “Outros direitos pessoais”. Esta consagração é rara no constitucionalismo da União Europeia¹³.

Tem-se o capítulo VI do Código Penal atual, intitulado Dos crimes contra a reserva da vida privada, busca tipificar os fundamentais contornos de devassa da intimidade e de publicação de casos a ela concernentes.

intimidade da vida privada deve ser conciliado com outros direitos fundamentais e interesses legítimos” e, que “segundo o Código Civil a extensão da reserva é definida de acordo com “a natureza do caso e a condição das pessoas” (artigo 80.º, n.º 2) ”. Como se sabe, nos dizeres de Rita Amaral (CABRAL, p. 9) “o direito civil é o ordenamento do estatuto jurídico do homem, como homem”. Dito isso, no entender de Orlando Carvalho (Os direitos do Homem no direito civil português, Coimbra, 1973, p. 15) “o direito civil como a pátria dos direitos do Homem”. A natureza essencial da proteção civil emana, além disso, do estado de a salvaguarda constitucional e a tutela administrativa não estabelecerem um amparo privativo para as relações interindividuais e apresentarem um efeito relativamente restrito no que diz respeito as ações do Estado ou restantes entidades públicas, a que aumentam a lentidão e a obscuridade que envolvem, continuamente, as estruturas de fiscalização da não constitucionalidade e da não legalidade. Sob outra perspectiva, em benefício do elemento do direito penal e da tipificação do seu ilícito, a defesa criminal deixa basicamente não defesos umas das mais proeminentes elevações dos bens protegidos pelos direitos fundamentais (SOUSA, Rabindranath Capelo de. A Constituição e os Direitos de Personalidade in Estudos sobre a Constituição, 2.º vol., Lisboa, 1978, p. 94; CLAUDETE-ALBERT COLLIARD, *Libertés publiques*, 6.ª ed., Paris, 1982, p. 137 e ss. e RICHARD FRANK, *Persönlichkeitsschutz heut*, Zürich, 1983, p. 4 e ss.). O seu estudo forma, por esse motivo, um excelente ensejo para se atingir à concepção dos amplos assuntos que o tratamento jusprivatista (Direito internacional privado é o ramo que analisa a resolução dos casos jusprivatistas com existência de objeto estrangeiro) dos direitos fundamentais faz brotar, e não incomum acarreta que se enxerguem os admissíveis caminhos a cursar para obter os recursos mais apropriados (Cf. quanto ao problema da existência ou não de um *allegemeiner Persönlichkeitsrecht*; SOUSA, Rabindranath Capelo de. A Constituição e os direitos de personalidade, *loc. cit.* p. 64 e ss. e Ac. do TC n.º 6/84, de 18 de Janeiro de 1984, in: DR, II série, n.º 101, de 2 de Janeiro de 1984).

¹² Cf. Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/X, a propósito do Projeto de lei n.º II/X, Proteção da Intimidade da vida privada, in: Diário das Sessões, n.º 214, de 24 de Janeiro de 1973.

¹³ THOMAS HAUSEN, André. *Basic Rights, Liberties and their protection under the new portuguese constitution of 1976*, in: *Human Rights Law Journal*. vol. I, 1980, p. 192. Passados dois anos, a Constituição espanhola consagra o direito à intimidade da vida privada, no seu artigo 18.º. Cf. também, LAPUERTA, Maria Vicenta Oliveros. *Estudio sobre la ley de Protección Civil, del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen*. Madrid, 1980, p. 9 e ss. A Constituição holandesa de 1983, no artigo 10.º, faz referência à intimidade.

E, por fim, a República Portuguesa firmou em 14 de Maio de 1981 a Convenção do Conselho da Europa para o resguardo dos Dados pessoais, existindo a atinente adesão, para confirmação, constituído, em 1984, elemento de Proposta de Resolução¹⁴.

Em uma das derradeiras legislaturas, foram, além disso, trazidos para debate, na Assembleia, o Projeto de Lei n.º 202/II e a Proposta de Lei n.º 97/II, ambos propondo reserva a defesa da privacidade pessoal, individual, tocante aos meios de informação¹⁵.

Isto posto, deriva o real desenvolvimento gradual, na acepção, do amparo à vida privada.

Por que razão, nos terminantes decênios, o cuidado relevante em reservar a privacidade, a obstinação na concepção de elementos válidos de proteção da intimidade da pessoa humana?

Deparamo-nos diante do imperativo de ação versus qualquer coisa respeitável, que contemporaneamente põe em risco a evolução da personalidade do indivíduo. Versa-se do emprego, na esfera individual, dos instrumentos técnicos apropriados de restringirem o ser a mero objeto de um organismo técnico-social.

Incabível se estender na exposição destes instrumentos, que partem dos instrumentos de singela intervenção, bem como, os meios de utilização de escuta telefônica etc., a partir disso, há autores em busca da constituição de uma novel garantia chamada *habeas data*.

Realizada esta concisa descrição a propósito das interrogações, por acaso, evidentes, geradas pela pesquisa das balizas do direito à intimidade da vida privada determinadas finalizações podem depreender-se.

A elementar, tal qual, consistirá, posto que, os termos, nos quais, o artigo. 80.º do Código Civil presta amparo jurídico à intimidade da vida privada comportam solucionar diversos dos enigmas, uma vez que, os tem enfrentado o ordenamento jurídico em países com o exercício judiciário, de acordo com a tradição, precursora.

Estão especificamente apontados os discernimentos que determinam, e transformam os limites intrínsecos, os quais, em harmonização com os limites extrínsecos, perfazem enfatizar a essência da privacidade.

¹⁴ Cf. proposta de Resolução n.º 13/III, in: Diário da Assembleia da República, de II de Maio de 1984, II série, n.º 177, p. 2.860 e ss..

¹⁵ Cf. Diário da Assembleia da República, de 29 de Abril de 1981, II série, n.º 58, p. 2.362 e ss. e por igual a de 19 de Maio de 1982, II série, n.º 92, p. 1.718 e ss..

E, do ponto de vista, dos limites emergentes do teor do direito, convencionou-se no juízo, relevado pelo recurso ao direito constitucional, no que diz respeito, ao emprego da expressão “reserva”.

Esta expressão, por sua vez, não limita o direito à proteção versus a revelação de acontecimentos complementares da intimidade da vida pessoal, necessitando perceber-se que a *intrusion* é, ao mesmo tempo, vedada.

Por outro lado, uma consequência se prefigura como fundamental: não obstante que as derradeiras décadas foram de bucólica manifestação e reclamação de direitos, existindo tal mobilização, meramente, asseverativa submergido o empenho e o zelo dos juristas.

Surgiu, entretanto, o tempo de antevisão da compensação de tais direitos.

Por conseguinte, para Rita Amaral Cabral, “É tempo presente de admitir as obrigações atinentes à celebração e conservação dos direitos fundamentais e de estabelecer a carga própria a concernente prática”.

2. DA EVOLUÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA

Importa, entretanto, salientar que “historicamente o direito à intimidade emergiu do complexo feixe de direitos apelidados de direitos da personalidade”¹⁶.

Inicialmente, no que engloba a nomenclatura, distingue-se a privacidade da intimidade: a primeira, nas palavras de Celso Lafer¹⁷ “é o direito de ocultar do conhecimento alheio relações marcadas pela confidencialidade”; já a segunda, por Paulo José da Costa Junior¹⁸ “é o direito de estar só”.

O Direito à intimidade e à vida privada é desconhecido nas elementares Declarações de Direitos do Século XVIII; não obstante, reflexivamente, os princípios gerais e os direitos sagrados naquele século resguardavam e atingiam as finalidades presentemente delimitadas pela apreciação de intimidade e privacidade.

¹⁶ PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, pp. 62, 63.

¹⁷ LAFER. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt: Companhia das letras, pp. 239 – 240.

¹⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade. 4.^a ed., rev., atual.: Editora Revista dos Tribunais, p. 25.

A garantia da intimidade da vida privada e familiar ou direito à privacidade tenta atualmente uma disciplina adequada, dissentindo do tratamento jurídico sucedido dos institutos clássicos, sem um amparo particular.

O abrigo a esses direitos foi imprescindível, carecido o progresso do indivíduo e a demanda por sua dignidade, à intimidade e à vida privada, advindo a estabelecer um meio de amparo aos contratempos contemporâneos.

Uma vez que, o direito à intimidade abrange princípios adstritos as pessoas, assim, vulneráveis às metamorfoses históricas, sociais e culturais e também determinar a importância presente na sociedade, seus valores. Todavia, “a intimidade cresceu e se desenvolveu à custa do seu mais forte e direto oponente, ou seja, o “público”, “colocando limites à ânsia expansionista do poder político”, com isso “a tensão entre o público e o privado caracterizou toda a história da civilização ocidental”¹⁹.

Nesta perspectiva, dizem que: “o contraste, claramente apreendido pelo senso comum, que opõe ao público, aberto à comunidade do povo e submetido à autoridade dos magistrados, o privado. Uma área particular, ...denominada privada. Este é o lugar da familiaridade, do doméstico e também do segredo”.

Do que se disse, conclui-se que “as ofensas ao direito à intimidade passavam pela violação de correspondência ou pelas escutas telefônicas. Hoje, na decorrência do progresso tecnológico, configuram-se novas formas de transgressão da privacidade do cidadão, dentre as quais se destaca a utilização abusiva dos dados informáticos”²⁰.

Por isso, alguns doutrinadores optam, a uma aceção de intimidade ou de vida privada, uma exposição dos teores verossímeis destes direitos.

2.1. A LEGAL POSITIVAÇÃO DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Nesta esteira, quanto a fase prévia à Carta de 1976, “o direito à reserva da vida privada é um direito cujo reconhecimento é relativamente recente. Este resultou da combinação de vários fatores, incluindo a afirmação do individualismo com mudanças no

¹⁹ DUBY, Georges e ARIÈS, Philippe. História da Vida Privada. Vol. I, 2.^a ed., Edições Afrontamento, Porto, 1989, pp. 10, 11.

²⁰ PINTO, Ricardo Leite, pp. 62 – 64.

ambiente social, o aumento em larga escala da circulação de informação e a evolução tecnológica”²¹.

No ordenamento Português, na década de sessenta, adotou-se um direito universal à proteção da intimidade da vida privada. Em tempo anterior a 1976, os direitos à inviolabilidade do domicílio e da correspondência constituíram todas as Constituições portuguesas²². De igual modo, textos anteriores ao movimento constitucionalista puniam, a violação de domicílio²³.

Foi apenas em 1966 que o novo Código Civil português consagrou no seu artigo 80.º, com um alcance geral, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada²⁴.

Em 1973, a Lei n.º 3/73, de 5 de Abril, veio criminalizar as condutas que lesassem a intimidade da vida privada através do recurso a meios tecnológicos, tais como a gravação de voz ou de imagem, os bancos de dados ou as comunicações telefônicas²⁵.

No que diz respeito a evolução da Constituição em vigor, no seu artigo 1.º (República Portuguesa) – “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre justa e solidária” -, a dignidade humana, também nos artigos 26.º, n.º 2 (Outros direitos pessoais) – “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias” -; 67.º, n.º 2, alínea e) (Família) – “Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” -; e 206.º (Audiências dos Tribunais) – “As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”- como valor, no qual se funda a República Portuguesa²⁶.

²¹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. Separata do BFD, vol. 76, 2000, pp. 153, 154.

²² Cf. artigos 5.º e 18.º da Constituição de 1822, artigo 145.º, parágrafo 6 e 25 da Carta Constitucional de 1826, artigos 16.º e 27.º da Constituição de 1838, artigo 3.º, n.ºs 15 e 28 da Constituição de 1911, e artigo 8.º, n.º 6 da Constituição de 1933.

²³ Cf. Ordenações Afonsinas (1446), Título LXXXIII.

²⁴ ANDRADE, Manuel de. Autor do anteprojeto “Esboço de um anteprojeto de código das pessoas e da família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio”, in: Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), n.º 102, 1961, p. 161.

²⁵ Cf. o Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/X, sobre a “Proteção da intimidade da vida privada”, Diário das Sessões de 24 de Janeiro de 1973, p. 19.

²⁶ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. Separata do boletim da Faculdade de Direito, vol. 76, 2000, pp. 155, 156. Cf. também, MARQUES, Mário Reis, “A dignidade

Trata-se de uma noção fundamental, que constitui um elemento de unidade de valor da Constituição²⁷, sendo certo que uma das condições desta dignidade é o respeito pela identidade e integridade da pessoa, a Constituição consagra, no seu artigo 26.º, “Outros direitos pessoais”, que têm como nota comum o fato de protegerem um círculo nuclear da pessoa, correspondendo, genericamente, a direitos de personalidade.

Uma outra norma da Constituição da República Portuguesa que também visa proteger, pelo menos indiretamente, a vida privada das pessoas é o artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência).

A reserva da vida privada resulta igualmente protegida na CRP, designadamente, pelo artigo 32.º, n.º 8 (Garantias de processo criminal): “São *nulas* todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva *intromissão* na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

E, prosseguidamente, dos artigos 35.º (Utilização da informática) e 268.º, n.º 2 (Direitos e garantias dos administrados) resultam da acessibilidade que as pessoas têm “aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”.

3. DIREITO SUPRANACIONAL

Uma equilibrada análise do Direito Supranacional tem que iniciar com o Direito da União Europeia, presença inultrapassável na vida diária dos cidadãos dos 27 Estados-membros da UE.

Em prol dos interesses dos cidadãos comunitários, naquilo a que Vital Moreira apelida de “*multilevel government* tipicamente “pós-vestfaliano””²⁸, os 27 Estados-

humana como *prius* axiomático”, in: M. Costa Andrade *et al.* (Org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, IV, 2009, pp. 541-566.

²⁷ J. J. GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional e teoria da constituição, Coimbra, 1998, p. 219, Jorge Miranda. Manual de direito constitucional. Tomo IV: Direitos fundamentais, 3ª ed., Coimbra, 2000, p. 180 e ss.. LOUREIRO, João. O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações), Coimbra, 1996, vol. I, pp. 197 – 230. SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 2001.

²⁸ MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. 1.ª edição, Coimbra Editora, Outubro de 2014, p. 13.

membros da UE transmitiram uma série ampla de poderes, conferindo-lhe, entre outros, poderes judiciais e executivos.

Apesar de parecer um Estado, a UE não tem Constituição, muito embora a adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia lancem dúvidas acerca da existência de uma “constitucionalidade comunitária”.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este de autonomia, “implica que a liberdade seja a regra e a restrição é exceção, valendo aqui o princípio *in dubio pro libertate*. O Título II da CDFUE dedica a sua atenção à garantia da proteção efetiva das liberdades fundamentais. Consagra-se o respeito pela vida privada e familiar”²⁹.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, primeira parte, são de aplicação na ordem interna portuguesa, as normas de Direito da UE, sem obrigatoriedade de transposição, respeitados que sejam os “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

São titulares dos direitos fundamentais todos os cidadãos nacionais, residentes e trabalhadores da UE, sendo que o artigo 51.º da CDFUE³⁰ determina que o diploma se dirige aos Estados-membros e instituições/órgãos comunitários; atua a Carta como “garantia mínima” daqueles direitos.

Por sua vez – e este é, quiçá, o ponto mais suscetível –, há uma “separação ou divisão de funções entre os direitos fundamentais comunitários – que só regem a ação comunitária – e os direitos fundamentais nacionais, nomeadamente os catálogos constitucionais, que visam a ação dos órgãos do Estado”³¹.

Com o Tratado de Lisboa, de 2007, a CDFUE é dotada de força jurídica vinculativa, transformando-se no *bill of rights* comunitário; a este propósito “o direito

²⁹ MACHADO, Jónatas E. M.. Direito da União Europeia. 1.ª ed., Coimbra Editora, Outubro 2010, p. 264.

³⁰ Cf. quanto ao âmbito de aplicação da CDFUE, artigo 51.º: ‘1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, deve respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências. 2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados’. Cf. também, MOREIRA, Vital, 2014, p. 185, “...nenhuma restrição (cláusula geral de restrição da Carta enuncia no artigo 51.º, n.º 1, cinco princípios: da legalidade, da justificação, da necessidade, da proporcionalidade e o da reserva do núcleo essencial) de qualquer direito fundamental pode afetar a dignidade humana (art. 1.º da Carta)”.

³¹MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. 1.ª edição, Coimbra Editora, Outubro de 2014, p. 159.

comunitário escrito não incluía a matéria de direitos fundamentais *qua tale*. O mesmo pretendia ser mais um “*Bill of Powers*” do que um “*Bill of Rights*”³².

Não tendo natureza convencional, ou seja, se a CDFUE for constitucionalizada, “só pode ser alterada por via convencional” (artigo 48.º TUE); ainda assim, a Carta “é um conceito eminentemente constitucional”, possuindo a União Europeia “um dos pressupostos essenciais da própria ideia constitucional”³³.

No domínio da proteção de direitos fundamentais é mister referir o *Ombudsman* Europeu³⁴ e Agência Europeia de Direitos Fundamentais³⁵; os direitos fundamentais têm o seu campo de proteção por excelência na sede judiciária (*surtout* Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e Tribunal de Justiça da União Europeia), “cabendo aos tribunais da União fazer observar e cumprir a Carta, por intermédio dos mecanismos de anulação de normas ou atos concretos”³⁶.

A CDFUE constitui um passo intermédio na transformação da UE em verdadeiro “bloco federal” e da criação de uma efetiva Constituição Europeia³⁷⁻³⁸.

Para abrir uma explanação sucinta sobre o assunto, o qual, por um lado, não permite uma abordagem minuciosa dado o objeto de pesquisa em voga, mas que, por outro, possui imensa importância para o âmbito do Direito da União Europeia, emprestamos o esquema didático proposto por Vital Moreira no que concerne aos direitos fundamentais – a questão da adesão da UE –.

Com fulcro nos ditames do célebre autor, quanto à adesão da comunidade à CEDH, o artigo 6.º-2 do Tratado da UE alude à vinculação dos seus órgãos aos direitos fundamentais, abrangendo os direitos integrados na *Convention européenne des droits de l'homme*³⁹.

³²MACHADO, Jónatas E. M.. Direito da União Europeia. 1.ª ed., Coimbra Editora, Outubro 2010, p. 257.

³³*Ob. cit.*, pp. 174, 175.

³⁴ Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/home.faces>

³⁵ “A UE criou a Agência dos Direitos Fundamentais (FRA) para proporcionar às instituições e aos Estados Membros da UE assistência independente e fundamentada e competências no domínio dos direitos fundamentais. A FRA é um organismo independente da UE, financiada pelo orçamento da União” (Disponível em: <http://fra.europa.eu/pt>).

³⁶MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. 1.ª edição, Coimbra Editora, Outubro de 2014, p. 187.

³⁷*Idem*, p. 193.

³⁸Cf. a ideia presente no pensamento e obra de Jürgen Habermas, nomeadamente em “Um ensaio sobre a Constituição da Europa”. Edições 70, 2012.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 195.

Para a vinculação formal da CE/UE aos direitos fundamentais, são postas duas opções: a) um *bill of rights* da União; e, b) a adesão formal da comunidade /União à CEDH. Assim sendo, importa indagar se fará logicidade a adesão da CE/UE à CEDH, uma vez que já existe uma Carta *sui generis*⁴⁰?

Negativamente ou positivamente, existe a possibilidade “que a implementação de uma provisão comunitária a nível nacional possa ser impugnada em Estrasburgo quanto à sua compatibilidade com a Convenção”⁴¹.

Contrariamente a essa posição, Vital Moreira afirma que “a CE/UE não é parte nesta Convenção, os atos dos seus órgãos estão fora da jurisdição do TEDH, só podendo ser controlados, sob o ponto de vista de direitos fundamentais, pelo próprio TJCE”; porém, “As atividades dos órgãos comunitários só podem ser controladas pelo TJCE”⁴² e de acordo com o Direito comunitário, compreendendo, os “princípios gerais de direito”⁴³.

No que diz respeito a iniciativa da Comissão de 1990, o Conselho resolveu suscitar o problema da adesão junto do TJCE, funcionando como órgão consultivo sobre a legalidade dessa adesão⁴⁴.

O Parecer n.º 2/94⁴⁵, desfavorável do TJCE, constata que a adesão da CE à CEDH seria impossível sem uma homologação expressa dos Tratados, o que exigiria a modificação daqueles⁴⁶⁻⁴⁷.

Por conseguinte, a problemática da adesão da UE à CEDH, justifica-se no Parecer n.º 2/94 do TJC porque o *Know-how* da CE/UE não integra o conteúdo dos direitos humanos e os Tratados não contêm a viabilidade de adesão da CE/UE à Convenção⁴⁸.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 195, 196.

⁴¹ Cf. Clapham, 1992:52 *apud* MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 196.

⁴² MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 196.

⁴³ *Idem*, p. 196.

⁴⁴ *Idem*, p. 197. Cf. também, o artigo 228.º-6 do Tratado CE.

⁴⁵ Cf. Gaja:1996 *apud* MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 197. Cf. também, o parágrafo 27 e o 34.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 197.

⁴⁷ Cf. Alston, 1999:11, quanto a inércia dos Estados-membros, *apud* MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 198.

⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 198.

Doravante essa apreciação, reclama-se a afinidade da vontade de todos os Estados-membros, só para remover o problema supradito⁴⁹.

Em um momento posterior, a homologação de um *bill of rights* faz-se nexa a adesão à CEDH porque “havendo dois instrumentos paralelos, a CEDH (se trata de ações dos Estados partes na Convenção) e a CDFUE (se trata de ações praticadas ao abrigo do Direito comunitário), o único modo de manter a unidade da proteção dos direitos fundamentais da Europa será por meio da adesão da CE/UE à CEDH e aos respetivos mecanismos de tutela, nomeadamente a competência de controle final do TEDH”⁵⁰.

Somente Estrasburgo como padrão único, cuja salvaguarda dos direitos fundamentais permeia o sistema da CEDH a nível europeu. Assim, em prol de “um catálogo próprio de direitos fundamentais da UE com subsequente retirada de todos os membros da UE da CEDH e do sistema de Estrasburgo, deixando este somente para os demais Estados europeus fora da União”⁵¹, com isso “acarretaria necessariamente o fim do Conselho da Europa como mecanismo pan-europeu de promoção e proteção dos direitos fundamentais e da democracia”⁵².

Ainda assim, “a adesão à Convenção e ao seu específico mecanismo de proteção afigura-se constituir o meio necessário para salvaguardar a unidade de concessão europeia em matéria de direitos fundamentais e de preservar a existência de um único *standart* no âmbito da própria UE”⁵³.

Por sua vez, a Carta Social Europeia indispõe “de um mecanismo de proteção judicial como a CEDH”, sendo que a adesão à CSE “não suscita as objeções jurídicas que o TJCE levantou à adesão à CEDH”⁵⁴.

Naturalmente, em matéria da adesão da UE à CEDH, esta “carece da aceitação dos Estados-parte na referida Convenção internacional”, sendo que “concretizará o primeiro caso de sujeição de uma entidade supraestatal a uma convenção internacional de

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 199, 200. Cf. as vantagens da adesão; as objeções; as implicações quanto ao âmbito objetivo e ao subjetivo.

⁵⁰ *Idem*, p. 201.

⁵¹ Cf. Toth, A. “*The European Union and Human Rights: The Way Forward*”, 1997:513 ss. *apud* MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 201.

⁵² MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 203.

⁵³ *Idem*, p. 203.

⁵⁴ *Idem*, p. 204.

direitos humanos e aos seus mecanismos judiciais de controle” e, também “equipara a União aos seus próprios Estados-membros no que respeita à proteção externa dos direitos fundamentais”, pois não reforça somente o “espaço europeu dos direitos fundamentais”, porém “a natureza específica da União Europeia ... e da sua ordem jurídica suscita problemas e dificuldades que têm de ser ultrapassados no processo de adesão à CEDH”⁵⁵.

E, em 1997, o Tratado de *Amsterdã*, integrou o Tratado da União Europeia, outorgando ao TJUE “o poder de fiscalizar a ação das instituições comunitárias à luz dos direitos fundamentais (TCE, art. 46 (d)) ” e, também “o respeito dos direitos e liberdades fundamentais referidos no referido preceito do Tratado de *Maastricht* passava ser critério de conduta dos Estados-membros, podendo ser sancionados em caso de “violação grave e persistente” (TUE, art. 7.º) ”⁵⁶.

Em geral, a CEDH através da CDFUE, “tornou-se de fato direito constitucional da União. A “adesão” da UE ao catálogo de direitos da Convenção ficava definitivamente consumada”⁵⁷.

Aliás, a adesão da União à Convenção “não pode deixar de implicar” o desamparo da doutrina *Bosphorus*⁵⁸, “traduzia-se numa imunidade dos Estados-membros por atos de execução do direito da União e a recondução da ordem jurídica da União ao mesmo estatuto das ordens jurídicas nacionais”⁵⁹.

Como quer que se entenda, em 2004 o Tratado Constitucional acrescentou a Carta dos direitos fundamentais no direito da União, como pactuou a adesão da União à Convenção de Roma^{60,61}.

Com efeito, a adesão da UE à CEDH “supõe adequada habilitação jurídica dos dois lados (da União, como “federação de Estados” –TFUE, art. 219.º- e do Conselho da

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 207, 208.

⁵⁶ *Idem*, p. 210.

⁵⁷ *Idem*, p. 211.

⁵⁸ Caso *Bosphorus c. Irlanda de 2005*, disponível em (Anexo 2, p. 147):

<http://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cedhRdeEstadosMiembros.html>

⁵⁹ Cf. Besselink: 2011 *apud* MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 213.

⁶⁰ MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 214.

⁶¹ *Idem*, pp. 214 – 216. Cf. argumentos a favor da adesão e as objeções.

Europa)”)62; porém, “A adoção de um acordo internacional permite conjugar num mesmo instrumento jurídico a adesão da União com as alterações ao texto da Convenção”63.

No que toca ao projeto de acordo de adesão, este “formaliza a adesão da União e a aceitação da mesma pelos Estados-parte na Convenção; e, introduz na Convenção as alterações, ...prevendo nomeadamente o estatuto de “co-respondente” da União e dos seus Estados-membros; dispõe sobre os mecanismos de participação da União nos procedimentos do Conselho da Europa relacionados com a Convenção, bem como no financiamento do Tribunal, até agora a cargo do Conselho da Europa”64.

De realçar que, o problema da adesão à CEDH resulta de a UE “se tornar parte numa Convenção interestatal, ...para instituir entre os Estados-parte um sistema comum de reconhecimento e garantia jurisdicional de direitos fundamentais a nível internacional”65; pois, “Ao aderir à Convenção, a União não adere ao Conselho da Europa”66; e sim, “A Convenção impõe a condenação de um Estado-parte por violação de um dos direitos nela estabelecidos”67.

Assim, “No projeto de acordo de adesão (art. 3.º (2)) opta-se”, por “admitir a queixa apenas contra a própria UE, impondo ou admitindo, porém, que os Estados-membros se juntem ao processo como co-respondentes, podendo assim ser condenados em conjunto com a União...”; e, pela intervenção dos Estados-membros como “co-respondentes”, porém a título voluntário, o que pode retirar eficácia ao mecanismo”68.

Sendo o direito da UE aplicável “a nível nacional, pelos órgãos e pela administração dos Estados-membros, que assim funcionam como “administração indireta” da União, sendo os Estados-membros responsáveis perante a União. Cabe aos Tribunais nacionais assegurar o cumprimento do direito da União”69-70-71.

62 *Ibidem*, p. 216.

63 *Idem*, p. 218.

64 *Idem*, p. 220.

65 *Idem*, p. 220.

66 *Idem*, p. 222.

67 *Idem*, p. 222: “Poderá haver queixas por alegada violação da Convenção pelos próprios Tratados da União. ...a “Constituição” da União consubstancia-se em Tratados internacionais, cujos “donos” são os Estados-membros. ...uma condenação da União por fato de uma norma dos tratados não pode ser reparada pela União”.

68 *Idem*, p. 223.

69 *Idem*, p. 223.

70 *Idem*, p. 226: “A adesão à Convenção implica, ...a adesão aos protocolos 1 e 6 (art. 1.º (1))”.

Porém, com isto, “As infrações da Convenção por omissão se dão por via de ações dos órgãos do poder ou da administração; e também por via de omissões, como por exemplo, obrigação de assegurar proteção judicial efetiva”⁷². No entanto, “Os Estados são responsáveis pelos atos e omissões dos seus órgãos e agentes, bem como das entidades infraestaduais que compõem o Estado (omissões constitucionais internas)”⁷³.

Na realidade, “A União só tem competências nas áreas que lhe foram conferidas pelos Tratados”⁷⁴. Sendo assim, “O Tribunal de Estrasburgo só pode ser chamado a decidir uma queixa desde que tenha sido esgotados os meios de defesa internos na Parte contratante que é alvo da queixa (CEDH, art. 35.º (1)). O TEDH é um mecanismo “subsidiário””⁷⁵.

Por conseguinte, “A União, ao tornar-se parte contratante da Convenção, passa a beneficiar de todos os direitos e a ficar sujeita a todas as obrigações dos Estados-parte”⁷⁶; como por exemplo, “Os casos⁷⁷ *Mathews e Bosphorus*, relativos a queixas contra atos de execução de normas da União a nível nacional, mostraram que a União pode ser de fato responsável por atos desconformes com a Convenção, lesando direitos nela protegidos”⁷⁸.

Diferente da doutrina *Bosphorus*, o elevado nível de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, assente nos Tratados, na CDFUE e, na CEDH, não garante seu devido cumprimento, tampouco que a União não incorra na lesão destes direitos protegidos⁷⁹.

Assim, “...os atos da União serão submetidos pelo TEDH ao mesmo padrão de controle a que estão sujeitos os Estados-parte na Convenção, incluindo o reconhecimento

⁷¹ *Ibidem*, p. 232: “A UE não é um Estado de direito pleno e alguns atos, não são judicialmente sindicáveis junto do TJUE”.

⁷² *Idem*, p. 233.

⁷³ *Idem*, p. 233.

⁷⁴ *Idem*, p. 233.

⁷⁵ *Idem*, p. 234.

⁷⁶ *Idem*, p. 236.

⁷⁷ Os casos *Mathews*: o TEDH considerou incompatível com a CEDH uma norma eleitoral integrada no próprio direito primário da União; *Bosphorus*: o Tribunal absteve-se de conhecer o fundo da questão, mas também estava em causa uma norma da União, depois executada a nível nacional.

⁷⁸ *Ob. cit.*, p. 236.

⁷⁹ *Idem*, pp. 236, 237.

de uma margem de “liberdade de conformação”, com que o Tribunal flexibiliza a exigência desse controle”⁸⁰.

De fato, “Um dos elementos de “justiciabilidade” dos atos de autoridade e o acesso dos particulares aos tribunais para defesa dos seus direitos lesados pelas autoridades”⁸¹. “O próprio TJUE, recusando-se a “corrigir” o déficit de proteção judicial por via interpretativa”⁸².

A UE se submete a um *bill of rights* de direito internacional e ao mecanismo de *enforcement*, depois de ter adotado uma declaração de direitos própria. Sua adesão à CEDH reflete a “revolução constitucional”, fruto da incorporação formal da CDFUE⁸³.

Decerto, “a adesão da UE à Convenção ... constitui um elemento essencial para o aprofundamento da Constituição Material Europeia e um passo significativo, se não mesmo significativo, se não mesmo definitivo, no sentido de uma verdadeira constitucionalização formal da União”⁸⁴⁻⁸⁵.

Sem dúvida que, “...a UE passa a compartilhar de direitos e obrigações próprias dos Estados, incluindo a obrigação de respeitar os direitos fundamentais... . E quanto mais a UE é equiparada aos Estados na sua vinculação aos direitos fundamentais, mais ela assume inequívocos traços constitucionais”⁸⁶.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 12.º; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - ONU - (artigo 17.º, n.º 1: “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência”) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸⁷, preceituado no artigo 8.º, n.º 1.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 237.

⁸¹ *Idem*, p. 237. Cf. art. 47.º da CDFUE, trata-se de uma expressão do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

⁸² *Idem*, p. 239.

⁸³ *Idem*, p. 239.

⁸⁴ Cf. Alvim, 2006:283 e s. *apud* MOREIRA, Vital. “República” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, p. 239.

⁸⁵ *Ob. cit.*, p. 239.

⁸⁶ *Idem*, pp. 239, 240.

⁸⁷ RAMOS, Rui Moura. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português, *in* Documentação e direito comparado, Coimbra, 1982.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconheceu certas obrigações positivas resultantes do artigo 8.º, n.º 1 da CEDH⁸⁸: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio ou na sua correspondência”; designadamente o dever de adaptar a legislação nacional para assegurar o seu respeito.

Trilhando a linha do tempo em um conhecimento internacional do direito à intimidade, a *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (DADH), consagrada na IX Conferência Internacional de 1948, efetivada em Bogotá, foi a primeira declaração e acordo internacional a reconhecer esse direito pessoal.

Do seu artigo 5.º resulta um direito *absoluto* que todas as pessoas têm de serem salvaguardadas “contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”. Outrossim, conhece a *menifestatio* habitual da intimidade no que dispõe o artigo 9.º, instituindo ser o domicílio *inviolável*. Acrescenta ainda, o artigo 10.º, a circulação da sua correspondência”.

A declaração assinala os princípios fundamentais respeitantes à vida privada, enfatizando que, enquanto os direitos acendem a liberdade subjetiva, os deveres manifestam a dignidade dessa liberdade pessoal.

A *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* na sua introdução estabelece que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Os direitos vitais dos humanos não necessitariam do fenômeno de ser ele habitante de certo Estado, entretanto, no caso dos direitos conterem como fundamento qualidades do homem. Portanto, conhece-se a essência de direitos que são precedentes a organização do Estado, sendo adequadas a natureza do ser.

Posteriormente, a *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, passados seis meses dessa declaração, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸⁹, cuja finalidade central é buscar o reconhecimento desses direitos na esfera internacional, sendo, nesta senda, o órgão extraordinário.

Nota-se que o tratamento da DUDH, proveio de “autoridades pelo mundo a fora” que deliberaram complementar o compromisso da sociedade internacional de jamais tolerar crueldades como as que existiam nos momentos de guerra.

⁸⁸Cf. o caso *Marckx v. Belgium*, de 1979, sobre legislação belga que previa uma distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534#{). Cf. também, o Ac. *Marckx c. Belgique*, de 13.06.1979, A 31, parágrafo 31, 52: 31, disponível em (Anexo 6, p. 155): [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092#{"itemid":\["001-62092"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092#{).

⁸⁹ Cf. DADH aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, Bogotá/48.

A DUDH dispõe no artigo 12.º que: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, em 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”.

Ressalte-se, ainda, que essa consagração da Declaração Universal dos Direitos do Homem apresenta de forma ímpar o amparo à intimidade, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

Já a *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* emprega-se de tripla disposição, individualizadas entre si, delineando, de tal modo, a heterogeneidade dentre a DADH versos a DUDH.

Portanto, em um próprio artigo estão reunidos os direitos que têm uma origem universal, neste caso, o resguardo da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, analisa-se o “direito à privacidade como um direito conexo ao direito à vida”⁹⁰.

Conforme se analisa que o direito à intimidade compreende o direito à inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências, cujo direito é soberano do ser, bem como o direito à vida, assegurando a dignidade da pessoa.

O direito principal à proteção jurídica real provém da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹¹ do ano de 1950.

A CEDH e das Liberdades Fundamentais afirma, em seu artigo 6.º, o direito à intimidade, em que “o acesso à sala de audiência pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo Tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

O próprio diploma legal, em seu artigo 8.º, do qual a citação é “direito ao respeito pela vida privada e familiar” à semelhança de outros dispositivos ínsitos em diploma de proclamação solene e sistemática de direitos humanos⁹², outorga assento convencional ao direito ao respeito pela vida e familiar, e vem com o “objetivo essencial prevenir o

⁹⁰SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 205.

⁹¹ Cf. DR, I série, de 2.01.1979.

⁹²SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada. Belo Horizonte: *Del Rey*, 1998, p. 81.

indivíduo contra as ingerências arbitrárias dos poderes públicos na sua vida privada e familiar, no seu domicílio e na sua correspondência”⁹³.

Este artigo, supracitado, consolidou um duplo mecanismo vulgar a determinados dispositivos garantidores de direitos na CEDH; posto isto, para Maria Luiza Duarte, “constituem direitos convencionais de natureza absoluta e condicional”.

De acordo com o artigo 8.º, n.º 1, o direito ao reconhecimento à vida privada; e, o n.º 2, emprega-se na sua fundamentação de imersões do Estado parte, que na esfera legal do direito à privacidade conforme o disposto no n.º 1, abrange-se o direito ao reconhecimento à vida privada e familiar, cujo titular do direito provenha a se favorecer de uma tutela proporcional, na perspetiva, na qual, conhece em seu n.º 2, em alternativa, a revogação em Estado de necessidade, condizente com o preceituado no artigo 15.º da CEDH⁹⁴. Destarte, sujeito de ser controlador.

Porém, “ele exige do Estado não só um dever de abstenção, mas também, um papel ativo inerente àquele efetivo respeito, até nas relações entre os indivíduos; o Estado deve, nomeadamente, fornecer as informações que detenha e que se relacionem com a vida privada ou familiar, como adaptar medidas que assegurem o respeito de vida e familiar mesmo na esfera das relações entre as pessoas”⁹⁵.

Do artigo 17.º do Pacto Internacional de Direito Civil e Político de 1966⁹⁶: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

A esta luz, portanto, conclui-se que “A proteção supranacional dos direitos fundamentais não consubstancia, em si, maior garantia, na medida em que nem sempre

⁹³BARRETO, Ireneu Cabral. Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada. 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 231. Cf. também, o Acórdão *Marckx c. Belgique*, de 13.06.1979, A 31, parágrafo 31, 52: 31, disponível em (Anexo 6, p. 155): [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092#{"itemid":\["001-62092"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092#{); *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, de 28.05, A 94, parágrafo 67, disponível em (Anexo 1, p. 146): [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00161974#{"itemid":\["001-61974"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00161974#{); *Kroon e outros c. Holanda*, de 27.10.1994, A 297 – c, parágrafo 31: 30, disponível em (Anexo 5, p. 154): [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904#{"itemid":\["001-57904"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904#{).

⁹⁴*Idem*, pp. 232, 316.

⁹⁵*Idem*, pp. 232, 316.

⁹⁶Cf. ratificado pela Assembleia Geral da ONU em 16.12.1966, na Resolução 2200 A (XXI), que entrou em vigor em 23.03.1966.

esses tribunais superiores – internacionais ou regionais, genéricos ou de competência especializada – estão verdadeiramente a “guardar” um conjunto de valores”⁹⁷.

4. BREVE INCURSÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Nos ordenamentos que nos alvitramos a analisar existe a proteção à intimidade, sendo esta global e *explicitus*.

Neste quadro, “os países anglo-saxões empregam o termo *right of privacy*, o qual, por comparação com o Direito Português, engloba a quase totalidade dos direitos de personalidade”⁹⁸.

O artigo 2.º, n.º 1 em junção com o artigo 1.º, parágrafo 1, nos termos da Lei Fundamental Alemã, trata também da proteção da vida privada⁹⁹.

Ricardo Leite Pinto e Rita Amaral Cabral¹⁰⁰ dizem tratar-se de *privatsphäre*.

A Constituição Colombiana, em seu texto, conforme o artigo 15.º e incisos, manifesta que: *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el estado debe respetarlos y hacerlos respetar*.

Em texto conciso a Constituição da República da Coreia de 12.07.48, em Outubro de 87 dispôs que a “privacidade dos cidadãos não será desrespeitada”.

Prontamente a Constituição *española* de 1978 (*derecho a la esfera secreta*), por meio do preceito n.º 1 do artigo 18.º subentende os direitos e liberdades, assegurando o direito à intimidade.

Para Fernando Herrero–Tejedor¹⁰¹ trata-se de *derecho a la intimidad*.

A primeira Constituição da Europa a proteger os direitos à intimidade e à vida privada foi a francesa (*droit à la vie privée*).

⁹⁷SILVA, Suzana Tavares da. Direitos Fundamentais na Arena Global. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 167.

⁹⁸RIGAUX, François. *L'élaboration d'un <<Right of Privacy>> par la Jurisprudence Américaine. Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 32, n.º 4, 1980, pp. 701 – 730.

⁹⁹ Cf. *Grundgesetz die Bundesrepublik Deutschland*. Cf. Tribunal Constitucional Federal, decisão de 16.07.69, AZ 1 BvL 19/63 – Microcensus; Tribunal Constitucional Federal o julgamento, de 15.12.83, 1 BvR 209, 362, 420, 440, 484 – 83 – Censo.

¹⁰⁰PINTO, Ricardo Leite, pp. 80 – 82. Cf. também, CABRAL, Rita Amaral. O Direito à Intimidade da Vida Privada. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, p. 398.

¹⁰¹HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.ª ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, e O'CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

Inicialmente, o Código Napoleônico, nos termos do artigo 1.382.º, assegurou os direitos à intimidade e à vida privada, no qual instituiu que: “Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”¹⁰². Jazia em um princípio universal.

A seguir, surgiu a proteção exclusiva com a implantação da Lei n.º 70.643, de 17.07.70, adentrou-se o direito à vida privada, adjudicado no artigo 9.º.

Para André Roux¹⁰³ trata-se de *vie privée*.

A Constituição Italiana de 1947 (*diritto alla riservatezza*) aborda implicitamente o direito à privacidade, porém o fundamento jaz-se, nas disposições gerais, nos termos dos artigos 2.º (tutelas individuais) e 3.º (especificações) e, perfilhadas em seus artigos 14.º (o domicílio é inviolável) e 15.º (invioláveis a liberdade, o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação).

Paolo Patrono¹⁰⁴ diz tratar-se de *riservatezza e vita privata*.

A *Constitución Política de la República de Nicaragua* de 1987, assegurou no artigo 26.º que: *Toda persona tiene derecho: 1. A su vida privada y la de su familia. 2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones. 3. Al respeto de su honra y reputación. El domicilio sólo puede ser allanado por orden escrita de juez competente o de autoridad expresamente facultada para ello; para impedir la comisión de un delito y para evitar daños a las personas o bienes, de acuerdo al procedimiento que prescriba la ley. La ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o por motivos fiscales. Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.*

Em outubro de 93 a Constituição Política do Peru dispôs no artigo 2.7.º que: “O direito à honra e a boa reputação, à intimidade pessoal e família, assim como à voz e à imagem própria”.

¹⁰² Cf. Código Bicentenário, pp. 19 – 23.

¹⁰³ ROUX, André. *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*. Economica, Paris, 1983, pp. 7 – 11.

¹⁰⁴ PATRONO, Paolo. *Privacy e vita privata*. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXV, Guiffre Editore, Milão, 1971, pp. 557 – 587. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto alla vita privata*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano V, Guiffre Editore, Milão, 1955, pp. 3 – 18.

Publicada em outubro de 87, a Constituição da República do Suriname, afirma no artigo 17.1º: “Todos têm direito ao respeito de sua vida privada, de sua família, de seu domicílio e de sua honra e boa reputação”.

Da mesma forma, a Constituição da Turquia nos termos dos artigos 20.º, 21.º e 22.º; a Constituição do Chile, no artigo 19.4.º; a Constituição da Bélgica no artigo 22.º, dispõe que: “Todos têm o direito ao respeito da sua vida privada e familiar”, e em seu artigo 15.º adota a inviolabilidade do domicílio.

Assim é o caso da Constituição da Holanda, na qual o artigo 10.1.º consagra o “respeito, intimidade pessoal e família”; o artigo 12.º trata da inviolabilidade do domicílio, e o artigo 13.º da inviolabilidade das correspondências.

No Brasil, o Direito à vida privada é sabido como direito de estar só¹⁰⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5.º, X, decreta: “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”.

Em seguida, precisa haver tantos “regimes Constitucionais”, que a Assembleia Constituinte deliberou, pôr estes direitos na Constituição Federal¹⁰⁶.

Neste sentido, o artigo 5.º, inciso X da Carta Magna têm por fim, a "proteção do Direito à reserva da intimidade e à vida privada. Versa no “poder” ímpar do ser de tolher a ingerência de terceiros na vida privada e familiar, e impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade destas e a sua divulgação"¹⁰⁷.

Assim se compreende que incide o direito à intimidade e à vida privada a reconhecença constitucional, cujo “o mais alto, consistiria em jurisdições onde a privacidade tem um reconhecimento completo e explícito no constitucional (Bélgica, Países Baixos, Portugal, Grécia, URSS de 1977, Argélia, Brasil, Chile e Turquia), em segundo nível é composto unicamente essas constituições de hospedagem de manifestações do direito, e fez referências genéricas ou globais em matéria de proteção de privacidade como nível pessoal (Itália, Luxemburgo, Suécia, Suíça, Dinamarca, Finlândia, Estados

¹⁰⁵COSTA JUNIOR, Paulo José da. O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade. 4.ª ed., rev., atual.: Editora Revista dos Tribunais, p. 25.

¹⁰⁶ANDRADE, Paulo Bonavides Pais de. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1999, p. 9.

¹⁰⁷Disponível em:

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>

Unidos, cuja emenda IV, Japão, México, Islândia, Filipinas.), no mais baixo nível os sistemas jurídicos que não incluem o direito à privacidade de forma concreta, e também não estabeleceu como garantia constitucional do direito as manifestações clássicas (França, Reino Unido, Estados Unidos, Áustria e Irlanda.)”¹⁰⁸.

Como aludido, a tutela à privacidade e à intimidade é assegurado globalmente nas Constituições de onde versou a pesquisa, sendo estes direitos, essenciais à humanidade.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos termos do artigo 16.º (Âmbito e sentidos dos direitos fundamentais) da CRP: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁰⁹ referem-se ao n.º 1 do artigo 16.º da CRP como “aquilo a que pode chamar-se uma cláusula aberta¹¹⁰ de não tipicidade dos direitos fundamentais complementada, quanto às garantias de defesa em processo criminal, pelo n.º 1 do artigo 32.º”.

Neste sentido, afirmam¹¹¹ que “...apenas podem ser incorporados como direitos fundamentais os direitos consignados em convenções internacionais, em atos de organizações internacionais da União Europeia ou em atos legislativos que apareçam exigidos pelos valores e princípios dos seus 1.º e 2.º, que apareçam exigidos pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelos princípios e objetivos do Estado de Direito

¹⁰⁸DELGADO, Lucrécio Rebollo. *El Derecho Fundamental a La Intimidad*. Dykinson, pp. 64 – 66.

¹⁰⁹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 290.

¹¹⁰ “O 9.º Aditamento à Constituição dos Estados Unidos é a primeira e a mais importante das cláusulas abertas Em Portugal, introduzida pela Constituição de 1911, a cláusula aberta transitaria para a Constituição autoritária de 1933, receberia na Constituição de 1976 – em coerência com o artigo 8.º - um significativo aditamento: o da relevância das fontes de Direito Internacional. Quanto ao direito ao desenvolvimento de personalidade, ele viria a ficar explicitado, a partir de 1997, no artigo 26.º, n.º 1” (*Idem*, pp. 290, 291).

¹¹¹ “Não podem ser considerados direitos fundamentais todos os direitos, individuais ou institucionais, negativos ou positivos, materiais ou procedimentais, provenientes de fontes internas e internacionais” (*Idem*, p. 293. Cf. também, os Acórdãos do TC n.ºs 174/87, 266/87, 51/87 e 109/85).

Democrático. Jusfundamentalidade equivale a consonância e complementaridade de todos os direitos, dentro e fora da Constituição formal”.

Consoante um direito fundamental é provido de multifuncionalidade, dito isso, seguindo a doutrina de Robert Alexy¹¹², cada direito fundamental é um “feixe de posições jurídicas jusfundamentais”. Igualmente, carece-se de sopesar o “direito fundamental como um todo”, analisando que toda disposição legal sobrevinda desta abundância pode adotar um papel diverso, contradizendo a anciã doutrina.

Consequentemente, sabe-se que os direitos fundamentais vindos de fora da Constituição beneficiam-se do regime da Constituição formal. Além disso, podem existir regras materiais sobre direitos fundamentais constantes apenas da lei, contanto que, também elas, não contradigam as normas constitucionais. Outrossim, tem-se como direitos fundamentais implícitos à reserva de intimidade da vida privada, artigo 26.º, n.º 1 da CRP¹¹³.

O artigo 17.º (Regime dos direitos, liberdades e garantias) da CRP dispõe que: “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de *natureza análoga*”.

Eduardo Correia Baptista¹¹⁴ afirma que: “A maioria dos direitos sociais tem um núcleo essencial que partilha da natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias. Ora, seria muito difícil sustentar que lhes é aplicável o regime orgânico de reserva relativa da Assembleia da República, visto que, sendo inadequado diferenciar estas pretensões essenciais das que o não são para efeitos de determinação, se o seu regime ficasse sujeito àquela reserva, tal iria acabar por exigir lei formal para todos estes direitos”.

Jorge Miranda e Rui Medeiros¹¹⁵ pugnam no mesmo sentido, defendendo o não exclusivo dos diplomas legislativos emanados da Assembleia da República como fonte criadora de direitos fundamentais, com uma dimensão análoga à dos direitos constante dos

¹¹²ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. CEC. Madrid, 1997, p. 241. Cf. a explicação de Robert Alexy sobre a resolução de conflito entre princípios, afirma que “em um conflito de princípios é necessário interferir naquele que afetará de forma menos agressiva o outro”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>

¹¹³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 293 - 295.

¹¹⁴BAPTISTA, Eduardo Correia. *Os direitos de e de manifestação no Direito português*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 224, 225.

¹¹⁵*Ob. cit.*, p. 309.

artigos 17.º da CRP, visto que “leis formais em Portugal hoje são também o *decreto-lei* e o *decreto legislativo regional* (artigo 112.º) ”.

No que diz respeito, a outros direitos pessoais, a CRP no artigo 26.º, n.º 1 afirma: “A todos são reconhecidos os direitos ... à reserva da intimidade da vida privada ...”.

O direito à vida privada pode ser visto como a fortaleza inexpugnável dos cidadãos contra o *imperium* do Estado, o último reduto de soberania pessoal¹¹⁶.

A esfera da privacidade não está subjugada ao domínio público, conseqüentemente, necessita ser abordada como o direito de “livre-arbítrio”, no que concerne à liberdade de decisão.

Seguindo os ensinamentos de José Adércio Leite Sampaio¹¹⁷, a própria análise semântica do “privado” da vida nos mostra que tal espaço “pertence à pessoa ou ao indivíduo mesmo”.

Igualmente o direito à vida privada considera a emancipação do indivíduo, como a faculdade de decisões sob o que diz respeito à intimidade, que estão expressas nas declarações iniciais de direitos que confessam como “cauções” de bem-estar a não violação do ser humano, do seu lar e das correspondências do mesmo.

As garantias constitucionais dos direitos fundamentais são uma aquisição social e um objeto vital para um Estado Democrático de Direito, assim, protegendo os direitos das pessoas.

Descobertas “aparições” de constitucionalismo na antiguidade, nada mais é do que: “...o fio condutor deste curso – a garantia, proteção ou efetividade dos direitos fundamentais ...voluntarista, a verdade é que o problema mais premente hoje é o da respectiva proteção ou efetivação através da sua concretização aplicativa”¹¹⁸.

Portanto, percebe-se que os direitos fundamentais estão tutelados na CRP, artigo 1.º (República Portuguesa) – “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre justa e solidária”-, “os Princípios fundamentais”.

¹¹⁶SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada. Belo Horizonte: *Del Rey*, 1998, p. 34.

¹¹⁷*Idem*, p. 35.

¹¹⁸BALAGUER, Francisco Callejón. *Manual de Derecho Constitucional*. vol. II, 3.ª ed., *Tecnos, Madrid*, 2008; *apud* SILVA, Suzana Tavares da. Direitos Fundamentais na Arena Global. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 13.

De acordo com esta definição, considera-se que “...a história dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada será a história do homem em busca de realização de sua dignidade, será a história de suas lutas contra a opressão, o arbítrio, em prol da afirmação de sua liberdade, confundindo-se, neste sentido, com a idealização e positivação dos direitos fundamentais”¹¹⁹.

Para além disto, podemos perguntar-se em que medida o direito à reserva da intimidade da vida privada é um direito fundamental.

Parece-nos que tal direito à reserva deve ser reconhecido, conforme as normas da atual Constituição, a qual “proclama, no seu art. 1.º, a dignidade humana como valor no qual se funda a República Portuguesa. Trata-se de uma noção fundamental, que constitui um elemento de unidade de valor da Constituição, sendo certo que uma das condições desta dignidade é o respeito pela identidade e integridade da pessoa. ... a CRP consagra, no seu art. 26.º, “outros direitos pessoais”, que têm como nota comum o fato de protegerem um círculo nuclear da pessoa, correspondendo, genericamente, a direitos de personalidade”¹²⁰.

Segundo o Acórdão n.º 128/92¹²¹ do TC, o qual versa sobre o conteúdo do Direito à reserva da intimidade da vida privada, é “direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias”.

Neste sentido, o direito incluía duas partes constitucionais: a autonomia e a despropagação, salvo permissão, do conteúdo daquele direito. Futuramente, esse direito fora recorrido nos Acórdãos do Tribunal Constitucional de n.ºs 278/99 (segredo bancário) e 319/95 (testes de alcoolismos)¹²².

A noção abstrata, ainda que muito usada, de “vida privada” é de complicada explicação de seu sentido. A doutrina faz sobressair a máxima da tríade, ou seja, do respeito dos comportamentos, do anonimato e o da vida em ligação entre pessoas, enquanto que a jurisprudência aceita o princípio constitucional distinguindo os dados da vida privada dos dados da vida pública¹²³.

¹¹⁹SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 34.

¹²⁰PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *A Proteção da Vida Privada e a Constituição*. Separata do BFD, vol. 76 (2000), p. 155.

¹²¹Cf. DR, II série, de 24/07/1992 e nos Ac.ºs do TC, vol. 21, pp. 481 e ss..

¹²²PINTO, Paulo Mota. *A Proteção da Vida Privada e a Constituição*, BFD 76, Coimbra, 2000, p. 158.

¹²³*Idem*, p. 164.

Primeiramente, o interesse, estritamente particular, do direito que equivale à vida privada, no que diz respeito às informações na esfera pessoal é o direito ao anonimato e o de estar só. Por conseguinte, esses elementos são a essência da defesa da reserva à intimidade da vida privada, diverso do direito de informação. O conhecimento constitucional, neste sentido, diferencia a vida pública, da social e mundana da vida privada¹²⁴.

É indispensável tanto uma caracterização do conteúdo do Direito à reserva da intimidade da vida privada como uma definição deste. Observa-se que “para determinar o conteúdo, é necessário precisar o sentido da “reserva” exigida”¹²⁵.

Após esta clarificação, faz-se imprescindível complementá-la com a devida diferenciação, “dada a sua ligação aos interesses protegidos”, “entre a *intromissão* ou *intrusão* na vida privada (com perturbação da tranquilidade ou simples aquisição de informação) e a *divulgação* de informação relativa à vida privada. O respeito pela reserva da vida privada torna, na verdade, proibidas seja a revelação ou divulgação de informação...”¹²⁶.

No Acórdão n.º 128/92¹²⁷, o Tribunal Constitucional analisou que “no espaço próprio inviolável engloba-se a vida pessoal, a vida familiar, a relação com as outras esferas da privacidade, o lugar próprio da vida pessoal e familiar, bem assim como os meios de expressão e comunicação privados”.

Assim, são elementos essenciais da reserva da intimidade da vida privada da pessoa a identidade, o endereço, o número de telefone ou de celular, códigos, informações clínicas, salvo aos grupos sanguíneos, fatos e acontecimentos privados, elementos respeitantes à vida familiar, conjugal, amorosa e afetiva, locais privados, comunicações por correspondência, objetos pessoais, informação patrimonial e financeira.

E, em referência aos direitos fundamentais individuais, apenas os instrumentos de proteção jurídica são capazes de “impedir que cada pessoa tenha a impressão de viver

¹²⁴ *Ibidem*, p. 165.

¹²⁵ *Idem*, p. 169.

¹²⁶ *Idem*, p. 169.

¹²⁷ Cf. DR, II série, de 24/07/1992 e nos Ac.º do TC, vol. 21, pp. 481 e ss..

numa «casa de cristal», com «paredes de vidro» que não pode transparecer como bem entende, para resguardar o território que pertence a um indivíduo”¹²⁸.

Todavia, pode, assim, perguntar-se quais são as consequências, entende-se formas de violação, do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Parece, que “a interferência na intimidade da vida privada por intromissão pode resultar de uma violação de domicílio, do segredo da correspondência ou das comunicações. ...o *voyeurismo*, se for exercido sobre a pessoa na sua vida privada; a realização de fotografias ou filmes, ou de registros de voz ou de outros sons da vida privada; a perseguição física de outras pessoas, ao violar o “direito a ser deixado sozinho”, bem como a perturbação da intimidade pelo telefone...correspondência não desejada. A publicidade pelo correio, por telefone ou telecópia; aquisição de informação, o segredo”¹²⁹.

Assim, com efeito, segue o autor, a violação consiste, também “na publicação, divulgação ou simples revelação de informações sobre a vida privada. ...revelação a outrem de relatórios sobre a vida privada da pessoa, artigos de jornais ou de revistas, a comercialização de registros ou fotografias; difusão pública de elementos contidos em registros de acesso público...e a violação de um pacto de confidencialidade”¹³⁰.

Não obstante, prosseguindo o entendimento, “a lesão do direito à reserva, possibilita a legítima defesa do seu titular, nos termos do art. 337.º, n.º 1 do CC. Mais importante, é a responsabilidade civil. Quanto aos danos, são quase sempre irreversíveis; decorre uma limitação de monta para o instrumento ressarcitório da responsabilidade civil...a atuação de tipo preventivo (art. 70.º, n.º 2 do CC) assume uma importância redobrada na proteção da privacidade”¹³¹.

Por fim, neste absorto de pensamentos “é fundamental que o direito se mantenha ao lado do homem só, ao lado do indivíduo que à agressão responde com firmeza: “*noli me tangere*””¹³².

¹²⁸PINTO, Paulo Mota. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. BFD, vol. 69, Coimbra, 1993, p. 585.

¹²⁹ *Ob. cit.*, p. 170.

¹³⁰ *Idem*, p. 171.

¹³¹ PINTO, Paulo Mota. O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. BFD, vol. 69, Coimbra, 1993, p. 579.

¹³² *Idem*, p. 579.

6. SALVAGUARDA LUSA DA PERSONALIDADE

O Direito Português tutela a personalidade, não apenas constitucionalmente, mas também na esfera cível e penal.

De forma expressa, a personalidade ganhou dimensão constitucional com a primeira Constituição da República pós ditatorial, solidificando-se a previsão *sortout* com as Revisões Constitucionais de 1982 e 1989 e estabelecendo-se o regime jurídico da dignidade da pessoa humana.

Já a Assembleia Constituinte, no preâmbulo da Constituição Portuguesa, estabelecia “a decisão do povo português de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos”¹³³.

O artigo 1.º da CRP estatui que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O artigo 2.º complementa esta enunciação, ao prever que “A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas e no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”.

É notório, nos artigos constitucionais supracitados, o elo entre a declaração da dignidade da pessoa humana e a democracia, como uma maneira existencial de transpor obstáculos e a aspiração de estrutura de uma comunidade, comunidade de personalidades (*Gemeinschaft von Persönlichkeiten*)¹³⁴, digna.

Dito isso, sabe-se que todo e qualquer indivíduo é o bem jurídico do nosso ordenamento.

Nesta esteira, a Constituição Portuguesa, Título I, no seu artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, no que diz respeito ao Princípio da universalidade, dispõe primeiramente que “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”, ordenando na segunda das normas que “As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão

¹³³MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1976. Lisboa, *Petryny*, 1978, p. 303 e ss., Manual, IV, 1993, p. 55 e ss., p. 229 e ss.; e, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1991, p. 552 e ss. e p. 532 e ss..

¹³⁴HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 62 e ss.; CASTANHEIRA NEVES. O papel do jurista no nosso tempo, Coimbra, Universidade, 1968, p. 47 e ss.; e, MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. IV, p. 166 e ss..

sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”, nos termos do art. 12.º, n.º 2 da CRP¹³⁵.

Porque os direitos são universais, preceituando o artigo 13.º da CRP que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, estando em constante evolução, tal qual a Humanidade, as estruturas formais de poder (político, econômico, cultural e social) têm que os respeitar e por eles são condicionados.

Reflexivamente, a Constituição Portuguesa, no artigo 18.º, n.º 1, “Força jurídica”, dispõe que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”¹³⁶.

A vinculação obrigatória a este Regime ressalta na Constituição da República Portuguesa na norma do art. 165.º, n.º 1, b), a não possibilidade de revogar ou limitar “Direitos, liberdades e garantias” de forma genérica pela lei ordinária, o mesmo é dizer, é estabelecida uma reserva relativa (de competência legislativa) da Assembleia.

Admitem-se exclusivamente restrições aos “Direitos, liberdades e garantias” nos estreitos limites e obedecendo aos requisitos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da CRP, estatuidando o artigo 19.º, n.º 1 da CRP a possibilidade de “suspensão do exercício de direitos” somente em estado de sítio ou de estado de emergência¹³⁷.

¹³⁵ “Não se trata de uma equiparação, porque não pode confundir-se o caráter *final* da personalidade jurídica do homem e o caráter *instrumental* da personalidade jurídica coletiva” (ANDRADE, Vieira. Os Direitos Fundamentais. p. 119 *apud* MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. p. 210, chegando a considerar os direitos fundamentais das pessoas coletivas direitos por analogia e atípicos). Neste sentido, os autores supracitados afirmam tratar-se de uma limitação: “as pessoas coletivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm *todos* os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas coletivas ou a instituições”. Para o TC (Cf. Ac.º n.ºs 198/85, 539/97, 569/98, 174 e 518/00), “ainda quando certo direito fundamental seja compatível com essa natureza e, suscetível de titularidade “coletiva” (*hoc sensu*) daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exatamente nos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares”. Concluem que “Os deveres fundamentais, mais ainda do que os direitos, são concebidos como individuais”.

¹³⁶ Cf. acerca de Direitos e deveres fundamentais, as respetivas obras: MIRANDA, Jorge. Manual, IV, p. 275 e ss.; CANOTILHO, Gomes. p. 591 e ss. e p. 606 e ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 1983, p. 254 e ss., p. 270 e ss.; SOUSA, Rabindranath Capelo de. Lições de Direito das Sucessões, I, *cit.*, p. 36; NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1990, sep. BFDUC LXV, p. 17; CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil, Coimbra, Almedina, 1984, II, p. 1.278 e ss.; PATTO, Pedro Vaz. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias, Lisboa, FDL, tese, p. 65 e ss.; ABRANTES, José Nunes. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, Lisboa, AAFDL, 1990, p. 87 e ss.. Cf. também, HUBMANN, Heinrich. *Das Perskr*, p. 110 e ss.; THILO RAMM. *Drittwirkung und Übermassverbot*, JZ 1988, 10, p. 489 e ss.; CLAUS CANARIS. *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 1984, 3, p. 202 e ss., e VIKTOR AEPLI. *Grundrechte und Privatrecht*, Hergiswil, IHA, 1980, p. 203 e ss..

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. Manual, IV, p. 290 e ss.; GOMES CANOTILHO, p. 477 e ss., e VIEIRA DE ANDRADE, p. 224 e ss..

Ao abrigo da Constituição de 1933, diversamente, estava legalmente plasmada a possibilidade de restrição de direitos, nomeadamente de direitos fundamentais de personalidade¹³⁸ como o direito à vida, à integridade pessoal, ao trabalho, ao bom nome e reputação, à liberdade e à inviolabilidade de crenças e práticas religiosas, à liberdade de ensino, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, indústria ou comércio, à liberdade pessoal e a não ser preso preventivamente, salvo casos excepcionais previstos na lei, o direito à liberdade de reunião e de associação, de apropriação e de transmissão em vida ou por morte e o de resistência e de legítima defesa.

O fim do regime corporativo e a plena democratização da sociedade e do Direito português conduziram a uma exigência superior na limitação de direitos, consagrando também (logo na Constituição de 1976) um leque mais alargado de direitos, entre os quais o direito geral à liberdade, à segurança, à reserva da intimidade da privada e familiar – engloba direitos respeitantes a dignidade da pessoa humana, por parte de outrem, de informações individuais e coletivas - , de constituir família e de contrair casamento, à igualdade no casamento, o direito à não discriminação dos filhos e demais parentes nascidos fora do casamento, o direito dos pais de educação dos seus filhos, o dos filhos à educação dos pais, o direito dos pais e dos filhos a não poderem ser separados, o direito de liberdade de imprensa, à objeção de consciência, de liberdade de criação cultural, à liberdade de aprender, de manifestação, de participação na vida pública, a ser esclarecido e informado sobre os assuntos públicos e de acesso à cargos públicos¹³⁹.

A Constituição portuguesa avigorou a proteção dos direitos de personalidade, não só ao determinar como limite material das leis de revisão o reconhecimento dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nos termos do artigo 288.º, d), mas também ao aceitar a aplicabilidade do ordenamento internacional alusivo aos direitos fundamentais, por força do artigo 16.º, n.ºs 1 e 8.º e ao estabelecer que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração dos Direitos do Homem”, nos termos do artigo 16.º, n.º 2.

¹³⁸Cf. art. 8.º, parágrafos 1.º a 4.º, da Constituição de 1933 e SOUSA, Capelo de. A Constituição e os Direitos Fundamentais de Personalidade, p. 182 e ss..

¹³⁹SOUSA, Capelo de, p. 189 e ss.

A DUDH¹⁴⁰ institui um universal Direito Geral de Personalidade, ao “livre e pleno desenvolvimento da personalidade”.

A circunstância e o enfoque dos pontos atinentes à composição, ativa e o caráter da juscivilística proteção geral da personalidade, como dificuldades de interpretação e de constituição jurídica que são e que compreendem uma apropriada complexidade, relevam uma precedente, ainda sumária, inventariação dos mandos do ordenamento português, na sua totalidade, relativos a tutela da personalidade.

Assim como, uma justaposição a observação do espaço do ato de atribuir valor a um objeto jurídico daquela proteção face a categoria da coletividade de estimas do ordenamento jurídico português.

Inclusive, a despeito de diversos conflitos e divergências normativas, consecutivamente, existe uma adequada conformidade em um ordenamento jurídico.

A partir desse momento, dado que algum bem jurídico protegido (v.g., personalidade humana) implanta-se e pretende a repetir a filosofia de estimas próprios ao ordenamento, qualquer que consista no feitio da vida igualitária em que se condiga e o respeitante projeto da relação jurídica em que se integralize.

Neste ponto, manter-se que a setorização dos bens jurídicos por ramos de direito satisfaz mais a correções metodológicas ou epistemológicas do que a imprescindíveis ônticos.

Portanto, somos da opinião que a tutela da personalidade humana, na esfera dos nossos subsistemas de direito civil, constitucional, penal, administrativo, etc., surge de um ordinário e abarcante entendimento jurídico da pessoa e das afinidades humanas.

Logo, é a própria emanção de poder do ser humano juridicamente conhecido que é protegida nos díspares ramos da ordem jurídica.

7. O PROBLEMA NO SENTIDO DO DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

O antigo entendimento do direito à intimidade surgiu no direito norte-americano do período XIX e da terminologia utilizada pelo Juiz Cooley em 1873, onde este,

¹⁴⁰ Cf. o preâmbulo e os artigos. 6.º e 29.º, n.º 1 da declaração.

estabeleceu à intimidade como *the right to be alone*¹⁴¹, isto é, o direito de viver no anonimato; e, o direito de exclusão, ou seja, inacessível ao público, dependendo sempre da vontade da própria pessoa e que compõe o fundamental da personalidade da mesma.

Este entendimento convencionou em um juízo vital: a intimidade manifesta-se na probabilidade de afastar o público, cuja pessoa padece do *panoptismo* privado, o qual, finda das noções comuns determinadas perspectivas da sua existência.

No entanto, quanto o sentido de uma segunda compreensão, Vittorio Frosini¹⁴² diz que: “A intimidade surge como o último reduto da liberdade com um sentido positivo”.

No entanto, não se trataria apenas de proteger o cidadão contra o Estado, mas de assegurar o desenvolvimento integral da personalidade como forma de garantir a liberdade¹⁴³.

Ricardo Leite Pinto¹⁴⁴ entende que: “Esta concepção é suscetível de algumas críticas, uma vez que acaba por não definir o objeto da intimidade da vida privada, remetendo para o conceito amplo de liberdade, também ele suscetível de variadas interpretações”.

A corrente majoritária compreende à intimidade na sua coletividade, do privado ao público, ou seja, ultrapassado o período *my house, my castle*, hodiernamente “bancos de dados”.

Uma vez que, assegura um *lebensraum* – espaço vital – em alemão, idealizado por Friedrich Ratzel, ademais limitar o âmbito de reserva, individualizado.

Noutros vocábulos, uma ideia de direito à intimidade, estabelecida como direito à não ingerência por parte de terceiros, é precária.

Posto isso, inadmissível conformar tal direito tão-somente como o direito de ser deixado em paz; e o poder de dominar a utilização que os demais praticam sobre as informações alheias.

Neste sentido, o uso social do reconhecimento de intimidade só percebível na visão da sociedade, estabelecendo-se o direito à intimidade, isto é, ora um “direito garantístico”.

¹⁴¹HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.^a ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 27 e ss.

¹⁴²FROSINI, Vittorio. *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*. p. 29 e ss.

¹⁴³PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, p. 100.

¹⁴⁴*Idem*, p. 100.

Assim, o constitucionalismo contemporâneo, no exímio resumo de Gomes Canotilho "É uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos" - de tutela diante uma incursão imprópria do âmbito privado, *status* negativo; outrora um *status* positivo, como direito ativo de domínio a propósito do movimento de informações que compromete todo indivíduo.

Em Sentença, do Tribunal Constitucional Espanhol, n.º 254/1993¹⁴⁵, sobre a nova conceção do direito à intimidade, nas palavras de Antonio Orti Vallejo¹⁴⁶ “a garantia da intimidade adota hoje um conteúdo positivo em forma de direito de controle de dados relativos à própria pessoa. A chamada liberdade informática é, assim e também, o direito a controlar o uso dos dados inseridos num programa informático A constatação elementar de que os dados pessoais de que dispõe a Administração são utilizados pelas suas autoridades e seus serviços, impede a aceitação da tese de que o direito fundamental à intimidade esgota o seu conteúdo em prerrogativas puramente negativas de exclusão. As prerrogativas necessárias para conhecer a existência, os fins e os responsáveis dos ficheiros automatizados dependentes de uma Administração Pública onde constem dados pessoais, são absolutamente indispensáveis para que os interesses protegidos pelo artigo 18.º da Constituição Espanhola e que dão vida ao direito fundamental à intimidade, resultem real e efetivamente protegidos. Pelo que as ditas prerrogativas de informação fazem parte do conteúdo do direito à intimidade que vincula diretamente todos os poderes públicos”.

Em suma, no ver de Guido Alpa¹⁴⁷ e José Martínez de Pisón Caveró¹⁴⁸, “Na época atual é insuficiente conceber a intimidade apenas num sentido puramente negativo, traduzido na recusa de intromissão de estranhos na vida privada e familiar, na recusa a consentir informação sobre si próprio, na renúncia a participar na vida social (*to be let alone*), passando a ser entendida, também em sentido positivo, como afirmação da própria liberdade e dignidade da pessoa, de limitações impostas pelo indivíduo ao poder informático, de controle ativo dos meios e fins daquele poder”.

¹⁴⁵ Disponível no dia 04/11/2015 em:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_constitucional/common/pdfs/13_Sentencia_254-1993_de_20_julio_1993_def_-_copia.pdf

¹⁴⁶VALLEJO, António Orti. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la Persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Editorial Comares, Granada, 1994, p. 62.

¹⁴⁷ALPA, Guido. *Privacy e statuto dell'informazione (Il Privacy Act, 1974 e la Loi relative l'informatique, aux fichiers et aux libertés n.º 78.17 del 1978) Banche Dati Telematica e Diritti della Persona*, Cedam, Pádua, 1984, p. 199.

¹⁴⁸CAVERO, José Martínez de Pisón. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Civitas, Madrid, 1993, p. 66.

Partindo deste conceito de intimidade, cumpre agora analisar a Esfera legal e os Bens jurídicos incluídos no respetivo âmbito de proteção.

O artigo 26.º da CRP coloca vários problemas que, direta ou indiretamente, se prendem com a determinação do âmbito normativo da vida privada e familiar, designadamente: a) a distinção entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à identidade, o direito ao bom nome e à reputação, o direito à imagem e o direito à palavra (todos eles direitos pessoais); b) definição do direito à reserva da intimidade da vida privada; c) identificação dos bens jurídicos incluídos no âmbito da proteção deste direito.

A Constituição, no artigo 26.º, n.º 1, preceitua um conjunto de direitos que são qualificados de direitos pessoais por se encontrarem estritamente ligados à proteção do núcleo essencial da pessoa humana.

Esses direitos, na terminologia do Direito Privado, seriam designados por Direitos de Personalidade. Alguns desses direitos estão preceituados no Código Civil (direito ao nome, direito à imagem, direito à reserva da intimidade da vida privada) e beneficiam-se de tutela penal.

Todavia, o conteúdo de cada um desses direitos é diverso. Assim, alguns dos direitos compreendidos no artigo 26.º, n.º 1 da CRP estão mais próximos do que outros do bem designado por vida privada.

É o caso do direito à imagem (art. 79.º do CC), que deve ser compreendido num duplo sentido: o direito de não ser fotografado ou ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento e o direito de não ser apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel.

O direito à palavra também se desdobra em dois direitos: direito à voz como atributo da personalidade, sendo ilícito divulgar ou registrar a voz sem o consentimento do visado, e o direito às “palavras ditas” que pretende garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa.

O direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 72.º do CC, é um direito de difícil delimitação, uma vez que visa garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível.

Assim, poderíamos considerar que o seu âmbito normativo abrange: o direito ao nome (direito a ter um nome, a não ser dele privado, a defendê-lo, a impedir que outrem o

utilize); o direito à historicidade pessoal (direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, podendo fundamentar um direito à investigação da paternidade ou da maternidade); o direito de acesso à informação sobre identificação civil (a fim de que o titular possa tomar conhecimento dos dados de identificação e possa exigir a sua retificação ou atualização).

Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁴⁹ afirmam que: “Todos estes direitos são manifestações do direito à reserva da intimidade da vida privada, podendo falar-se de uma verdadeira constelação de direitos”.

Alguns destes direitos apresentam-se como garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, podendo defender-se que, para uma eficaz proteção do bem jurídico “Intimidade da Vida Privada e Familiar”, seria necessário acumular no cidadão vários direitos, como o direito à imagem (artigo 26.º, n.º 1), o direito à palavra (artigo 26.º, n.º 1), o direito à identidade (artigo 26.º, n.º 1), o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º), os direitos de defesa contra o tratamento informático de dados (artigo 35.º)¹⁵⁰.

André Roux¹⁵¹ diz que: “O texto constitucional distingue entre intimidade pessoal e familiar (equivalente ao ordenamento Francês e Espanhol). ... a vida privada de uma pessoa pode não afetar elementos apenas a ela relativos, podendo afirmar-se a existência de uma “vida privada familiar” comum a um certo número de pessoas. ... a doutrina e a jurisprudência estão de acordo em que os atentados à vida privada de uma mulher casada constituem igualmente ataques à intimidade de seu marido, assim como as informações relativas aos seus antecedentes, descendentes e parentes em geral têm relação em todo o caso com a sua vida privada”.

O conceito de intimidade familiar não é, todavia, um conceito de fácil determinação. A generalidade da doutrina entende que deriva do vínculo familiar.

Compreende-se que a intimidade se produz no matrimônio e não se permite que se vulnere a intimidade própria de cada cônjuge, como preceituado nos artigos 1.671.º, 1.672.º do Código Civil.

¹⁴⁹CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., rev., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 178 – 182.

¹⁵⁰*Idem*, p. 181.

¹⁵¹ROUX, André. *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*. Economica, Paris, 1983, p. 11.

Assim, a abertura da correspondência privada de um deles pelo outro – salvo, evidentemente, em caso de consentimento – configurar-se-ia como um claro atentado à sua intimidade de acordo com o constante nos artigos 1.874.º e 1.878.º, n.º 2 do CC.

Fernando Herrero-Tejedor¹⁵² afirma que: “Acrescendo à intimidade dos membros que compõem a família, surge a intimidade familiar em si mesma como grupo nuclear que participa dos mesmos poderes de exclusão atribuídos à intimidade pessoal”.

Na determinação dos bens jurídicos incluídos no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, encontramos, no campo doutrinal, duas orientações: A Teoria das Esferas e a Teoria dos Métodos Descritivos.

A Teoria das Esferas - utilizada no estudo da proteção da vida privada na Alemanha - consagra a divisão da vida privada em três esferas ou zonas diferentes, mais ou menos suscetíveis de serem restringidas.

Tais esferas, concêntricas, representariam uma tripla graduação da vida privada, da mais permissiva à mais restringida.

A mais ampla, a esfera privada (*Privatsphäre*), compreende todos aqueles comportamentos, notícias e expressões que o sujeito deseja que não cheguem ao conhecimento público, nela se inclui a imagem física da pessoa e o seu comportamento, mesmo fora do domicílio, que não devem ser conhecidos senão por quem se encontra em contato com ela.

Segue-se a esfera confidencial (*Vertrauensphäre*), que abarca tudo aquilo que o sujeito comunica a um sujeito de confiança; desta esfera ficam excluídos, além do público em geral, aquelas pessoas que participam da vida privada e familiar, nela se inclui correspondência, memórias.

Hubmann (1957), por Ricardo Leite Pinto¹⁵³ “O esforço inicial de construção deste modelo teórico segundo o qual se relaciona, no âmbito mais amplo dos direitos de personalidade, o direito à intimidade com os restantes direitos com ele conexos, como o direito ao bom nome, à imagem ou à identidade”.

¹⁵²HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.ª ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 27 e ss.

¹⁵³PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, p. 101.

Finalmente, de menor raio, aparece a esfera do secreto (*Geheimsphäre*) que corresponde às notícias e fatos que, pelo seu caráter extremamente reservado, ficam inacessíveis a todos os demais¹⁵⁴.

Para José Martínez de Pisón Caveró¹⁵⁵ “Outros apontam um diferente parcelamento da vida individual nas seguintes esferas: *Intimsphäre* (esfera íntima) que se refere ao âmbito mais secreto do indivíduo; *Privatsphäre* (esfera privada) similar à *privacy*, sendo a esfera relacionada com a vida privada das relações familiares e pessoais; por último, a *Individualphäre* (esfera individual) que abarca elementos que expressam a personalidade do indivíduo (v.g. a honra e a imagem pessoal) ”.

À luz desta teoria, de importantes repercussões na doutrina, passaram a identificar-se os bens jurídicos incluídos no âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade mediante uma separação da vida individual em três esferas, inter-relacionadas¹⁵⁶.

Rita Amaral Cabral¹⁵⁷ defende a Teoria das três esferas em: “A vida íntima (*der Gheimbereich*), que corresponde àquilo que designamos por esfera do secreto e que compreende os gestos e fatos que em absoluto devem ser subtraídos ao conhecimento de outrem; a vida privada (*der Privatbereich*), que corresponde àquilo que designamos por esfera privada; a vida pública (*der Offentlichkeitsbereich*), que, correspondendo a fatos suscetíveis de serem por todos conhecidos, respeita à participação de cada um na vida da coletividade. O direito à reserva da intimidade da vida privada tutela a primeira esfera”.

Deve ter-se em conta que as diversas esferas comunicam entre si, podendo os componentes da esfera do secreto, através do consentimento do titular, passar a fazer parte das relações de confiança (esfera confidencial) e um bem desta passar a fazer parte da esfera privada. Além disso, a extensão das diversas esferas não se aplica da mesma forma a todos os sujeitos, devendo adotar um caráter relativo adequado à categoria ou estrato social a que pertence o indivíduo e a popularidade e notoriedade de que goza nos ambientes sociais¹⁵⁸.

¹⁵⁴CAVERO, José Martínez de Pisón. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Civitas, Madrid, 1993, p. 30.

¹⁵⁵*Idem*, p. 30.

¹⁵⁶CABRAL, Rita Amaral. O Direito à Intimidade da Vida Privada. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, pp. 398, 399.

¹⁵⁷*Idem*, pp. 398, 399.

¹⁵⁸HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.^a ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 27 e ss.. Cf. também, PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem

Partindo da doutrina alemã das esferas, a doutrina italiana diferencia, de forma simplificada, dois direitos inseridos na chamada zona privada.

Estas esferas, segundo Paolo Patrono¹⁵⁹ dividem-se em: “Direito à reserva (*riservatezza*) e o direito ao respeito da vida privada (*vita privata*). O primeiro defende a esfera privada da divulgação de notícias legitimamente conhecidas; o segundo protege o sujeito de interferências externas nesta esfera”.

Para Fernando Herrero-Tejedor¹⁶⁰ “Estabelece-se, assim, um quadro classificatório dos ataques à vida privada das pessoas. O direito à *riservatezza* pressupõe a existência de um acesso à intimidade alheia licitamente verificado. Portanto, o objeto protegido a este nível são os deveres de discrição ou sigilo sobre as circunstâncias relativas à esfera privada de outrem; a infração do direito de acesso aparece a partir do momento em que é violado o dever de reserva, já que a ilicitude recai sobre a divulgação ou revelação de fatos a pessoas alheias à esfera de confiança. A manutenção do dever de discrição expressa o respeito à confiança que induziu o sujeito a participar a notícia a outrem (confidente). A tais parâmetros jurídicos correspondem as relações que se estabelecem com os profissionais de medicina e direito ou com a Administração Pública. Pelo contrário, nas violações do direito ao respeito da vida privada, a ilicitude recai sobre a interferência na esfera privada, porque se visa impedir o conhecimento ou acesso à mesma. Se depois da ingerência nesta esfera se produz a divulgação dos fatos conhecidos sub-repticiamente, tal ação será objeto de sanções jurídicas. No direito ao segredo da vida privada incluímos o segredo de correspondência, as conversas privadas, a inviolabilidade de domicílio, o direito à imagem, entre outros”.

Todavia, esta teoria das esferas é suscetível de ser criticada, por vários motivos: primeiramente porque pressupõe uma separação absoluta entre público e privado, o que não se afigura adequado aos tempos atuais (não esqueçamos que o cidadão atual, ao participar na estrutura social, produz informação sobre si próprio, a qual, processada em bases de dados informatizados, permite uma informação global que pode pôr em perigo a sua liberdade); por outro lado, dado que aquilo que é privado varia consoante o momento e

dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, pp. 101, 102. Cf. CAVERO, José Martínez de Pisón. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Civitas, Madrid, 1993, p. 30 e ss.

¹⁵⁹PATRONO, Paolo. *Privacy e vita privata*. *Enciclopedia del Diritto*. vol. XXXV, Giuffrè Editore, Milão, 1971, pp. 561, 562.

¹⁶⁰HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.^a ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 85.

o lugar, e varia de acordo com os indivíduos e as classes sociais (trata-se, neste sentido, de um conceito relativo); também porque a noção de esfera privada exclui qualquer conexão com a vida em relação, não sendo, por isso, compatível com a concepção atual de cidadão, o qual, para poder desempenhar determinada função social ou profissional, necessita de fornecer determinadas informações que, de acordo com esta teoria, pertenceriam à esfera privada¹⁶¹.

Pierre Kayser¹⁶², “A distinção entre público e privado inspira-se na Teoria da Autonomia da Vontade, segundo a qual seriam lícitas as investigações e divulgações das atividades públicas de um indivíduo porque ele teria dado o seu consentimento tácito a tais investigações, enquanto que no que respeita à sua vida privada só seria válido um consentimento expreso. Todavia, essa Teoria, na sua aplicação prática, apresenta dificuldades: não se pode dizer, de forma inequívoca, que os fatos da vida privada de um cidadão não possam ser revelados sem o seu consentimento expreso; além disso, a esfera de proteção da vida privada não é igual para todos os cidadãos, sem que isto implique violação do princípio da igualdade (estamos a pensar em certas categorias de pessoas, como as vedetas ou os titulares de cargos políticos; trata-se de casos em que não é possível utilizar com segurança o critério da distinção entre público e privado)”.

Do exposto se conclui não ser razoável estabelecer limites apriorísticos entre público e privado ou entre privado e íntimo¹⁶³.

Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁶⁴ afirmam que: “Não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, ... o critério constitucional deve arrancar dos conceitos de privacidade e de dignidades humanas de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea”.

E, de acordo com os referidos autores, o âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se com base num conceito de vida privada que tenha em conta uma referência civilizacional sob três

¹⁶¹KAYSER, Pierre. *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civil. Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, p. 153 e ss, citado por PINTO, Ricardo Leite. *Liberdade de Imprensa e vida privada*. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, p. 102 e ss.

¹⁶²*Idem*, p. 153 e ss, citado por *idem*, p. 102 e ss.

¹⁶³RIGOBELLO, Armando. *Informazioni e riservatezza come valori. Rivista di Diritto Internazionale*, ano III, 1990, p. 220, citado por PINTO, Ricardo Leite. *Liberdade de Imprensa e vida privada*. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, p. 103.

¹⁶⁴CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.^a ed., rev., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 181, 182.

aspectos: o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação¹⁶⁵.

Além disso, do artigo 26.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa não podemos concluir que tenha sido acolhida a teoria das esferas.

Na realidade, nele não se encontra um critério suficientemente claro para separar a vida pública (vida em relação) da vida privada e esta da vida íntima, nem da Constituição resulta a possibilidade de graduar uma esfera de privacidade que seria mais aberta ou menos protegida por comparação com uma esfera de intimidade (está absolutamente protegida) e que não cederia perante nenhum outro direito fundamental¹⁶⁶.

Esta dificuldade de delimitação exata do que é público ou privado, privado ou íntimo, reflete-se no artigo 80.º¹⁶⁷, n.º 2 do CC, quando se toma em consideração “a natureza do caso” e a “condição das pessoas” na determinação do âmbito de proteção do direito.

José Martínez de Píson Caveró¹⁶⁸ precisa que: “A constatação desta impossibilidade conduz-nos aos Métodos Descritivos, que consistem em indicar quais os bens jurídicos que se encontram protegidos pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Assim, esta teoria postula que a melhor maneira de entender o valor da intimidade consistiria em examinar as suas funções e descrevê-las”.

Este método foi adotado por algumas legislações¹⁶⁹ e por parte significativa da doutrina, dada a dificuldade em estabelecer um critério geral seguro para incluir ou excluir este ou aquele bem jurídica no âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 182.

¹⁶⁶ Cf. artigo 80.º, n.º 2 do Código Civil: “2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”.

¹⁶⁷ *Idem*, [165].

¹⁶⁸ CAVERO, José Martínez de Píson. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional. Civitas, Madrid*, 1993, p. 72 e ss.

¹⁶⁹ Cf. CEDH, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2. Cf. também, as conclusões do 3.º Colóquio sobre a CEDH de 1970. Cf. sobre *Right of Privacy*, RIGAUX, François. *L'élaboration d'un <<Right of Privacy>> par la Jurisprudence Américaine. Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 32, n.º 4, 1980, pp. 701 – 730. Cf. Confederação de Juristas Nórdicos, em Estocolmo 1967, referem-se as transgressões da vida privada, na obra do autor, PINTO, Ricardo Leite. *Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem dos Advogados*, ano 54, Lisboa, 1994, p. 27 e ss.

Destaque-se, relativamente a doutrina, Pierre Kayser¹⁷⁰ que defende como pertencendo ao âmbito de proteção da vida privada o que afeta o corpo, acontecimentos da vida privada e familiar, património, opiniões políticas filosóficas e religiosas, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

Já Luis Fariñas Matoni¹⁷¹ defende que a definição do conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada pressupõe uma separação entre o cidadão em si mesmo e o cidadão na sua vida em relação. Atendendo ao cidadão em si mesmo, aquela definição seria feita atendendo a uma tripla referência: relativamente ao passado que pode ser evocado no presente contra a vontade do próprio (fariam parte do conteúdo do direito à reserva da intimidade o direito ao esquecimento e o direito ao segredo das recordações pessoais); relativamente ao presente haveria que atender aos dados sanitários e dados pessoais (v.g. imagem, identidade, objetos pessoais); relativamente ao futuro (v.g. planos ou projetos de futuro). Atendendo ao cidadão nas suas relações com outros, considerar-se-ia uma dupla aceção da intimidade: a intimidade compartilhada (família, relações amorosas, vida sexual, comunicações, cartas, relações profissionais e o segredo profissional) e a intimidade ameaçada por outros (pessoas singulares, pessoas coletivas e Estado).

Jacques Vélú¹⁷², na linha dos trabalhos interpretativos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, descreve o conteúdo deste direito através das diversas categorias suscetíveis de atentar contra a vida privada, como sejam os atentados à integridade física e mental ou à liberdade moral e intelectual, atividades de espionagem, observação ou escuta feitas através de vários métodos (v.g. câmaras de televisão ou vídeo, gravações, fotografias), atentados contra a honra e a reputação, utilização do nome, da identidade ou da imagem revelação de dados cobertos pelo segredo profissional.

¹⁷⁰KAYSER, Pierre. *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civil. Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, pp. 102 – 106.

¹⁷¹MATONI, Luiz Fariñas. *El Derecho de la Intimidad*. Madrid, 1984, p. 314, citado por PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, pp. 106, 107.

¹⁷²VÉLU, Jacques. *Le droit au respect de la vie privée*. Namur, 1974, p. 59 e ss., citado por PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994, pp. 107, 108.

Na doutrina norte-americana, um dos exemplos clássicos de aplicação dos métodos descritivos é constituído pelo debate entre os juristas Prosser¹⁷³ e Bloustein. Para o primeiro, os atentados à *privacy* podem agrupar-se em quatro categorias diferentes: a intromissão, por qualquer meio físico, visual ou eletrónico, no âmbito pessoal reservado ao retiro, à solidão ou aos assuntos privados; a divulgação pública de fatos privados; a revelação pública de fatos falsos atribuídos a uma pessoa; finalmente, a apropriação em sentido amplo do que pertence ao nosso âmbito pessoal (incluindo-se aqui o uso do nome, imagem ou qualquer outro sinal de identidade próprio de uma pessoa, com intenções lucrativas). Por sua parte e quatro anos mais tarde, Bloustein contestou Prosser, considerando que o seu estudo desmembrara a *privacy* em quatro ilícitos, para além de assentar numa excessivamente patrimonialista. Contrapôs, então, uma visão da *privacy* como um aspecto da dignidade humana que suporia um desenvolvimento da inviolabilidade da personalidade e não da propriedade, entendendo que os casos incluídos na violação da *privacy* formariam uma só peça e encerrariam um único ilícito.

Os Métodos Descritivos conduziram, assim, a um alargamento da esfera de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, alargamento este que na maioria dos casos extravasa este direito, abrangendo já o direito ao bom nome e à reputação.

Ora, como vimos, o direito ao bom nome e à reputação não coincide com o direito à vida privada, tendo um âmbito de proteção distinto.

Mais, a tutela das opiniões políticas, religiosas ou filosóficas insere-se no âmbito das liberdades de expressão ou de consciência, sendo que, em algumas destas construções doutrinárias, ficam de fora bens jurídicos ligados à proteção da intimidade, como a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência.

Sendo assim, o Método Descritivo deve ser encarado também com algumas reservas.

Deverá concluir-se do exposto que o Direito Constitucional à reserva da intimidade da vida privada e familiar é um Direito de definição problemática e de determinação normativa complexa, sendo passível de encarar o bem jurídico “reserva da intimidade da vida privada” como “Teoria de Einstein”.

¹⁷³HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.^a ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 86. Cf. também, CAVERO, José Martínez de Pisón. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Civitas, Madrid, 1993, pp. 32, 33.

Compreende-se que Lord Mancroft¹⁷⁴, autor do projeto de Lei Inglês de 1.961 sobre a proteção da intimidade, tenha explicado as causas de retirada do mesmo, dizendo que “o projeto fracassou porque fui incapaz de estabelecer uma distinção precisa entre aquilo que o público tem direito a conhecer e aquilo que o homem tem direito a conversar para si mesmo”.

Para José Martínez de Píson Caveró¹⁷⁵, “Aponta-se, por isso, a este direito um grau de relatividade que se prende diretamente com a natureza do caso, a condição do seu titular, fatores de ordem cultural, social ou econômica. Daí não existir um conceito único de vida privada, mas um conceito multiforme, variável e influenciado pelas situações contingentes da vida social”.

Esta relatividade está expressa nas normas que, no direito civil e no direito penal, tutelam este direito.

Nos termos da lei civil (artigo 80.º, n.ºs 1 e 2), as bases objetivas a que se deve atender para determinar a extensão da reserva são a *natureza do caso* e a *condição das pessoas*.

Segundo Rita Amaral Cabral¹⁷⁶ seriam estes os critérios de que deveria socorrer-se o aplicador do direito na determinação do bem jurídico “reserva da intimidade”.

O critério da “natureza do caso” deriva de caracteres objetivos, ou seja, de traços específicos identificadores de determinada situação concreta e que não dependem do sujeito envolvido.

Rita Amaral Cabral¹⁷⁷ diz que: “Com o critério “condição das pessoas” o legislador quis significar que a delimitação da vida privada depende do modo de ser do indivíduo que nela se integra e varia com a forma pela qual este se insere na sociedade. A doutrina norte-americana introduz, a este propósito, dois principais fatores de limitação do objeto do direito à intimidade: *public figur* e *public interest*, assim, a pessoa celebre pelos os seus feitos, na maneira de viver, profissão exercida, por força dos quais se torna personalidade de interesse público, vê reduzido o objeto do seu direito público à reserva da

¹⁷⁴MANCROFT, Lord. Artigo publicado no *The Times de Londres*, em 22 de Outubro de 1969, citado por HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.ª ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 86.

¹⁷⁵CAVERO, José Martínez de Píson. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Civitas, Madrid, 1993, p. 35.

¹⁷⁶CABRAL, Rita Amaral. O Direito à Intimidade da Vida Privada. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, p. 393.

¹⁷⁷*Idem*, pp. 393 – 396.

intimidade da vida privada. Quanto a estas “figuras públicas” a Comunidade tem interesse (*public interest*) em conhecer-lhes a vida privada e as peculiaridades que ela apresenta”.

Nestes casos, a intimidade da vida privada tem de abranger menos aspectos e ser mais limitada do que a daqueles que veem no anonimato e na conservação de uma esfera de isolamento, condições indispensáveis a sua felicidade.

Entende a doutrina que se trata de uma delimitação essencial que deve ser efetuada rigorosamente, sob pena de serem pensadas e decididas como sendo de colisão entre o direito de privacidade e o direito de informação, situações em que apenas existe um direito, o direito à informação.

Mas a mesma doutrina alerta para o fato de que esta redução da esfera da intimidade não implica a respectiva supressão.

A intimidade da vida privada existe sempre, compreendendo os aspectos que não tem relação necessária com a atividade em virtude da qual a pessoa se tornou notória.

A legislação penal também estabelece bases objetivas quanto a determinação deste direito, agora numa perspectiva de divulgação de fatos referentes a vida privada.

Esta relatividade conduz aqui o intérprete tenha em conta não só as condições pessoais e sociais de cada um, mas também fatores de natureza objetiva, espaciais e temporais; pois, coloca nas mãos do Juiz uma margem de livre avaliação do caso concreto, que é significativa¹⁷⁸.

Fernando Herrero-Tedejor¹⁷⁹ afirma com base na “Sentença do Supremo Tribunal Espanhol de 28 de Outubro de 1986, *Isabel Pantoja v. Prographic, S.A*, a qual realça que: “A proteção dos bens da personalidade tende-se realizar dentro de uma intensa relativização, correlativa a índole dos mesmos. Tal se produz tratando da personalidade e inerente personalidade de cada pessoa, em cada caso segundo as circunstâncias que operam decisivamente antes da confrontação da norma com a ocorrência da norma concreta; esta será configurada, caracterizada e individualizada através das circunstâncias, recolhendo o Juiz para o efeito, as mais relevantes. É que a esfera da intimidade pessoal é determinada de maneira decisiva: pelas ideias que prevalecem, em cada momento, na sociedade e pelo conceito que cada pessoa, segundo os seus próprios atos, mantenha a esse respeito e que determinam o seu comportamento; então pelas expressões da lei, pelas quais se incumbem

¹⁷⁸ Cf. sentença do STE de 28 de Outubro de 1986.

¹⁷⁹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.^a ed., Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 87.

o Juiz da prudente determinação do âmbito de proteção em função dos dados variáveis segundo os tempos e as pessoas, conforme o artigo 2.º, n.º 1 da Lei Orgânica n.º 1/82”.

Todavia, deverá defender-se a existência de um reduto mínimo do bem jurídico “à intimidade da vida privada e familiar”.

Reduto este que se alicerça nas construções clássicas deste direito, a saber, por um lado, no direito à solidão, no direito ao recolhimento e a quietude, sendo estes direitos, indispensáveis ao pleno desenvolvimento da pessoa.

E, por outro lado, no direito a excluir dos outros, fatos ou atos ao ser reconhecidos ou ser revelados, poderiam causar perturbação moral no seu titular.

CAPÍTULO II – CONCRETIZAÇÕES DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL *LATO SENSU* À LUZ DO ARTIGO 26.º, N.º 1 DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 26.º, n.º1 (Outros direitos pessoais) preceitua “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 a proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

A seguir, analisaremos cada um desses direitos pessoais - para Paulo Mota Pinto¹⁸⁰, “Os direitos pessoais são primordialmente direitos das pessoas, mas não está excluído que estes direitos, ou, pelo menos, alguns deles, se apliquem também às pessoas coletivas ou às pessoas já falecidas” -, com maior ênfase no direito à reserva da intimidade da vida privada.

Dentre o artigo 26.º, n.º 1 da CRP, a par do direito à reserva da intimidade da vida privada, consagra o legislador “Outros direitos pessoais”, direitos estes que assumem uma função instrumental face à intimidade da vida privada.

O direito à identidade pessoal, na definição de Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁸¹, “É aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal.

Os mesmos afirmam que “Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida”.

Neste contexto, salientam que “O direito à identidade pessoal postula um princípio de *verdade pessoal*. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é”.

¹⁸⁰PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. p. 181 e ss..

¹⁸¹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 609.

Entretanto, ressaltam que “O direito à identidade pessoal, liga-se, ainda, à proibição da discriminação do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, pois as características aí identificadas são, na sua generalidade, constitutivas da identidade pessoal”.

Consideram que o direito à identidade pessoal tem como um dos seus “componentes essenciais a identidade genética própria” e “inclui os vínculos de filiação. Existe um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade” (Ver Ac.ºs n.ºs 486/04, 11/05 e 23/06; 609/07 e 279/08; 101/09).

Ainda, de todo o modo, no “direito mais global à identidade pessoal”, podemos incluir o direito ao “conhecimento das origens genéticas”, bem como “o direito ao conhecimento da identidade civil”.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04 no Processo n.º 192/02¹⁸², 2.ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Paulo Mota Pinto, analisou a invocação de inconstitucionalidade de despacho judicial que decretava caducado o prazo da ação de investigação de paternidade, por alegada violação do artigo 26.º da CRP (“Outros direitos pessoais”) na aplicação dada aos artigos 1.817.º e 1.796.º do CC; por alegada violação do art. 36.º da CRP (“Família, casamento e filiação”) na aplicação dada aos artigos 1.817.º e 1.796.º do CC”.

Neste Acórdão se refere que “A Constituição reconheceu um *“direito de constituir família”*, com um sentido mínimo de impor ao legislador a previsão de meios para o estabelecimento jurídico dos vínculos de filiação – os modos de perfilhar e a ação de investigação” e que “O parâmetro constitucional mais significativo para aferição da legitimidade das limitações ao direito de investigar a paternidade encontra-se, porém, no “direito à identidade pessoal”, com que abre logo o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição”.

O Acórdão que se analisa menciona que “o direito à identidade pessoal inclui, não apenas o interesse na identificação pessoal (na não confundibilidade com os outros) e na constituição daquela identidade, como também, enquanto pressuposto para esta autodefinição, o direito ao *conhecimento das próprias raízes*. Mesmo sem compromisso com quaisquer determinismos, não custa reconhecer que saber quem se é remete logo (pelo menos também) para saber quais são os antecedentes, onde estão as raízes familiares, geográficas e culturais, e também genéticas (Cf. a referência a uma “identidade genética”, que o artigo 26.º, n.º 3, da CRP considera relevante). Tal aspecto da

¹⁸² Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040486.html>

personalidade...implica, pois, a existência de meios legais para demonstração dos vínculos biológicos em causa..., bem como o reconhecimento jurídico desses vínculos. Deve, pois, dar-se por adquirida a consagração, na Constituição, como dimensão do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, de um *direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade*”, concluindo que “a norma do art. 1.817º, n.º 1, do CC, ao prever a extinção do direito de investigar a paternidade, em regra, a partir dos vinte anos de idade, é inconstitucional, por violação dos art.º 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP”.

Relativamente ao direito ao desenvolvimento da personalidade, Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁸³ afirmam que “Na revisão de 1997, foi consagrado, no ponto de vista de José de Melo Alexandrino¹⁸⁴ “o direito ao desenvolvimento da personalidade - as questões são múltiplas, transversais e do maior significado para a *praxis* constitucional””.

Nesta linha, os doutrinadores seguem a afirmação em que “O universo de problemas que a consagração deste novo direito fundamental convoca é inesgotável e, por isso, nesta anotação, apenas se pode dar uma breve nota de alguns tópicos que permitam dar conta, em traços gerais, do significado envolvido nesta opção constitucional”.

No que concerne ao direito à capacidade civil, Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁸⁵, conforme o disposto no n.º 4 do artigo 26.º da Constituição, pugnam “que as restrições à capacidade civil estão sujeitas a reserva de lei e não podem ter fundamento político ou ser, por qualquer outro motivo, à luz do artigo 13.º e do artigo 18.º, n.º 2, arbitrárias ou excessivas, devendo ter um motivo suficientemente justificativo ... e respeitar os princípios da igualdade e da proporcionalidade ...”.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 414/02 no Processo n.º 39/02¹⁸⁶, 1ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Artur Maurício analisou a inconstitucionalidade das “normas constantes dos artigos 147.º, 148.º e 149.º conjugados com o artigo 27.º do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF)” por alegada violação dos “artigos 165.º n.º 2 e 18.º n.º 2 da Constituição”; o Recorrente alegava que a norma do artigo 27.º do CPEREF, “ao permitir

¹⁸³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 611.

¹⁸⁴ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa. II, Coimbra, 2006, p. 492 e ss..

¹⁸⁵*Ob. cit.*, p. 626.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020414.html>

declarar o recorrente falido, sendo este apenas um garante do cumprimento daquelas obrigações, assim como ao permitir aplicar ao mesmo as inibições previstas nos artigos 147.º, 148.º e 149.º do CPEREF, têm de ser julgadas inconstitucionais, além do mais por força dos artigos 13.º, 18.º, 21.º, 26.º e 27.º da CRP”.

No Acórdão em análise é feito contar que “admite-se que a perda de administração e disposição dos bens que integram a massa falida e a inibição para o exercício de determinadas funções afetem alguns dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Não seguramente o direito de resistência consagrado no artigo 21.º da CRP, pois não se vislumbra em que é que aqueles efeitos ponham em causa o direito de o recorrente resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias. Nem igualmente os artigos 25.º, 26.º e 27.º, uma vez que a declaração de falência nada tem em si de infamante ou que atinja a integridade moral, o bom nome ou reputação do falido (basta recordar que a falência pode ser *casual*); nem tão pouco afeta o seu direito à capacidade civil, mesmo entendido o sentido constitucional deste direito de uma forma ampla (há unanimidade na doutrina, no sentido de que se não trata de uma situação de "incapacidade") nem contende com o seu direito à liberdade”, concluindo-se pela improcedência do Recurso.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/02 no Processo n.º 394/02¹⁸⁷, 1ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Artur Maurício, foi invocado pelo Recorrente que “A interpretação dada pelo Tribunal recorrido aos artigos 27.º e 9.º do CPEREF no sentido de que contra um cidadão não comerciante, avalista de uma livrança subscrita por um comerciante, pode ser sempre requerida a falência, ao contrário do que sucede relativamente ao comerciante (pessoa singular ou coletiva) avalizado, atenta contra direitos pessoais e princípios consagrados na Constituição Portuguesa como sejam o da igualdade, da proteção da vida familiar, o da capacidade civil, o da dignidade humana violando, pois, nos termos supra alegados, nos seus artigos 26.º, 13.º, n.º 1 e 18.º, n.º 2”.

Este Acórdão remete para o Acórdão n.º 414/02, com o mesmo Relator, referindo inexistir violação “do artigo 26.º da CRP "uma vez que a declaração de falência nada tem em si de infamante ou que atinja a integridade moral, o bom nome ou reputação do falido (basta recordar que a falência pode ser casual); nem tão pouco afeta o seu direito à capacidade civil, mesmo entendido o sentido constitucional deste direito de uma forma

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020464.html>

ampla (há unanimidade na doutrina, no sentido de que se não trata de uma situação de "incapacidade")" e que "para além de ser o devedor quem, com a sua conduta, dá causa à falência, não poderá esquecer-se que, seja em que momento for, ela só será decretada se ficar provada a impossibilidade de o devedor cumprir pontualmente as suas obrigações. E, deste modo, mantém-se, o direito patrimonial dos credores, cuja salvaguarda sempre justificaria uma *restrição* – se como tal se entendesse – dos invocados direitos do devedor, restrição essa que se configuraria como radicada em razões constitucionalmente atendíveis e prescrita em termos proporcionados e justos e, logo, sem ofensa do disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP", tendo o Recurso improcedido.

Sobre o Direito à capacidade civil, *vide* também Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 570/98; 173/09; 570/08, 571/08, 584/08, 585/08 e 253/09.

Preceitua o artigo 26.º, n.º 1 da CRP, também o direito à cidadania: para Jorge Pereira da Silva¹⁸⁸ "A consagração do direito fundamental à cidadania, - ...do direito fundamental à cidadania portuguesa - apresenta, duas dimensões substancialmente distintas. A leitura do direito à cidadania portuguesa, em conformidade com o artigo 15.º da DUDH, leitura imposta pelo artigo 16.º, n.ºs 2 e 1 da CRP, revela, na verdade, que, não só "ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade" (n.º 2), mas também que "todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade" (n.º 1) e a "mudar de nacionalidade" (n.º 2). Trata-se, em qualquer caso, de direitos como estruturas substancialmente diferentes".

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 599/05 no Processo n.º 1.087/04¹⁸⁹, 2.ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Benjamim Rodrigues, o Recorrente invocava que "Ao exigir que...disponha de "*rendimentos estáveis e superiores ao ordenado mínimo nacional*" como condição de preenchimento do requisito consignado naquele preceito a entidade recorrida está a violar o princípio da igualdade estabelecido no art. 13.º, n.º 2 da CRP", mais concretamente, que o "despacho do Exmo. Senhor Secretário de Estado da Administração Interna", exigindo que "os requerentes de pedidos de aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização tenham determinados tipos de rendimentos para obterem a referida nacionalidade", conduz à "inconstitucionalidade da alínea f) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei da Nacionalidade, por violação do n.º 2 do artigo 13.º da CRP".

¹⁸⁸SILVA, Jorge Pereira da. Direitos de cidadania. p. 79 e ss.

¹⁸⁹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050599.html>

O Tribunal Constitucional apela a Rui Moura Ramos, defendendo que “a lei não deixa de... reconhecer à nacionalidade a condição de um autêntico direito do indivíduo, direito esse que se deve considerar como fundamental... Se a nacionalidade é o vínculo que delimita o povo estadual, o suporte humano do Estado, ela é a relação fundamental que intercede entre o indivíduo e a entidade política a que este se encontra privilegiadamente ligado. Ao ser essencial à definição do Estado ela torna-se, verdadeiramente, para além do direito público, um domínio materialmente constitucional”.

Resulta do analisado Acórdão que “além de ser um elemento do estado das pessoas, isto é, um *status*, e até mesmo um direito de personalidade, a nacionalidade é um direito fundamental, como já resultava... do artigo 15.º da DUDH, de 10.12.1948; no plano do direito constitucional positivo português... ficou claramente estabelecida após a primeira revisão constitucional, ao ser incluída a cidadania no elenco dos outros direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 26.º, n.º 1 da CRP), para além do direito à vida (art. 24.º), do direito à integridade pessoal (art. 25.º), bem como dos demais direitos referidos no artigo 27.º e seguintes da Lei fundamental, que têm igualmente carácter pessoal... A natureza de direito fundamental do direito de cidadania portuguesa postula a sua subordinação a alguns corolários garantísticos que constitucionalmente enformam os direitos fundamentais, nomeadamente, aos princípios da sua universalidade e da igualdade, a vocação para a sua aplicabilidade direta, a vinculação de todas as autoridades públicas e privadas e a sujeição das restrições legais ao regime exigente constante dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP”.

O Acórdão nega provimento ao Recurso, invocando Rui Manuel Moura Ramos¹⁹⁰: “No caso de aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização, o seu fato constitutivo é “uma decisão da autoridade pública - no nosso caso, o Governo - que mediante solicitação dos interessados, pode ou não conceder-lhes a nacionalidade portuguesa... Tratando-se, todavia, de um poder discricionário do Governo, tal não impede que a lei ordinária o tenha subordinado à verificação cumulativa de certos requisitos que “funcionam como autênticos pressupostos legais do exercício do poder (discricionário) governamental de determinar a aquisição da nacionalidade, e que visam... evitar que ele possa ser exercido em situações em que tal aquisição se afigura ao legislador, *prima facie*, como desaconselhável”.

¹⁹⁰RAMOS, Rui Manuel Moura. Do Direito Português da Nacionalidade. Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1984, p. 168.

Nega-o, apelando a José Carlos Vieira de Andrade¹⁹¹: “A definição dos pressupostos do “direito de aceder” à nacionalidade portuguesa surge...como um postulado da sua natureza de direito fundamental, de conteúdo não completamente determinado a nível constitucional, e das referidas exigências formais e procedimentais. Não estando o conteúdo imediato desse direito densificado na Constituição, torna-se imprescindível e necessária uma “imposição legislativa concreta ao legislador ordinário das medidas necessárias para tornar exequíveis os preceitos constitucionais””.

Referindo-se ao direito ao bom nome e reputação, Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁹² defendem que “consiste na proteção da consideração social que é devida a todas as pessoas. É um direito à honra, à honrabilidade, ao crédito pessoal, que, uma vez atingido, afeta de forma direta a dignidade das pessoas”.

De acordo com aqueles¹⁹³ para Costa Andrade o direito ao bom nome e à reputação, tendo como principal projeção a “honra exterior ou objetiva”, “a representação que os outros têm sobre o valor de uma pessoa”, assegura, ainda, “o crédito pessoal” na visão pugnada por Capelo de Sousa.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 319/95 no Processo n.º 200/94¹⁹⁴, 2.ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Messias Bento, o Recorrente invocou que “O artigo 6.º do DL 124/90, de 14 de Abril ao permitir que a autoridade policial efetue exames na pessoa do arguido, sem a presença do Ministério Público viola os artigos 48.º, 53.º e 270.º-2-C do CPP e é inconstitucional, porquanto tal exame - "sopro no balão" - em plena via pública, assistido por populares e no meio de polícias, constitui um enxovalho inútil, uma total humilhação que viola os artigos 1.º, 13.º, 26.º e 32.º da CRP...deve ser declarado inconstitucional por atentar contra a dignidade, a igualdade, o bom nome, a reputação, imagem e reserva da intimidade da vida privada de qualquer cidadão português”.

¹⁹¹ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª edição, p. 393.

¹⁹²MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 616.

¹⁹³ANDRADE, Costa. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, p. 79; SOUSA, Rabindranath Capelo de. O direito geral de personalidade, Coimbra, 1995, p. 301 e ss..

¹⁹⁴Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>.

Ver também, BOLIEIRO, Helena. <<As Declarações do Arguido nas Fases Preliminares do Processo Penal: O Direito ao Silêncio Deste e os Pressupostos e Limites dos Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal>>, in: A Justiça nos Dois Lados do Atlântico II – O Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois Sistemas Jurídicos em Busca da Justiça. Em colaboração com a PGR, Edição: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998.

O Acórdão negou provimento ao Recurso, fazendo apelo a Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹⁵ e fundamentando a decisão no fato de o teste de deteção de álcool no condutor não violar “o *direito ao bom nome e à reputação*, nem o *direito* que ele tem à *reserva da intimidade da vida privada*. Desde logo, tais direitos não proíbem a atividade indagatória do Estado, seja ela judicial, seja policial. O que o princípio do Estado de Direito impõe é que o processo (*maxime*, o processo criminal) se reja "por regras que, respeitando a pessoa em si mesma (na sua dignidade ontológica), sejam adequadas ao apuramento da verdade...o exame para pesquisa de álcool...mostra-se necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade, visado pelo processo penal. Ao que acresce que o quadro legal que rege a matéria, na parte em que permite que os agentes de autoridade policial submetam, por sua iniciativa, os condutores ao teste de deteção de álcool, é de molde a garantir que a atividade policial, essencialmente preventiva, se desenvolva "com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos" (art. 272.º da CRP). Concretamente, no que concerne ao *dever de respeito pela dignidade da pessoa* do condutor, não é a submissão deste a exame para deteção de álcool que pode violá-lo. O que atentaria contra essa dignidade seria o fato de se sujeitar o condutor a exame de pesquisa de álcool, fazendo-se no local alarde público do resultado, no caso de ele ser positivo. Relativamente ao *direito ao bom nome e à reputação*, é quem conduzir sob a influência do álcool, e não a sua submissão ao teste para a pesquisa de álcool, que estará a denegrir o seu bom nome e a abalar a sua boa fama, pois que - como se sublinhou no já citado Ac. n.º 128/92 - um tal direito só é violado por atos que se traduzam em imputar falsamente a alguém a prática da ações ilícitas ou ilegais, ou que consistam em tornar públicas *desnecessariamente* (isto é, sem motivo legítimo) faltas ou defeitos de outrem que, sendo embora verdadeiros, não são publicamente conhecidos. 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 respetivo titular...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 CRP, que o consagra”.

¹⁹⁵ Cf. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 181.

Tal como o direito à palavra, o direito à imagem é uma “expressão típica da autonomia pessoal, constitucionalmente garantida por força do princípio da dignidade humana”. Estes direitos “incluem o direito a que não sejam registradas ou divulgadas palavras ou imagens da pessoa sem o seu consentimento, conferindo assim um direito à “reserva” e à “transitoriedade” da palavra falada e da imagem pessoal¹⁹⁶.

Assim, se garante “a autonomia na disponibilidade da palavra e da imagem independentemente de estar ou não, de forma direta, em causa o bom nome e a reputação das pessoas e independentemente de estar ou não em causa a vida privada ou familiar”¹⁹⁷.

No entender de Maunz/Düring o direito à imagem envolve “a proteção contra o registro da imagem, seja por fotografia ou filme, bem como a respectiva mostragem, difusão ou outras utilizações”.¹⁹⁸

Compreende-se, ainda, “um direito à autodeterminação da imagem exterior”¹⁹⁹, assim sendo, “as imagens e palavras devem ser divulgadas com rigor e autenticidade”²⁰⁰.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 6/84²⁰¹, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Magalhães Godinho, o Ministério Público da Comarca de Amares interpôs Recurso de decisão do Tribunal Judicial de não aplicar o disposto na alínea g) do artigo 187.º do Regulamento de Transportes Automóveis (punido pela alínea d) do artigo 213.º do mesmo Regulamento), que impunha ao pessoal “que presta serviço nos veículos empregados em transportes colectivos de passageiros a obrigação de se apresentar devidamente uniformizado e barbeado”, por as considerar violadoras do preceito do artigo 26.º, n.º 1, da CRP e, portanto, inconstitucionais, absolvendo o arguido. Consideraram os Juízes Conselheiros que “todos os direitos, sofrem as restrições que o respeito pela liberdade, pelo direito dos outros, impõe. E são bem conhecidas, e sempre foram justificadas, as limitações ou restrições da natureza da que se contém na alínea d) do artigo 187.º do RTA. É o que se verifica com as pessoas desempenhando certas profissões, como acontece por exemplo com os militares, e com os trabalhadores que desempenham as suas funções em lugares públicos, com estreita ligação com o público”; “o direito a proteger,

¹⁹⁶MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 618.

¹⁹⁷*Idem*, p. 618.

¹⁹⁸MAUNZ/DÜRIG et al., *Gundgesetz Kommentar*, 2009, Abs. 1, Art. 2, RD 193 *apud* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 618.

¹⁹⁹*Ob. cit.*, p. 619.

²⁰⁰*Idem*, p. 619.

²⁰¹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>

porque tem de relacionar-se com a dignidade da pessoa humana, tem ele mesmo de possuir um mínimo de dignidade, respeitando as suscetibilidades dos outros, o seu decoro, os seus conceitos de uma certa respeitabilidade...não viola qualquer disposição constitucional, pois não impõe às pessoas nele abrangidas a proibição de usarem barba ou bigode, mas apenas os obriga a apresentarem-se ao seu serviço, que é de contato com o público, devidamente uniformizados e barbeados, e isso não ofende o direito da pessoa determinar a sua própria aparência externa, dentro daquilo que é normal e corrente, sem molestar as outras pessoas”.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 436/00²⁰², no Processo n.º 309/95 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Tavares da Costa foi chamado a apreciar se a “norma da alínea c) do artigo 82.º, na sua parte final, ao dispor que o traje profissional dos empregados das salas de jogos não tenham quaisquer bolsos, à exceção de um "pequeno bolso exterior de peito", afeta "a imagem social e fomenta uma suspeição sobre a idoneidade moral desses trabalhadores", o que se representa como violação dos seus direitos pessoais nomeadamente o direito ao bom nome e reputação e o direito à imagem, assim ofendendo o disposto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP”.

O Tribunal Constitucional entendeu que “O que se equaciona, perante a regulamentação legal desse traje, é a intangibilidade, em parâmetros constitucionais, do direito que esses trabalhadores são titulares à conformação da sua aparência pessoal externa”; apelando ao Acórdão previamente analisado, “o direito em referência, relacionado com a dignidade da pessoa humana, implica um mínimo de dignidade, respeitando a suscetibilidade dos outros, o seu decoro, os seus conceitos de uma certa respeitabilidade, o direito a não ser afrontada com situações que molestem na maneira de estar na vida e de conviver - o que tem a ver, em última instância, com os direitos de personalidade, inerentes à própria pessoa humana...o direito ao desenvolvimento da personalidade subentende, veda ao legislador dispor do "espaço interno" no qual cada indivíduo "pertence a si próprio" - e que constitui o núcleo essencial de conformação privada da vida - mas nem por isso é incompatível com limitações, que não só haverão de respeitar o princípio da proporcionalidade, "assim assegurando o conteúdo da liberdade de ação em face dos princípios materiais que o pretendam limitar"²⁰³, como terão essas

²⁰² Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000436.html>

²⁰³ PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Portugal-Brasil, 2000, obra coletiva, Coimbra, 1999, p. 223.

limitações de ser adequadas, necessárias e não alheadas da relação com o fim prosseguido”.

Nega-se provimento ao Recurso, invocando-se que “não se vê...que o uso obrigatório do trajo profissional...colida com a autonomia pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade, afrontando o n.º 1 do art. 26.º da CRP. A configuração desse trajo constitui uma exigência ou condicionamento imposto indiscriminadamente a todos os empregados das salas de jogos dos casinos, não permitindo que se gerem suspeições razoáveis sobre a idoneidade moral desses trabalhadores e, ao invés, assumindo-se como meio de eliminar ou atenuar, antecipada e preventivamente, suspeições que sobre eles recaiam eventualmente, o que lhes preserva a respectiva idoneidade moral, o bom nome e a reputação”.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85-085-P no Processo n.º 84-0095²⁰⁴, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Vital Moreira, não declarou “a inconstitucionalidade dos artigos 140.º e 141.º do CP, na redação que lhes foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, bem como dos seus artigos 2.º e 3.º, que excluem a ilicitude em certos casos de interrupção voluntária da gravidez”.

Considerou que “Só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, pelo que o regime constitucional de proteção especial do direito a vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale diretamente e de pleno para a vida intra-uterina...É...admissível que a vida pré-natal tenha de ceder, em caso de conflito, não apenas com outros valores ou bens constitucionais, mas sobretudo com certos direitos fundamentais, tais como os direitos da mulher a vida, a saúde, ao bom nome e reputação, a dignidade, a maternidade consciente”.

Assim, o direito à palavra “...alude a preservação da “integridade de uma esfera privada” de conversação, por meio da segurança da “confidencialidade das palavras não publicamente divulgadas”, ainda que essas palavras não se refiram à intimidade da vida pessoal ou familiar”²⁰⁵.

Continuando o raciocínio destes autores, “O direito à palavra pode, até certo ponto, considerar-se parte de um direito mais amplo à autodeterminação informacional,

²⁰⁴ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/0/bb030501bc7bb7628025682d00648687?OpenDocument>

²⁰⁵ MAUNZ/DÜRIG et al., *Gundgesetz Kommentar*, 2009, Abs. 1, Art. 2, RD 193 *apud* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 618.

que inclui o direito a que não sejam registrados, divulgados ou, por qualquer forma, utilizados dados pessoais sem o consentimento da pessoa a quem tais dados se referem”.

Entretanto, estes concluem que “é este direito à palavra, com a amplitude que lhe reconhecemos, o bem protegido na proibição das gravações ilícitas”²⁰⁶.

Finalmente, no que respeita ao direito “à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, para Jorge Miranda e Rui Medeiros²⁰⁷ “é a expressão subjetivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º e nesta medida poderia defender-se que é tautológico. A generalidade dos casos de discriminação colocados à jurisdição constitucional tem sido, aliás, resolvida no âmbito do princípio geral da igualdade”.

Entretanto, os mesmos autores, salientam que “o artigo 26.º, n.º 1, tem, no entanto, um sentido útil. Por um lado, parece impor um dever de estabelecer medidas legislativas adequadas ou proporcionadas quando seja necessário combater as formas e situações de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Por outro lado, contribui para esclarecer e reforçar o sentido e o alcance dos outros direitos pessoais”.

No que diz respeito, ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagra-se que este direito é “um dos que tem maior alcance prático”²⁰⁸.

Neste sentido, este direito fundamental inclui “o direito de oposição à divulgação da vida privada (*public disclosure of private facts*), mas também o direito ao respeito da vida privada, ou seja, o direito de oposição à investigação sobre a vida privada (*intrusion*)”²⁰⁹.

A teoria das três esferas destaca-se por distinguir a esfera íntima, a qual “corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade da vida privada”, em segundo a esfera privada, a qual “admite ponderações de proporcionalidade”, e por último a esfera social, a

²⁰⁶ANDRADE, Costa. Liberdade de Imprensa e inviolabilidade Pessoal. p. 125; *idem*, sub art. 199.º, in: Comentário Conimbricense ao Código Penal, dirig. DIAS, Figueiredo, Tomo I, Coimbra, 1999, p. 821.

²⁰⁷MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 630.

²⁰⁸*Idem*, p. 619.

²⁰⁹CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. p. 35 e ss.. Cf. também, o Ac. do TC n.º 128/1992. Ver ainda, ANDRADE, Manuel da Costa. <<Métodos ocultos de investigação (*Plädoyer* para uma teoria geral)>>, in: Que Futuro para o Direito Processual Penal?. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra Editora, 2009, p. 532 – “Na categoria um pouco difusa de *investigação oculta* inclui-se um conjunto diversificado e heterogêneo de meios de obtenção de conhecimentos, em que os agentes da investigação se intrometem nos processos de comunicação privada das pessoas investigadas, que não têm conhecimento do fato. E, por causa disso, continuam a agir, a interagir e a comunicar de forma espontânea e “inocente”, dizendo e fazendo coisas de conteúdo e sentido diretamente autoincriminatório. Uma autoincriminação de que, naturalmente, não têm consciência”.

qual diz respeito “à imagem e à palavra”, cujo direito à intimidade da vida privada não está abrangido por esta²¹⁰.

Por conseguinte, a teoria das três esferas tem sido aplicada, ainda que, em meios divergentes, pelo Tribunal Constitucional, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.

Quanto às renúncias ao direito à reserva da vida privada, acerca dos meios de comunicação, importa “uma proteção do «homem contra si próprio» ou imposições resultantes de um conceito objetivo de dignidade humana”²¹¹.

Neste contexto, a prevalência da “autonomia pessoal como critério do princípio da proporcionalidade: no essencial, afere-se a adequação, necessidade e equilíbrio da renúncia, em vista da intensidade da afetação do bem constitucionalmente protegido, tendo como referentes ao respeito pela autonomia pessoal (e pela subjetividade dos juízos de valor que esta postula), bem como a relação de vulnerabilidade, inferioridade ou fraqueza do titular do direito no momento da disposição do bem”²¹².

Noutro “panóptico” - Foucault -, “a tutela da reserva da intimidade da vida privada também vale, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, nas relações entre particulares, em especial no domínio das relações jurídico-laborais, atendendo aos poderes (máxime, de direção) juridicamente reconhecidos à entidade empregadora”²¹³.

Consequentemente a isso, “do artigo 26.º, n.º 1, resulta a proteção da vida privada e familiar dos trabalhadores contra intromissões infundamentadas e excessivas da entidade patronal. Esta conclusão não impede, porém, que se reconheça, no domínio das relações laborais, algumas ingerências decorrem do direito fundamental de liberdade de empresa, já que, apesar da tendência separação entre a vida pessoal e profissional de cada um, alguns fatos e comportamentos extra laborais, podem assumir relevância na ótica da estrutura empresarial e que os respetivos protagonistas se inserem”²¹⁴.

Nesta perspetiva, o direito à reserva da intimidade da vida privada engloba as “pessoas coletivas”, estas “têm, pois, indiscutivelmente, um direito a uma esfera de sigilo,

²¹⁰MAUNZ/DÜRIG et al., *Gundgesetz Kommentar*, 2009, Abs. 1, Art. 2, RD 193 *apud* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 620.

²¹¹PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. p. 547.

²¹²ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª ed., pp. 335, 336.

²¹³DRAY, Guilherme Machado. Justa causa e esfera privada, in: *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, II, Coimbra, 2001, p. 35 e ss.

²¹⁴MOREIRA, Teresa A. Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador”, in: BFDUC, 2004, p. 497.

a qual compreende designadamente, o sigilo de correspondência e, o que se afigura decisivo, em no caso em apreciação, o sigilo de particularidades de organização, de funcionamento e de *know-how*”²¹⁵.

Entretanto, o direito à reserva da intimidade da vida privada, segundo o Tribunal Constitucional, em ampla jurisprudência, tem alcançado a concretização do mesmo, como por exemplo em situações que compreendem o uso de escutas telefônicas, bem como no caso dos sistemas de segurança e vigilância - conferir Acórdãos n.ºs 255/02; 207/03; 368/02; 306/03; 278/95 e 442/07.

Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam²¹⁶ que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar “é um direito ilimitável” e também consideram ser “um daqueles que apresenta um maior índice de conflitualidade possível de antecipar ...”.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/92 no Processo n.º 214/90²¹⁷, 2.ª Secção, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Alves Correia, recorreu o Ministério Público com a pretensão de “ser julgada inconstitucional a norma constante do n.º 4 do artigo 9.º do DL n.º 498/88, de 30 de Dezembro, na medida em que restringe o direito de acesso dos candidatos ao concurso de provimento à parte das atas em que são definidos os critérios de apreciação aplicáveis a todos os candidatos e àquela em que são diretamente apreciados, por ofensa da garantia constitucional do direito à informação - artigos 18.º e 268.º, n.º 1 da CRP”.

No Acórdão em epígrafe é assinalado que “o direito à informação sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados...e o direito ao conhecimento das resoluções definitivas, através da notificação dos atos administrativos aos interessados ou da sua publicação...têm uma natureza comum: são direitos fundamentais de natureza análoga aos "direitos, liberdades e garantias"...partilhando, ...do mesmo regime daqueles, designadamente o estabelecido no artigo 18.º da Lei Fundamental”.

²¹⁵SOUSA, Rabindranath Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 595 e ss. Cf. também, o Acórdão n.º 198/85.

²¹⁶MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 624.

²¹⁷ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920176.html>

Mobiliza Gomes Canotilho e Vital Moreira²¹⁸, para os quais "constituem uma espécie de *capítulo suplementar de direitos, liberdades e garantias*, ao lado dos de caráter pessoal, dos de participação política e dos trabalhadores". Mencionam estes autores que "O direito à informação...exclui qualquer "direito ao segredo" por parte da administração, a não ser quando esse segredo reveste caráter de "dever funcional" legalmente previsto (segredo de justiça, segredo de telecomunicações, etc)".

Assinala o aresto que "o n.º 1 do art. 268.º não pode ser lido desligadamente do n.º 2, já que o direito à informação e o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos são direitos estreitamente conexos. Deve, por isso, entender-se que a Constituição autoriza a lei a impor restrições ao direito à informação sobre o andamento dos processos, com o âmbito de proteção que lhe definiu, tal como ao direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, em homenagem e para defesa do direito à "intimidade das pessoas" e dos interesses da "segurança interna e externa" e da "investigação criminal".

Segue o aresto Afonso Queiró²¹⁹, quando invoca que "o direito à informação...não é um direito absoluto ou ilimitado. Comporta necessariamente exceções ou restrições. Ao interesse da transparência ou da "publicidade" dos processos administrativos, que alimenta e vivifica o direito fundamental à informação, deverão sobrepor-se, como restrições de interesse comum, as exigências da segurança nacional e da política exterior do País, além de outros direitos fundamentais preponderantes, como o direito ao respeito pela vida privada dos cidadãos. Estas exceções, deduzidas por interpretação restritiva, não reduzem ou diminuem o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais respeitantes ao direito fundamental em questão, conteúdo essencial de que se fala no art. 18.º, n.º 3 da CRP".

Decidiu o Acórdão pela violação do conteúdo do n.º 1 do art. 268.º da CRP porque o n.º 4 do art. 9.º do DL nº 498/88, de 30 de Dezembro "restringe aos candidatos de um concurso o acesso, em caso de recurso, à parte das atas em que se definam os fatores e critérios de apreciação aplicáveis a todos os candidatos e, àquelas em que eles são diretamente apreciados", os quais têm "direito a uma informação parcial sobre o "andamento" do processo do concurso. É-lhes vedada a informação sobre outros elementos

²¹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p.429

²¹⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção), de 22 de Janeiro de 1981, in: Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 114º (3691), pp. 308, 309

importantes do processo, designadamente os que se referem às habilitações literárias e profissionais e à experiência profissional dos restantes candidatos, expressos no *curriculum vitae*, e à parte das atas em que são diretamente apreciados os outros candidatos”²²⁰.

Por fim, passaremos a analisar, especificadamente, o respeito a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada em sentido estrito.

2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA *STRICTO SENSU*

Como mencionado do presente trabalho, relativo ao Direito à reserva da intimidade da vida privada, no Acórdão 176/92 “o direito à informação e o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos são direitos estreitamente conexos. Deve, por isso, entender-se que a Constituição autoriza a lei a impor restrições ao direito à informação sobre o andamento dos processos, com o âmbito de proteção que lhe definiu”.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 128/92²²¹, se invoca que a “alínea c) do n.º 1 do art. 1.093.º do CC...viola os art.ºs 25.º e 26.º da CRP.”, sendo a “integridade moral dos cidadãos...inviolável – art. 25.º da CRP - e a todos...reconhecidos o direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da vida privada e familiar – art. 26.º da CRP - pelo que o art. 1.093.º, n.º 1, alínea c) do CC é manifestamente inconstitucional, não só por violar os preceitos invocados, mas por estar desajustado à realidade social que se vive atualmente”.

Seguindo o aresto a posição de Antunes Varela²²² se refere que “*ilícitas* são as práticas que violam direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, quer estes sejam interesses públicos, quer interesses privados. São, portanto, práticas que a lei reprovava direta ou indiretamente. Práticas *desonestas* são os atos infamantes, e bem assim os atos

²²⁰ Do núcleo da decisão e na sequência de Parecer da PGR n.º 76/84 é feito constar que “No que concerne aos concursos de recrutamento e de seleção de pessoal para os quadros da Administração Pública...a norma do n.º 1 do art. 268.º da CRP deve ser interpretada como impondo ao legislador a obrigação de consagrar o direito de acesso dos recorrentes ao conhecimento de todos os elementos do processo do concurso indispensáveis para que possam avaliar se se justifica ou não o exercício do direito de interposição de recurso administrativo e (ou) contencioso contra a decisão classificativa” (Cf. DR, II Série, n.º 73, de 28 de Março de 1985).

²²¹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>

²²² Cf. VARELA, Antunes, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 122.º, p. 145 *apud* Acórdão 128/92 do TC, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>

ofensivos do pudor ou do decoro social. A *moralidade*, a que se refere o artigo 1.093.º, n.º 1, alínea c) do CC, é a *moral social*, ou seja, aquele «conjunto de *regras* de procedimento que são aceites em cada época pela consciência ética dominante da comunidade»”.

Estatui o Acórdão que analisamos ora que “No artigo 26.º...consagra-se um conjunto de direitos que, todos eles, têm em comum o “estarem diretamente ao serviço da proteção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida”²²³. São eles: o direito à identidade pessoal, o direito à capacidade civil, o direito à cidadania, o direito ao bom nome e reputação, o direito à imagem e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar...O *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar* também não é violado pela norma *sub iudicio*. 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...Este âmbito privado (íntimo, próprio) não é em si mesmo objeto de regulamentação por parte do Estado, nem de ingerências sociais...Neste âmbito privado ou de intimidade está englobada a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v. g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio), e os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc)”.

O aresto decide pela improcedência do Recurso, entendendo não ser violado o direito à intimidade da vida privada (que compreende “a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado”²²⁴) pela alínea c) do n.º 1 do art. 1.093.º do CC, quando estabelece como fundamento de despejo “a aplicação reiterada ou habitual do local arrendado a práticas ilícitas, imorais ou desonestas (v.g., à exploração da prostituição alheia)”, pois é uma transcorrência jurídica de “um comportamento seu, violador de um dever contratual” e, no que concerne àqueles que “praticam a prostituição no local

²²³CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 1.º vol., Coimbra, 1984, p. 194.

²²⁴Cf. GARCIA, A., MOLINA, Pablos de. *La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión*, in: *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Madrid, Edrosa apud Acórdão 128/92 do TC, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>.

arrendado...são elas também que, ...trazem ao conhecimento alheio aspectos da sua vida pessoal que, de outro modo, permaneceriam na intimidade de suas vidas”²²⁵.

Acompanha o pensamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, para quem “estas exceções constituem outras tantas restrições ao direito de registo informático, sendo-lhes por isso aplicado o regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º), pelo que só podem ter lugar quando exigidas pela necessidade de defesa de direitos ou bens constitucionalmente protegidos (defesa da existência do Estado, combate à criminalidade, proteção dos direitos fundamentais de outrem, etc)”²²⁶.

Jurisprudencialmente podemos referir, entre a atividade do Tribunal Constitucional, os Acórdãos n.ºs 278/95 e 355/97; 198/85; 607/03; 213/08; 241/02; 70/08; 255/02 e 207/03; 368/02; 306/03; 278/95 e 442/07.

No Acórdão n.º 278/95, Processo n.º 510/91²²⁷, tendo como Relato o Juiz Conselheiro Alves Correia, o do Tribunal Constitucional foi chamado a “decidir a questão de inconstitucionalidade...da norma constante da alínea e) do n.º 1 do art. 57.º do DL n.º 513-Z/79, de 27 de Dezembro, na parte em que permite à Inspeção-Geral de Finanças, na sequência de inquérito, o exame de quaisquer elementos em poder de estabelecimentos

²²⁵ Na presente temática podemos chamar à colação, desde logo, os Pareceres Consultivos da PGR n.ºs 20/94 e 67/96. No primeiro deles o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais solicitou Parecer “sobre o sentido e alcance do...art. 17.º, alínea d) do CPT, combinado quer com o art. 26.º, quer com o artigo 35.º, ambos da CRP”. A PGR, no seu Parecer, afirma “não haver razões para restringir o campo da vida privada (que goza da reserva de intimidade estabelecida no n.º 1 do art. 26.º da CRP) à esfera pessoal íntima, isto é, àqueles dados de natureza estritamente pessoal”, que “O regime de proteção de dados pessoais previsto nos artigos 26.º e 35.º da Constituição é restrito à pessoa singular, ao cidadão individualmente considerado” mas “a proteção não é absoluta...Desde logo, a proibição de acesso de terceiros a dados pessoais informatizados e respectiva interconexão comporta exceções, autorizando expressamente a Constituição o legislador a definir os casos em que poderá haver acesso de terceiros a esses dados”, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/3803e4af91e008d88025661700422678?OpenDocument>.

²²⁶ O segundo Parecer incide sobre o “enquadramento jurídico da violação de segredo fiscal previsto no art. 27.º do Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA)”, norma que “enuncia...um princípio de inviolabilidade do dever de sigilo sobre a situação tributária dos contribuintes, conferindo-lhe a dignidade de valor jurídico-criminalmente protegido”. Assinala o Parecer que “A tensão dialética direitos dos administrados/interesses da Administração Fiscal propicia, no campo da informação concernente aos dados relativos à situação tributária dos cidadãos, a criação de situações de conflitualidade características, cuja resolução passa, tendencialmente, pela prevalência conferida a um dos pólos da relação, ou pela conciliação dos interesses em rota de colisão: de um lado, os administrados e suas pretensões de acesso a elementos informativos valiosos na vida relacional; do outro, a Administração interessada, e vocacionada, para a preservação desses dados, seja prosseguindo especificamente escopos funcionais, seja em fidelidade à privacidade e à confiança pressupostas na detenção das informações”, concluindo que “A confidencialidade fiscal, e o segredo profissional fiscal, plasmados no art. 17.º, alínea d) do CPT e no art. 27.º do RJIFNA, levando implicada a confiança entre o cidadão e a Administração Fiscal, privilegia essencialmente a tutela da intimidade da vida privada, valor com assento constitucional – art.º 26.º, n.ºs 1 e 2, 35.º, n.ºs 2 e 3, e 268.º, n.º 2, da CRP”, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/032dd38efc488ed28025661700425195?OpenDocument>

²²⁷ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950278.html>

bancários, respeitantes nomeadamente a nomes de clientes, contas de depósito e seus movimentos, e operações bancárias, cambiais e financeiras, ou obter aí o seu fornecimento, quando se mostrem indispensáveis à realização das suas tarefas de controlo das finanças públicas”, nomeadamente se contrária às “disposições dos artigos 1.º, 32.º e 26.º da CRP”.

Determina que “O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se...com base num conceito de «vida privada» que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação "...ao conhecimento dos movimentos ativos e passivos reflete grande parte das particularidades da vida económica, pessoal ou familiar dos respetivos titulares. Através da investigação e análise das contas bancárias, torna-se, assim, possível penetrar na zona mais estrita da vida privada. Pode dizer-se, de fato, que, na sociedade moderna, uma conta corrente pode constituir "a biografia pessoal em números".

Considera que “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registradas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição, surgindo o *segredo bancário* como um instrumento de garantia deste direito”, sendo patente “o vício de *inconstitucionalidade orgânica* da norma da alínea e) do n.º 1 do art. 57.º do DL n.º 513-Z/79, de 27 de Dezembro, tal como foi interpretada pela decisão recorrida. Com efeito, estando-se perante uma matéria respeitante a direitos, liberdades e garantias, a definição do conteúdo e alcance do *segredo bancário* e, bem assim, das restrições a que está sujeito devia constar de uma lei da Assembleia da República ou de um DL alicerçado em autorização legislativa, nos termos dos art.ºs 167.º, alínea c), e 168.º da versão originária da Constituição e do art. 168.º, n.º 1, alínea b), da atual versão decorrente das 1.ª e 2.ª revisões. Constando a norma aqui *sub judicio* - a qual configura inequivocamente uma restrição ao *segredo bancário*, tal como é definido no art. 78.º e seguintes do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro - de um DL sem credencial parlamentar, é manifesta a sua *inconstitucionalidade orgânica*”.

O Acórdão n.º 355/97 do Tribunal Constitucional, no Processo n.º 187/97²²⁸, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Tavares da Costa, avaliou se a constituição de

²²⁸ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>

“ficheiros automatizados” nos “centros regionais de oncologia de Lisboa, Porto e Coimbra do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil” não violaria a “reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República consagrada no art. 168.º, n.º 1, b), da CRP, dado poder entender-se tratar-se de legislação no domínio dos direitos, liberdades e garantias”.

O aresto que se analisa menciona que “o tratamento automatizado de dados relativos a doenças oncológicas integra-se na esfera de privacidade dos doentes, interferindo, nesta medida, na definição do conteúdo de vida privada, matéria respeitante a direitos, liberdades e garantias. Está-se perante um específico campo de saúde, particularmente sensível”, seguindo Gomes Canotilho e Vital Moreira²²⁹ quando defendem que “os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e financeira” e Rabindranath Capelo de Sousa²³⁰, quando afirma que “no art. 35.º da CRP se expressa o direito à autodeterminação informacional - por exemplo, enquanto síntese de diversos poderes jurídicos da pessoa singular identificada ou identificável relativamente à recolha, processamento, acesso, utilização, transmissão e divulgação de dados pessoais a seu respeito”, para fundamentarem a inconstitucionalidade da situação objeto de apreciação constitucional.

O Acórdão 198/85 no Processo n.º 32/83²³¹, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Cardoso da Costa, apreciou se a norma do art. 1.216.º do CPC viola os preceitos dos n.ºs 1 e 4 do art. 34.º da CRP” quando “aplicada a uma sociedade declarada em estado de falência”. Do aresto resulta que “no art. 34.º, n.º 4, da Constituição apenas se prevê a possibilidade de restrições legais ao sigilo da correspondência «em matéria de processo criminal», e a restrição ora em causa não tem aí, a todas as luzes, a sua sede - não é, por outras palavras, ditada por um objetivo de investigação e perseguição criminal”.

Rabindranath Capelo de Sousa²³², referindo-se a este aresto, afirma que “As pessoas coletivas têm, pois, indiscutivelmente, um direito a uma esfera de sigilo, a qual compreende designadamente o sigilo de correspondência e, o que se afigura decisivo no

²²⁹CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., 1993, p. 218.

²³⁰SOUSA, Rabindranath Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra, nota 883 b, 1995, p. 357.

²³¹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850198.html>

²³²*Ob. cit.*, p. 595 e ss..

caso em apreciação, o sigilo de particularidades de organização, de funcionamento e de *know-how*”.

O Acórdão n.º 607/03 no Processo n.º 594/03²³³, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Benjamim Rodrigues, apurou a admissibilidade de valoração probatória de um diário pessoal; a respeito Costa Andrade²³⁴, seguindo a teoria das três esferas ou graus, afirma que a “esfera de intimidade”, o *right to be alone*, constitui um “reduto intangível”

O Acórdão apreciou a (in)constitucionalidade da norma...do art. 126.º, n.ºs 1 e 3 do CPP, na medida em que viola o disposto nos art.ºs 1.º, 13.º, n.º 1, 25.º e 32.º, n.º 8 da CRP, quando interpretada no sentido de não consagrar a ilicitude de valoração, como meio de prova da existência de indícios dos fatos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido...dos “diários” apreendidos ao recorrente, em busca domiciliária judicialmente decretada, e cuja legalidade formal ou procedimental não é posta em causa”.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira²³⁵ o direito à intimidade da vida privada e familiar “analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.

Invoca o Acórdão que “se é indesmentível que a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada se projeta em sede processual penal, impondo limites à valoração de provas que representem uma abusiva intromissão em tal esfera...também deve considerar-se que o problema da (i)licitude de uma ingerência pública no âmbito da intimidade pessoal ou familiar...não pode, sem mais, subtrair-se a uma ponderação” e que “A validade da utilização probatória dos diários do arguido não pode resultar, *tout court*...de uma sobreposição dos interesses inerentes à perseguição criminal em face da vida privada”.

Resulta do aresto que “A CRP não exclui que uma ponderação possa conduzir a que, o interesse público geral na investigação dos ilícitos penais imputados ao arguido e na prossecução da verdade material e a subsequente *realização da justiça* se sobreponham, *acauteladas as devidas reservas*, às necessidades de tutela da sua esfera de privacidade,

²³³ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>

²³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Comentário Conimbricense ao Código Penal. Tomo I, p. 729.

²³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., 1993, p. 181.

não sendo assim de afastar, *dentro do domínio tido por admissível*, uma valoração das descrições constantes de diários em processo penal, conquanto esta não se mostre *desadequada, desnecessária e desproporcionada* face aos valores e ao tipo de decisão em causa”.

O Acórdão n.º 213/08 no Processo n.º 671/07²³⁶, tendo como Relator o Juiz Conselheiro João Cura Mariano, foi chamado a aquilatar da (in)constitucionalidade das normas contidas nos art.ºs 125.º e 126.º, n.º 3, e, por extensão do art. 374.º, n.º 2 “in fine”, todos do CPP, quando interpretadas no sentido de ser permitida a admissão e valoração de provas documentais relativas a dados pessoais do arguido respeitantes à sua vida privada retirados de uma base informatizada (registros visa-verde), sem o respetivo consentimento, por violação do disposto nos art.ºs 17.º, 18.º, n.º 1 a 3, 32.º, n.º 8, e 35.º, n.º 4 da CRP”.

Do aresto resulta que das listagens de passagens de veículos nas portagens de auto-estradas “apenas permitem, para além do conhecimento da identidade do titular do identificador “via verde”, o acesso às “passagens” do veículo automóvel X por determinada portagem de certa auto-estrada, mais concretamente às “horas” e “dias” a que ocorreram essas passagens. A circunstância das portagens estarem localizadas na via pública e, portanto, sob os olhos de todos que nelas se encontrem ou transitem, não conduz necessariamente à negação de atribuição da característica da privacidade aos referidos dados, uma vez que o critério do lugar não é determinante para esse efeito. Fatos respeitantes à vida privada podem, perfeitamente, ocorrer em locais públicos, desde que praticados de forma anónima”; mais refere que “A movimentação duma pessoa, nomeadamente a sua deslocação em veículo automóvel, pelas diferentes vias públicas, apesar de ocorrer em locais acessíveis a outras pessoas, é efectuada de forma tendencialmente anónima, pelo que a divulgação de informações sobre essas concretas deslocações automóveis a terceiros (local, dia e hora) poderá comprometer o direito à reserva da intimidade da vida privada do seu condutor. Mas isso não significa que o acesso a essas listagens, para fins probatórios em processo penal, se traduza numa inadmissível intromissão na vida privada do condutor do veículo em causa”.

“Na verdade, as provas obtidas por intromissão na vida privada só são proibidas quando essa intromissão se revelar “abusiva”, pelo que esta proibição é relativa”, referindo

²³⁶ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080213.html>

o pensamento de Pedro Pais de Vasconcelos²³⁷, que defende a “polaridade entre o público e o privado corresponde a uma escala progressiva e gradual, sem quebras de continuidade nem saltos bruscos, entre aquilo que é mais íntimo e o que se partilha com toda a gente”.

O Acórdão defende que “situando-se o tipo de intromissão *sub iudicio* numa zona já afastada do núcleo mais íntimo da vida privada, justifica-se que prevaleça o interesse superior da obtenção da verdade material na realização da justiça penal, o qual legitima o conhecimento e a valoração probatória judicial das mencionadas listagens, não se mostrando violados os direitos constitucionais consagrados nos art.º 35.º, n.º 4, e 32.º, n.º 8 da CRP”.

O Acórdão n.º 241/02 no Processo n.º 444/01²³⁸, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Artur Maurício foi chamado a apreciar se a norma dos “art.º 519.º e 519.º-A do CPC, no sentido de que o juiz do processo cível pode ordenar a obtenção de certos meios de prova relativos a dados pessoais contidos nos sistemas informáticos...é inconstitucional por violação do direito à reserva da intimidade da vida privada (e familiar) e da garantia de inviolabilidade das telecomunicações enunciadas nos art.º 26.º, n.º 2 e 34.º, n.º 4 da CRP”, dito de forma diversa, se “a obtenção de meios de prova em processo cível com recurso a dados pessoais contidos nos sistemas informáticos de operadores de telecomunicações, dados esses relativamente aos quais foi pedida confidencialidade pelo utilizador e/ou relativos às comunicações efetuadas, viola o direito à reserva da intimidade da vida privada e a inviolabilidade das telecomunicações inscritos nos art.º 26.º, n.º 2 e 34.º, n.º 4 da CRP”.

O aresto delimita o cerne do problema, referindo que “a lei, ao garantir o regime de confidencialidade de tais dados, pressupõe o interesse da sua não divulgação pelos operadores de telecomunicações por invocação da reserva da intimidade da vida privada, estando em causa a relação de confiança que se estabeleceu aquando da subscrição do serviço de telecomunicações entre utentes e prestadores do serviço, que a lei também tutela, em caso de opção do utente pela confidencialidade de tais dados, deve entender-se que os dados relativos ao número de telefone, nome e residência do assinante estão abrangidos pelo sigilo das telecomunicações. Porém, o dever de sigilo dos operadores dos serviços de telecomunicações tem de ser equacionado face ao dever de colaboração com a

²³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Almedina, ed. 2006, p. 81.

²³⁸ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020241.html>

administração da justiça, quer em investigação criminal, quer em processo civil latamente considerado”.

Traz à colação Gomes Canotilho e Vital Moreira²³⁹, para os quais “o sigilo das telecomunicações, garantido nos termos do art. 34.º n.º 1 da CRP, abrange não só o conteúdo das telecomunicações, mas também o “tráfego” como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização)”. Pinto Monteiro²⁴⁰, no domínio da mesma temática, defende que a faturação detalhada enquanto direito do utente pode colidir com o direito à privacidade de quem estabelece a comunicação telefónica (de não ser o próprio utente) e dos destinatários da mesma, visto que ela permite a quem presta o serviço o conhecimento de todas as chamadas feitas a partir daquele n.º de telefone e de todos os seus destinatários, conhecimento esse que abrange as circunstâncias de fato (“*conhecimento das condições factuais*”).

O Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade, assinalando que “independentemente dos aludidos dados de tráfego, a verdade é que, em abstrato, a faturação detalhada permite sempre quebrar o véu da intimidade da vida privada do autor, “desnudando-a”, tornando-a transparente para terceiros” e que “Através da informação da faturação detalhada foi invadida à reserva da intimidade da vida privada do autor/recorrente, no âmbito de um processo de natureza cível, o que viola o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e as garantias do sigilo (e da não ingerência nas) das telecomunicações, consagrados na Lei Fundamental nos art.º 26.º, n.º 2 e 34.º, n.ºs 1 e 4”.

No Acórdão 70/08, no Processo n.º 1.015/07²⁴¹ e tendo como Relator Carlos Fernandes Cadilha é aferida a (in)constitucionalidade, por alegada violação “do art. 32.º, n.ºs 1 e 5 da CRP”, e do “art. 188.º, n.º 3 do CPP, a qual permite a destruição de elementos de prova obtidos mediante interceção de telecomunicações, que o órgão de polícia criminal e o MP conheceram e que são considerados irrelevantes pelo juiz de instrução, sem que o arguido deles tenha conhecimento e sem que se possa pronunciar sobre a sua relevância”.

²³⁹CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, p. 213. Cf. também, o recente Ac. 403/2015 sobre a interceção de dados de tráfego das telecomunicações em que pese o TC ter apreciado no sentido, respeitado o art. 34.º, n.º 4 da CRP, em que esta norma “autoriza a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações apenas em determinado domínio normativo: “em matéria de processo criminal””, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>.

²⁴⁰MONTEIRO, Pinto. A proteção do consumidor de serviços de telecomunicações, in: As telecomunicações e o direito na sociedade da informação, FDUC, 1999, p. 152.

²⁴¹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080070.html>

Assinala o aresto que “A inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação está, por seu turno, relacionada com a reserva de intimidade da vida privada a que se reporta o art. 26.º da CRP. O direito à intimidade da vida privada, como garantia de resguardo, de reserva, de proteção, supõe a faculdade de impedir a revelação de fatos relativos à vida íntima e familiar, de requerer a cessação de algum eventual abuso e o ressarcimento dos danos derivados da divulgação de um fato respeitante à vida privada. Só no domínio do processo penal é que a lei ordinária pode prever restrições à referida garantia contida no art. 34.º, n.º 4. As necessidades de perseguição penal e de obtenção de provas justificam a compressão do direito individual à comunicação reservada, mas carecem de ser avaliadas pelas autoridades judiciárias em termos de necessidade, adequação e proporcionalidade. Compreendem-se as limitações que são impostas pelo CPP à obtenção de prova através de escutas telefônicas, e que resultam do disposto nos art.º 187.º à 190.º”.

Mais indica, concluindo pela não inconstitucionalidade invocada, que “a verificação da conveniência de preservar os registos das conversações telefônicas que digam diretamente respeito aos intervenientes, para efeito de assegurar o direito de exame e de contradição por parte do arguido ou outros interessados e permitir o controlo das transcrições que tiverem sido efetuadas para uma boa decisão da causa, constitui uma medida de política legislativa que não implica necessariamente o reconhecimento da existência de um direito ao contraditório no âmbito do processo de inquérito. Na verdade, uma coisa é considerar que há vantagem, em termos processuais, na conservação dos registos (desde que salvaguardado o carácter sigiloso dos conteúdos); outra coisa é dizer que a destruição desses registos, na fase do inquérito, sem prévia audição do arguido, afronta a garantia do princípio do contraditório” – Ac. do TEDH no caso *Prado Bugallo vs. España*, de 02/2003.

Por sua vez, o Acórdão n.º 255/02, no Processo n.º 646/96 (e incorporado Processo n.º 624/99)²⁴² e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Guilherme da Fonseca, entre outras questões, avaliou a inconstitucionalidade orgânica da norma dos n.ºs 1 e 2 do art. 12.º do DL 231/98 (possibilitando as normas que entidades que prestam serviços de segurança privada no âmbito definido pela legislação, possam utilizar equipamentos eletrônicos de vigilância e controle, o que pode restringir os direitos “à imagem e à reserva

²⁴² Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020255.html>

da intimidade da vida privada e familiar, ambos consubstanciados no art. 26.º, n.º 1 da CRP”.

Decidiu o Acórdão que “A permissão da utilização dos referidos equipamentos constitui uma limitação ou uma restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignado no art. 26.º, n.º 1 da Lei Fundamenta. Ao autorizar a videovigilância e ao estabelecer algumas regras a que ela deve obedecer, o legislador está indiscutivelmente a tratar de uma matéria atinente a direitos, liberdades e garantias...quanto às normas dos n.ºs 1 e 2 do art. 12.º do DL n.º 231/98, há que concluir pela respectiva inconstitucionalidade orgânica, igualmente por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, alínea b), com referência ao art. 26.º, n.º 1)”²⁴³.

No Acórdão n.º 368/02, no Processo n.º 577/98²⁴⁴ e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Artur Maurício requereu o Procurador-Geral da República a “declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade”, entre outras, da norma do “art. 19.º do DL n.º 26/94, de 1 de Fevereiro, com as alterações da Lei n.º 7/95, de 29 de Março”.

Estabelece o Acórdão que “inequivocamente se exige que o exame se contenha no estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação de alterações na saúde do trabalhador causadas pelo exercício da sua atividade profissional e à determinação da aptidão ou inaptidão física ou psíquica do trabalhador para o exercício das funções à correspondente categoria profissional, para defesa da sua própria saúde. ...é constitucionalmente imposto que o exame de saúde obrigatório se adegue, com precisão, ao fim prosseguido”; respeitados que sejam os limites, o direito à intimidade da vida privada fica assegurado.

Conclui pela constitucionalidade, desde logo porque “A norma tem por destinatário o médico do trabalho e não o médico assistente, como resulta claramente do seu enquadramento sistemático e do seu teor – cooperação *com* o médico assistente e não cooperação *do* médico assistente com o médico do trabalho...se o legislador tivesse querido criar um dever de tal natureza para o médico assistente, não poderia deixar de o expressar com um mínimo de precisão, o que manifestamente, não acontece. Cooperação

²⁴³Cf. na temática da videovigilância em casinos, o Ac. do TC n.º 207/03, no Proc. n.º 52/2003 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Bravo Serra, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030207.html>

²⁴⁴ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>

necessária não significa, pois, cooperação obrigatória para o médico assistente; significa que do ponto de vista médico tal for adequado ou conveniente ... o médico do trabalho deverá solicitar a cooperação do médico assistente, o qual a poderá prestar, se considerar que esse comportamento, *in casu*, se compatibiliza com as regras da deontologia profissional, o que, em regra pressupõe a autorização do paciente”²⁴⁵.

No Acórdão n.º 278/95, no Processo n.º 510/91²⁴⁶ e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Alves Correia, foi invocada a inconstitucionalidade da “norma do art. 57.º, n.º 1, alínea e) do DL n.º 513-Z/79, de 27 de Dezembro, ao estabelecer restrições ao sigilo bancário regulado no DL n.º 2/78, verificados os condicionalismos nela descritos” por violação, entre outros, do disposto no art. 26.º n.ºs 1 e 2 da CRP.

No cerne da matéria em análise está a questão de saber se “os dados relativos à situação económica de uma pessoa em poder de estabelecimentos bancários, respeitantes designadamente às suas contas de depósito e movimentos destas e a operações bancárias, cambiais e financeiras, fazem parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade constitucionalmente protegida”.

Menciona o aresto que “A Constituição não estabelece o conteúdo e alcance do direito à reserva da intimidade, nem define o que deva entender-se por intimidade como bem jurídico constitucionalmente. Questão complexa é a da determinação do critério distintivo entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade. Tendo em conta a extensão que assume na vida moderna o uso de depósitos bancários em conta corrente, é, pois, de crer que o conhecimento dos seus movimentos ativos e passivos reflete grande parte das particularidades da vida económica, pessoal ou familiar dos respetivos titulares. Através da investigação e análise das contas bancárias, torna-se, assim, possível penetrar na zona mais estrita da vida privada. Pode dizer-se, de fato, que, na sociedade moderna, uma conta corrente pode constituir “a biografia pessoal em números”.

Conclui o Acórdão que “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registradas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art. 26.º, n.º 1

²⁴⁵ Cf. sobre a temática do direito à reserva da intimidade da vida privada e (excessiva) intromissão na esfera privada do trabalhador ou candidato a emprego, *vide* Acórdão n.º 306/03, no Processo n.º 382/03 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Mário Torres, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>

²⁴⁶ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950278.html>

da CRP, surgindo o *segredo bancário* como um instrumento de garantia deste direito. De fato, numa época histórica caracterizada pela generalização das relações bancárias, em que grande parte dos cidadãos adquire o estatuto de cliente bancário, os elementos em poder dos estabelecimentos bancários, respeitantes designadamente às contas de depósito e seus movimentos e às operações bancárias, cambiais e financeiras, constituem uma *dimensão essencial* do direito à reserva da intimidade da vida privada garantido²⁴⁷.

²⁴⁷ Cf. sobre a temática do acesso à informação bancária do contribuinte pela Administração Fiscal em caso de reclamação ou impugnação de ato tributário, *vide* Ac. n.º 442/07, no Proc. n.º 815/07 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>

CAPÍTULO III – (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS? DIREITOS FUNDAMENTAIS POTENCIALMENTE CONTRAVINDOS POR ESTE MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

1. INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL

Do n.º 1 do artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência) resulta uma *inviolabilidade* de consagração no ordenamento jurídico constitucional português do domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada.

O conceito de inviolabilidade²⁴⁸, “Impõe, na caracterização dos direitos de defesa, uma proibição dirigida aos poderes públicos” e “...é um referencial jurídico, não naturalístico”.

Do n.º 4 do artigo 34.º resulta um veto *total* de reconhecimento na Constituição Portuguesa, quanto “...a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”; porém, ressalva “os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”.

Consequente, o artigo mencionado “...tem como reflexos legislativos mais importantes os regimes processuais penais da apreensão de correspondência e das escutas telefônicas (artigos 179.º e 187.º do CPP, respectivamente)”²⁴⁹.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 293/08 no Processo n.º 304/08²⁵⁰, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, aferiu da constitucionalidade da norma do artigo 188.º, n.º 6, alínea a) do CPP, no sentido de permitir ao Juiz de instrução “ordenar a destruição dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, que digam respeito a conversações em que intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo 187.º do CPP, sem que o arguido deles tenha conhecimento e se possa pronunciar sobre a sua relevância”.

²⁴⁸MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 757.

²⁴⁹*Idem*, p. 776.

²⁵⁰ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080293.html>

Assim, tendo em conta que, “Alguns aspectos de procedimento das escutas telefônicas inserem-se, com efeito, já no plano da garantia constitucional em sede de direitos fundamentais”²⁵¹.

Relativamente ao artigo 34.º, n.º 4, depois de decidir que “o não conhecimento por parte do arguido das referidas escutas não viola as suas garantias de defesa”, o Tribunal Constitucional afirma que “a destruição de suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo ... tem por base a proteção do direito do sigilo das telecomunicações”.

Considera ainda, por fim, o Tribunal Constitucional, em aplicação ao Princípio da proporcionalidade e referindo-se ao artigo anteriormente citado e ao n.º 1 do artigo 26.º da CRP, que esperar que o arguido tivesse conhecimento das referidas escutas e relatórios “comportaria uma desnecessária e inaceitável compreensão daqueles direitos constitucionalmente consagrados”²⁵².

Concretamente, com a inviolabilidade quer-se resguardar o direito à confidencialidade da palavra dita, nos termos do artigo 26.º (Outros direitos pessoais), n.º 1 da Constituição Portuguesa.

Nesta linha de encadeamento lógico de pensamentos proclama-se “O direito à autodeterminação informacional e comunicacional das pessoas ao nível do uso dos sistemas ou redes informáticas e de comunicações eletrônicas para o processamento, tratamento e transmissão dos seus fluxos informacionais e comunicacionais”²⁵³.

Quando se intervém nas comunicações reprimem-se direitos fundamentais, desde logo o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1 da CRP), o direito ao livre desenvolvimento pessoal e ao segredo profissional, decorrentes do mesmo.

Temos a assinalar também, como direitos (potencialmente) reprimidos, o direito à reserva em relação aos ficheiros informáticos (art. 35.º (Utilização da informática), n.ºs 2 e

²⁵¹MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas Telefônicas – O que não muda com a reforma. Galileu, Revista de Economia e Direito, vol. III, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, p. 297. Cf. também, Parte I, Livro III – Da Prova, Título III – Dos meios de obtenção da prova, Capítulo IV – Das escutas telefônicas, nos termos do artigo 188 (Formalidades das operações), n.ºs 6, b) e c) do CPP: “6 - Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: b) Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou c) Cuja divulgação possa afetar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento”.

²⁵²MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 777.

²⁵³VEIGA e RODRIGUES, Silva, p. 63.

4 da CRP) e o direito à liberdade de informação (art. 37.º (Liberdade de expressão e informação) da CRP).

Importa ainda apreciar através de um estudo crítico a propósito, que “A área nuclear e inviolável da intimidade sobressai, por um lado, à prescrição de linhas articuladas de defesa e de reafirmação contra fática ... sobreleva, sistematicamente reconhecida e proclamada, a sua inviolabilidade absoluta ... se trata de erigir a área nuclear da intimidade como limite à investigação e perseguição”²⁵⁴.

No que concerne à aplicação do artigo 26.º, n.º 1 da CRP, “analisa-se principalmente em dois direitos menores: a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida familiar e vida privada de outrem”²⁵⁵.

Assim, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 403/2015 no Processo n.º 773/15²⁵⁶, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, analisou a conformidade do Regime Jurídico do Sistema de Informações da República Portuguesa com o artigo 34.º, n.º 4 da CRP, nomeadamente se o “acesso aos metadados” se poderia considerar “uma ingerência nas telecomunicações para os efeitos previstos na norma constitucional”.

O aresto fixou que “o direito à autodeterminação comunicativa se assume 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 Trata-se, de permitir um livre desenvolvimento das relações interpessoais e, de proteger a confiança que os indivíduos depositam nas suas comunicações privadas ... ”.

Neste sentido, o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 13/2009, publicado no DR, I série, de 6/11/2009²⁵⁷, declara que “as escutas telefônicas, como meio de obtenção de prova particularmente intrusivo, caracterizam-se pela intromissão na intimidade da vida privada e familiar, na correspondência e na comunicação por meio da palavra falada, e acarretando, por isso, uma elevada e expansiva danosidade social”.

²⁵⁴ ANDRADE, Costa. “Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal, RLJ, pp. 138-119.

²⁵⁵ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I, p. 467.

²⁵⁶ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>

²⁵⁷ Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/11/21600/0836208381.pdf>

Estes direitos encontram-se assegurados no artigo 12.º da DUDH²⁵⁸: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra as tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

A garantia de proteção resulta também de outros diplomas supranacionais como, por exemplo, da CEDH²⁵⁹, efetivados por decisões judiciais de Areópagos como o TEDH²⁶⁰.

Do n.º 1 do seu artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) resulta um direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

Nos termos do n.º 2 da mesma norma²⁶¹: “Não pode haver ingerência a autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista

²⁵⁸Disponível em:

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>

²⁵⁹Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

²⁶⁰*En el ámbito del Consejo de Europa, el TEDH cumple un papel decisivo en la definición y protección de los derechos fundamentales, además de constituir un importante elemento integrador en el ámbito de la Unión europea. No estamos ante una mera declaración de derechos fundamentales, sino ante un eficaz sistema de control del cumplimiento de los mismos. No obstante esos importantes avances, ha de señalarse, en primer lugar, que en materia de medidas de investigación penal que afectan al derecho a la privacidad, todavía estamos lejos de encontrar una concepción común de la proporcionalidad de estas medidas, y por tanto, todavía resulta difícil establecer los límites a la injerencia en el ámbito de la privacidad. Gracias a la doctrina del TEDH se ha producido un significativo avance en la exigencia de una suficiente previsión legal y en la instauración de recursos y cauces de protección del individuo frente a intromisiones en sus derechos fundamentales (U. SIEBER, 1998, p. 26). Mediante una doctrina jurisprudencial exigente en materia de garantías procesales, ha promovido la reforma y actualización de las legislaciones de los diversos Estados miembros, generando una mayor transparencia y claridad en la adopción de las medidas de investigación procesal penal y estableciendo mecanismos de control y protección no presentes hasta entonces en algunos ordenamientos jurídicos. Pero todavía quedan sin responder cuestiones como frente a qué tipo de delitos está justificada la injerencia en la esfera de la privacidad, o qué entiende el Tribunal por delitos graves (serious offences). Por otro lado, tampoco queda clarificada la cuestión de cuáles son los indicios que justifican la intromisión en la esfera de los derechos fundamentales para el fin de la investigación penal (H. H. KÜHNE, p. 61 y 65). Esas cuestiones suelen quedar englobadas dentro del margen de discrecionalidad nacional, por lo que, fuera de los casos concretos en los que el Tribunal analiza el presupuesto de la proporcionalidad de una medida de investigación que restringe la esfera de la privacidad de los individuos, no disponemos de pautas exactas que delimiten el poder del Estado frente a la privacidad de los ciudadanos. El propio art. 8 CEDH prevé que por razones de interés público o de seguridad y protección frente a delitos graves, pueda limitarse el derecho fundamental a la privacidad. El respeto del derecho fundamental a la privacidad es por tanto una cuestión graduable. Y siempre que nos enfrentamos a derechos e intereses en conflicto, encontrar el equilibrio entre los poderes del estado y el derecho a la privacidad del individuo, es todo menos sencillo. La precisión de qué consideramos como “interés público” o “pressing social need” ayudará a centrar el debate y a encontrar ese equilibrio. Pero, al final, habremos de observar la realidad y decidir cuál es el tipo de sociedad en la que uno quiere vivir, a favor de una mayor libertad y privacidad, aún a riesgo para la seguridad, o a la inversa. Mi opción decididamente es a favor de los derechos fundamentales (WINTER, Lorena Bachmaier. Investigación Criminal y Protección de la Privacidad en la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, in 2.º Congresso de Investigação Criminal. ASFIC – PJ E IDPCC – FDUL, Edições Almedina, Outubro 2010, pp. 183 – 185).*

na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico 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”.

Aponta-se que “Nem vale argumentar que a literalidade do artigo 8.º, n.º 1 da Convenção não refere explicitamente a violação das telecomunicações, pois que é pacífico para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que as conversas telefônicas se inserem nos conceitos de “vida privada” e “correspondência”, como se pode extrair dos casos *Klass e outros c. Alemanha* (06-09-1978), *Malone c. Reino Unido* (02-08-1984)²⁶² e resulta implícito de toda a sua jurisprudência sobre a matéria”²⁶³.

A proteção²⁶⁴ não resulta apenas de diplomas supranacionais e de conceitos macro: a Lei 41/2004, de 18.08²⁶⁵, transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º

²⁶¹“É a partir do artigo 8 da CEDH que o Tribunal Europeu tem entendido que as intervenções nas comunicações ... contêm diretamente com o direito ao respeito da <<vida privada>> das pessoas e da sua correspondência” (JESUS, Francisco Marcolino de, p. 286).

²⁶² No Acórdão 486/2009, o Recorrente invoca o dizer de Benjamim Silva Rodrigues: "Apesar de estar prevista na lei expressa, a medida de ingerência pode ser considerada desconforme à Convenção se ela não for exequível, cognoscível e suficientemente precisa. Deste modo, a lei, que prevê a medida de ingerência, deve ter um conteúdo preciso. A expressão «prevista na lei», conforme já referimos, foi examinada nos casos *The Sunday Times, Silver e Malone*. No primeiro desses casos - *The Sunday Times* - referiu-se que «aos olhos do Tribunal, as duas condições seguintes contam-se entre as que se retiram das palavras "previstas pela lei". Torna-se necessário, antes de mais, que a "lei" seja suficientemente acessível: o cidadão deve poder dispor de informações suficientes, nas circunstâncias da causa, sobre as normas jurídicas aplicáveis a um dado caso. Em segundo lugar, apenas se pode considerar como "lei" uma norma enunciada com suficiente precisão para permitir ao cidadão regular a sua conduta; rodeando-se se necessário de conselhos esclarecidos, ele deve por si mesmo prever, com um grau de razoabilidade nas circunstâncias da causa, as consequências susceptíveis de derivarem de um determinado ato». No segundo dos casos - *Silver e outros v. Reino Unido* - reiteraram-se os argumentos expendidos no anterior aresto: I) que a lei seja acessível; II) que a lei seja precisa. Por último, no caso *Malone*, esclareceu-se que a expressão "lei" engloba ao mesmo tempo o direito escrito e não escrito; e, por outro lado, que a ingerência deve ter uma base no direito interno; deve ser uma "lei" suficientemente acessível para o cidadão; e precisa com vista permitir ao cidadão regular a sua conduta. Refira-se que o caso *Malone* se revestiu de especial importância na fixação do sentido e alcance a atribuir à expressão "lei", pois aí se entendeu que a lei deve empregar termos suficientemente claros para possibilitar a todos os cidadãos as circunstâncias e os requisitos que permitem ao Poder público fazer uso dessa medida secreta e possivelmente perigosa que lesa o direito à vida privada pessoal e familiar e à correspondência. (4)" (Ac.⁵ *Huvig v. França* (1990), *Kruslin v. França* (1990), *Valenzuela Contreras v. Espanha* (1998) e *Kopp v. Suíça* (1998)), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090486.html>.

²⁶³Cf. João Henrique Gomes de Sousa. Das nulidades à "fruit of the poisonous tree doctrine". Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=50879&ida=50905

²⁶⁴Esta proteção foi acolhida no PCC da PGR n.º 25/2009, publicado no DR, II série, de 17/11/2009 (Publicidade do processo penal — Intimidade da vida privada — Segredo de justiça — Segredo bancário — Segredo fiscal — Segredo profissional — Restrições aos direitos fundamentais — Interpretação em conformidade — Acesso a documentos: “Atenta a sua integração na categoria dos direitos, liberdades e garantias, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar encontra-se sujeito ao regime específico (dimensão material ou substancial - “... sobressai a aplicabilidade direta deste direito e a circunstância de não poder ser restringido senão nos casos expressamente admitidos pela Constituição, conforme decorre do artigo 18.º, n.º 2 da lei Fundamental. Além disso, nos termos daquele número do mesmo artigo, as intervenções

2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho²⁶⁶, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, impõe às “empresas que ofertam redes e ou serviços de comunicações eletrônicas assegurar a inviolabilidade das mesmas, vedando a escuta telefônica e a sua instalação de dispositivos, o armazenamento ou outros meios de interceptação ou vigilância de comunicações e dos atinentes dados de tráfego por terceiros sem o consentimento prévio e expresso dos utilizadores, exceto os casos previstos na lei”.

O legislador luso mantém a linha de atuação no artigo 80.º, n.º 1 do CC, prevendo que: “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”²⁶⁷⁻²⁶⁸.

restritivas, mesmo que constitucionalmente autorizadas, só serão legítimas se justificadas pela salvaguarda de outro direito fundamental ou de outro interesse constitucionalmente protegido. Por outro lado, as leis restritivas, além do carácter geral e abstrato, têm de respeitar, em qualquer caso, o princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos e não podem <<diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais>>, conforme resulta dos n.ºs 2 e 3 daquele artigo 18.º” -, orgânica ou formal – “... destaca-se a exigência de que as restrições estão sujeitas a reserva de lei, apenas sendo legítimas as intervenções da Assembleia da República ou do Governo munido de autorização parlamentar, de acordo com o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP”) estabelecido na Constituição para esta categoria de direitos”. Disponível em:

<https://dre.pt/application/dir/pdf2sdip/2009/11/223000000/4665946677.pdf>

²⁶⁵ Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2004/08/194A00/52415245.pdf>

²⁶⁶ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=964154#.VjE8QberTIU>

²⁶⁷V. A. Capelo de Sousa Rabindranath afirma que “a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (*right to be alone*)”. Consequentemente, “a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respetivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e lugares adjacentes, da correspondência e outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizados, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais, e de demais elementos privados da atividade profissional e econômica, bem como ... a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, v.g. sobre o direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde. Esta dimensão de privacidade, acrescenta, não é incompatível com a existência na mesma de “círculos concêntricos de reserva, dotados de maior ou menor eficácia jurídica”, desdobrando-se a reserva em “círculos de resguardo, nos quais se poderá tomar (em certas circunstâncias) conhecimento de determinadas manifestações das pessoas mas em que são ilícitos a divulgação ou o aproveitamento das mesmas, e em círculos de sigilo, nos quais são liminarmente ilícitas a intromissão e a tomada de conhecimento das respectivas manifestações” (RABINDRANATH, V.A. Capelo de Sousa. O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, 1995, p. 317).

²⁶⁸Costa Andrade, “partindo da doutrina dos três graus, afirma que tudo quando se prenda com a denominada “esfera de intimidade”, porque reconhecida a “todas as pessoas, independentemente do seu estatuto de *public figures* ou pessoas da história do seu tempo”, constitui “barreira inviolável e, como tal, subtraída ao princípio geral da ponderação de interesses e em particular à prossecução de interesses legítimos”. Diferentemente, “na esfera da privacidade *stricto sensu*”, em que a “densidade e extensão são influenciadas pelo estatuto do portador concreto, pela sua maior ou menor exposição aos holofotes da publicidade” “a privacidade configura sempre um valor suscetível de ponderação para efeitos de justificação, nomeadamente a título de prossecução de interesses legítimos” (ANDRADE, Costa. Comentário Conimbricense do Código Penal. Coimbra Editora, 2007, Tomo I, p. 729).

As formalidades legais atinentes ao regime da restrição de direitos, liberdades e garantias não se justapõem às situações em que está em causa um “limite imanente”²⁶⁹ do direito fundamental.

Assim, considera-se o limite imanente como uma “limitação do direito” que “atinge o seu próprio âmbito de proteção constitucional, de tal maneira que exclui em termos absolutos certas formas ou modos do seu exercício”; o mesmo autor refere que, inexistindo direito nestas situações, “também não se considerará restritiva a lei que declare limites imanes, tal como se julga admissível a atuação administrativa que, mesmo sem lei declaradora de limites imanes, os pressuponha, comprimindo o direito fundamental apenas na aparência”²⁷⁰.

Alguns autores criticam a teoria dos limites imanes²⁷¹, defendendo Vital Moreira²⁷² que “como limites imanes só podem considerar-se aqueles que não podem deixar de considerar-se ínsitos na própria configuração constitucional do direito em causa”.

Por outro lado, o art. 18.º, n.º 3 da CRP estatui o impedimento da restrição legislativa, atinente não ao núcleo do direito fundamental restringido, mas à norma que abstratamente o prevê. Seguindo este entendimento, os direitos fundamentais são definidos objetivamente, em casos contados aceitando que a amplitude subjetiva do direito equivalha ao seu núcleo basilar²⁷³.

Não se pode prescindir em absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais mesmo numa perspectiva subjetiva, sendo sempre necessário “evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjetivo individual”²⁷⁴.

²⁶⁹COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Proteção dos Direitos Fundamentais*. Separata do BMJ n.º 396, Lisboa, 1990, p. 18.

²⁷⁰ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 1998, pp. 214, 217, 226 e 227.

²⁷¹ Cf. em oposição à teoria dos “limites imanes”, Gomes Canotilho e Vital Moreira, in: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ª Edição, Almedina, 2000, p. 1.238.

²⁷² Cf. o ponto 5 da declaração de voto do Conselheiro Vital Moreira no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 103/87.

²⁷³ José C. V. de Andrade: “Quando a lei penal estabelece penas de prisão está a sacrificar completamente o direito à liberdade física dos criminosos; quando permite a censura da correspondência, a escuta telefónica ou a busca domiciliária (no âmbito do processo penal), pouco ou nada resta do direito subjetivo à intimidade da vida privada dos indivíduos em causa” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 1998, p. 237). Cf. também, p. 238: “Não pode, pois, o artigo 18.º significar que é ilegítima toda a restrição que atinja o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjetivos individuais ... O que o legislador não pode, sob pena de ultrapassar esse limite absoluto, é destruir ou restringir gravemente a liberdade física em geral ou a intimidade do cidadão comum”.

²⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ª Edição, Almedina, 2000, pp. 448, 449, 450 - o teor do art. 18.º n.º 3 da CRP é um argumento a favor da “teoria objetiva”. Cf. também,

No entendimento de Vieira de Andrade a necessidade e proporcionalidade da restrição, previstos na norma do artigo 18.º da CRP, também fazem parte do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não obstante “...o conteúdo essencial dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias começa onde acaba(r) a possibilidade (legitimidade) da sua restrição” por meios legislativos. Os direitos fundamentais apresentam uma dupla face, ora “permanente”, ora dependente das especificidades do concreto caso e da ponderação entre o direito fundamental a limitar e o bem fundamentador da limitação.

No domínio processual penal o fundamento da restrição não é reconduzível ao interesse público, não se limita à proteção do interesse do Estado no exercício da ação penal, antes visa prevenir condutas que lesem os bens essenciais à *res publica*.

Defende-se que a tutela penal dos direitos de personalidade é essencialmente objetiva e pública, porquanto cabe ao Estado, não à vítima, a promoção da aplicação da sanção penal, distinguindo ademais entre direito subjetivo e bem jurídico²⁷⁵.

Todavia, não pode colher a visão referida porquanto existem inúmeros crimes semi- públicos e particulares, nos quais cabe ao lesado apresentar participação criminal (queixa), sendo os autos de inquérito arquivados em caso de inexistência da participação por ilegitimidade do Ministério Público.

Assim, tendo em conta que, “não existe uma relação necessária entre constitucionalização e criminalização”, muito embora defenda também que “Nem sequer perante as liberdades a atitude do Estado vem a ser de simples abstenção. Postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidas, uma ordem objetiva a criar ou a preservar – a ordem pública em sentido estrito, ou, mais amplamente, a «ordem constitucional democrática» referida no art. 19.º, n.º 2, da CRP ou a «legalidade democrática», a defender através do Governo [art. 199.º, alínea f)], dos tribunais (art. 202.º, n.º 2), do Ministério Público (art. 219.º, n.º 1), e da polícia (art. 272.º, n.º1) ”²⁷⁶.

MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 1993, pp. 153, 154.

²⁷⁵CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Coleção “Doutrina”, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961 (tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro), p. 34 ss..

²⁷⁶MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 187, 109.

Nesta esteira, Gomes Canotilho²⁷⁷ recorre a uma “proibição por defeito”, conexas-a com o princípio da proibição do excesso, devassada “quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir a proteção adequada dos direitos fundamentais...o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais”²⁷⁸.

Na verdade, “não faria sentido que” os direitos fundamentais “pudessem ser recusados ou destruídos fosse qual fosse a finalidade, inclusive o processo penal”, porquanto quer as entidades públicas, quer as privadas estão vinculadas a respeitar os direitos fundamentais. Ademais, “Os fins do processo penal inserem-se no âmbito dos fins do ordenamento jurídico global. Por conseguinte, não seria legítimo que colidissem com o valor primário do ordenamento e da república (art. 1.º da CRP) — a dignidade da pessoa humana”; o autor, porém, defende ser necessária a “concordância ou harmonização prática” destes direitos “com outros valores ou interesses constitucionalmente significativos”, nomeadamente as finalidades processuais penais²⁷⁹.

Neste sentido, de modo claro, a Constituição da República Portuguesa, *ex vi* artigos 27.º e 32.º, expressamente autoriza o legislador a restringir direitos fundamentais no domínio processual penal.

Esclarece ainda, o Tribunal Constitucional, na sua jurisprudência, tem vindo a admitir a limitação de direitos fundamentais implícitas²⁸⁰: invoca para o efeito o artigo 29.º da DUDH e o artigo 16.º, n.º 2 da CRP como legitimadores legais para a restrição de direitos fundamentais implicitamente consagrados pela Constituição, não sendo tal posição unanimemente aceite pela doutrina.

Assim, o Tribunal Constitucional reconhece que a utilização de tal mecanismo de restrição a direitos fundamentais colidiria com o “carácter excepcional das restrições aos «direitos, liberdades e garantias» e poria em causa o carácter ampliador (do nosso catálogo

²⁷⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ª Edição, Almedina, 2000, pp. 271, 1219 (como exemplo: a obrigação do Estado de incriminar condutas lesivas do bem vida).

²⁷⁸ Cf. o ponto 6 da declaração de voto do Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 456/93. Cf. também, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 1998, pp. 287, 288.

²⁷⁹MIRANDA, Jorge. *Processo Penal e Direito à Palavra*. Separata do Vol. XI, Tomo 2, da Revista “Direito e Justiça” — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 51, 52 (inadmite a “negação”, em processo penal, dos direitos fundamentais). A posição é seguida nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 7/87, no final do ponto 1 e n.º 456/93, ponto V, 2.

²⁸⁰COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais*. Separata do BMJ n.º 396, Lisboa, 1990, p. 17.

de direitos fundamentais) que é de atribuir à remissão do art. 16.º n.º 2 da Constituição para a referida declaração”²⁸¹.

Neste campo, será de resguardar, o emprego do artigo 29.º da DUDH²⁸² aos direitos fundamentais, pugnando Vieira de Andrade²⁸³ que os direitos a restringir não têm que ter expressa consagração constitucional.

Jorge Miranda²⁸⁴ pugna pelo emprego expresso do artigo 29.º da DUDH a todos os direitos fundamentais, alegando que “nada inculca que o art. 16.º, n.º 2 da Lei Básica se reporte somente a preceitos atributivos de direitos, pode reportar-se também a preceitos limitativos; e o recurso à Declaração para efeito de integração corresponde exatamente à hipótese de não regulamentação...” (de uma «cláusula geral» sobre o exercício de direitos) “... que aqui se verifica”²⁸⁵.

A jurisprudência divide-se: o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 6/84, no Processo n.º 42/83, 2ª Secção e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Magalhães Godinho²⁸⁶ aceitou a aplicabilidade do artigo 29.º da DUDH no que concerne ao direito de cada indivíduo determinar a sua própria aparência física, como manifestação do “direito geral de personalidade”, cuja existência é sustentada com base no disposto no artigo 1.º da CRP; o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 103/87, no Processo n.º 74/83 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Cardoso da Costa²⁸⁷ rejeitou a existência de “uma cláusula geral justificativa de toda e qualquer limitação dos direitos fundamentais”.

De qualquer modo, o Tribunal Constitucional, na matéria atinente aos direitos, liberdades e garantias, artigo 17.º e ss. da CRP, tem adotado um critério amplo, admitindo a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, bem como autorizações constitucionais expressas *strito sensu* e autorizações “indiretas/implícitas” - *vide* Acórdãos

²⁸¹NABAIS, José Casalta. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa. Separata do BMJ n.º 400, Lisboa, 1990, p. 20 e ss..

²⁸²MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 302 - 305.

²⁸³ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Almedina, Coimbra, 1998, pp. 231, 232.

²⁸⁴*Ob. cit.*, p. 301 e ss.

²⁸⁵ Cf. em sentido oposto CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.ª Edição, Almedina, 2000, pp. 1238, 1239.

²⁸⁶ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>

²⁸⁷ No Ponto 5 da sua declaração de voto, refere o Conselheiro Vital Moreira: “rejeito...a invocação...de um "limite imanente" do direito de queixa do Provedor. O recurso a invocação dos "limites imanentes" não pode ser banalizada sob pena de, em manifesta fraude à Constituição (artº 18º-2), se dar por existente uma cláusula geral justificativa de toda e qualquer limitação dos direitos fundamentais. Como limites imanentes só podem considerar-se aqueles que não podem deixar de considerar-se ínsitos na própria configuração constitucional do direito em causa” (Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870103.html>).

n.ºs 225/85, no Processo n.º 197/85 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Cardoso da Costa²⁸⁸, e 244/85, no Processo n.º 127/85 e tendo como Relator o Juiz Conselheiro Cardoso da Costa²⁸⁹ (“não previstas «expressamente» na Constituição”)²⁹⁰.

Considera, desde logo, o Tribunal Constitucional que a restrição de direitos apenas pode ter lugar quando a Constituição da República Portuguesa a permita nos termos do artigo 18.º n.º 2 e seja isenta de dúvidas (“clara e manifestamente consentida pela Constituição”), devendo assumir natureza excepcional.

Nas situações de restrição permitidas pela Constituição da República Portuguesa verifica-se existir uma autorização que, embora constitucionalmente decorrente, não figura expressamente numa norma jurídico-constitucional, antes resulta da Constituição no seu todo, de uma interpretação *lata*²⁹¹.

Os limites imanentes de qualquer direito fundamental formam-se no núcleo dos outros direitos, à imagem do adágio “a minha liberdade termina onde começa a dos outros”²⁹².

Projetando esta temática no domínio processual penal, nomeadamente quanto à “intromissão na vida privada”, admite-se existir uma reserva de lei restritiva expressa *ex vi* artigo 32.º, n.º 8 da CRP; o artigo 34.º, n.º 4 da CRP prevê uma extensão da restrição quando estejam em causa comunicações, sendo a intromissão abusiva quando “efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34.º, n.ºs 2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos (art. 18.º, n.ºs 2 e 3)”²⁹³.

Também os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP consagram a possibilidade de restrição de direitos, qualquer que seja a fase processual em causa e o formato subjacente à comunicação (escutas ou outras, por força do artigo 189.º, n.ºs 1 e 2 do CPP), válida para matérias substantivas e processuais.

²⁸⁸ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850225.html>

²⁸⁹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850244.html>

²⁹⁰ NABAIS, José Casalta. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa. Separata do BMJ n.º 400, Lisboa, 1990, p. 22 e ss.. No que se refere às autorizações constitucionais indiretas, mas designando-as como “implícitas”, e referindo também, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 244/85. Cf. também, MIRANDA, Jorge. Processo Penal e Direito à Palavra. Separata do Vol. XI, Tomo 2, da Revista “Direito e Justiça” — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 53.

²⁹¹ Cf. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 225/85 (Ponto II. 2 e a declaração de voto do Conselheiro Vital Moreira) e n.º 244/85 (Ponto II.5).

²⁹² *Ob. cit.*, p. 24.

²⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 1993, pp. 206, 207.

O Código Penal entrevê e penaliza condutas transgressoras dos sobreditos direitos nos artigos 190.º “violação de domicílio ou perturbação da vida privada”; 192.º “devassa da vida privada”²⁹⁴; 194.º “violação de correspondência ou de telecomunicações”; 195.º “violação de segredo”; 199.º “gravações e fotografias ilícitas”; 276.º “instrumentos de escuta telefônica” (“Quem importar, fabricar, guardar, comprar, vender, ceder ou adquirir a qualquer título, transportar, distribuir ou detiver instrumento ou aparelhagem especificamente destinados à montagem de escuta telefônica, ou à violação de correspondência ou de telecomunicações, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”); 384.º “violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações”).

Protege-se a intimidade da vida privada, correspondência ou telecomunicações, constitucional e infraconstitucionalmente, no que concerne aos dados de conteúdo e aos dados de tráfego²⁹⁵ - nas palavras de Costa Andrade²⁹⁶ “O se, o quando, o como, entre que pessoas ou entre que aparelhos a comunicação teve lugar ou foi atentada”.

Não obstante, qualquer que seja o concreto âmbito de proteção, existindo consentimento a conduta será atípica.

²⁹⁴Segundo Costa Andrade “a proibição das práticas de devassa obedece em primeira linha aos interesses da pessoa. Trata-se de assegurar ao indivíduo o domínio sobre a sua esfera privada e, por via disso, um espaço de isolamento e autodeterminação resguardado contra intromissões e injunções da sociedade e do Estado” (ANDRADE, Costa. Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I, Coimbra Editora, 2007, pp. 727 e 728).

²⁹⁵ Para Francisco M. de Jesus: “...tanto a comunicação propriamente dita, o conjunto de palavras que integram a mensagem (dados de conteúdo), como os números dos telefones envolvidos, a sua espécie, tipo de comunicação, a hora do início e a duração da chamada, o tipo de aparelhos usados e a identidade dos interlocutores (dados de tráfego). A fatura detalhada, porque dela constam os dados de tráfego, terá de ser considerada, ela própria, como dado de tráfego” (JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal, p. 288).

²⁹⁶ Cf. RLJ 137.º – 340.

2. REGIME PROCESSUAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS

Roxin²⁹⁷ afirma que “O Processo Penal é o sismógrafo da sociedade” e que “o regime jurídico das escutas telefônicas foi classificado como o sismógrafo da história do Direito Processual Penal”²⁹⁸.

²⁹⁷ Cf. *Staechelín*, KJ 1995, p. 466 *apud* MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas Telefônicas – O que não muda com a reforma. *Galileu, Revista de Economia e Direito*, Vol. III, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, p. 280.

²⁹⁸ Neste sentido, Ricardo Jacobsen Gloeckner afirma que “Para além de toda polarização existente na política brasileira, que ameaça esfacular os construtos democráticos ... O Brasil, irresponsavelmente vem, através de seu judiciário, amparando decisões em supostos casos similares encontrados no direito norte-americano. A decisão sobre a intercetção telefônica recente trouxe como pretensão precedente, o caso U.S v. Nixon. Contudo, tais "aproximações" têm o condão acentuar o processo de destruição - lenta e gradual - das garantias processuais penais trazidas pela Constituição da República, a ponto de transformá-las em verdadeiras normas programáticas (na melhor das hipóteses, fazendo alusão à esta teoria desenvolvida no cerne do constitucionalismo fascista italiano). Assim como a Itália vivenciou seus processos famosos, como o *mani pulite* e o *tangentopolis*, o Brasil experencia um processo que, extrapolando quaisquer limites jurídicos, instala as mesmas lógicas disformes (vale a pena recordar, no ponto, Cordero) que conduziram à chamada emergência italiana (trata-se da legislação que se seguiu à reforma do Código *Vassalli*, de 1989 e que destruiu a sua feição adversarial. Para tanto Cf Riccio, Moccia). Na Itália, o modelo processual construído, de cristalina face adversarial (com nítida inspiração no processo penal norte-americano) foi soterrado pela mentalidade inquisitória (utilizo o termo no sentido da história das representações) da magistratura (lembrando que o Ministério Público, na Itália, integra esta classe). A superveniência de estragos causados tanto pela Corte Constitucional quanto pela Cassação, que representaram grave involuções no processo penal, apenas teve como defensor a Academia, isto é, os professores. No Brasil, o fenômeno que se avizinha não é muito diverso. Contudo, algumas peculiaridades se fazem notar. Ao passo que a Itália experimentou uma reforma processual penal democrática, o Brasil mantém a sua estrutura por todos sabidamente inquisitória. Todavia, introduz - naquilo que convém - elementos próprios da economia de saber que governa o processo penal (a radicalização do utilitarismo liberal) americano. O resultado é a potencialização da estrutura inquisitória e a utilização, self service, do saber utilitário. Por esta razão temos a criação de verdadeiros monstros, como a colaboração premiada dirigida, instruída, se se quiser, desde o juiz, através da prisão-paradelação, figura criada a partir da "jurisprudência-de-um-homem só", que outorga ao Brasil uma nova legislação processual penal: aquela na qual a ilegalidade é reforçada pelo sentimentalismo vil e oportuno dos "jogos políticos". Para além de eventual parelha polarizada entre dois discursos políticos maniqueístas, o processo penal brasileiro se tornou a metástase (procurei e não consegui aplicar melhor termo, apesar de conviver ontem, por horas, com grandes amigos e excelentes estudiosos da matéria, como Aury Lopes, Alexandre Morais Da Rosa, André Machado Maya, Augusto Jobim, Nereu Giacomolli, em debates sobre o processo penal na PUCRS) do estilo inquisitório, que opera a partir de vetores de flexibilização processuais, como encontramos no processo penal norte-americano. No ponto, este "realismo processual penal emergencial", a operar no Brasil, provoca e provocará, por largos anos, efeitos com os quais teremos de lidar (vale a pena consultar a doutrina italiana mais avalizada para se entender os perigosos efeitos decorrentes da emergência). E, neste caso, nem mesmo o jargão antiético de que os fins justificam os meios poderia ser reclamado: nada compensa aceitar-se o fim do processo penal... O caso Nixon, utilizado como elemento analítico e remissivo da decisão, tratou-se de um caso julgado pela Suprema Corte Americana, na qual o Judiciário aplicou ao então presidente norte-americano, uma *subpoena* (uma espécie de sanção processual decorrente da violação dos deveres de lealdade processual. Decorre, portanto, a *subpoena*, do *contempt of court*). Naquele caso, o presidente deveria entregar as gravações (feitas por ele mesmo), que comprovariam o caso de roubo a um escritório. Trata-se, evidentemente, de caso ligado às disputas políticas (caso *watergate*). O presidente era terceiro que deveria colaborar para que a acusação pudesse ter acesso à prova contra os então acusados. A menção do juiz, no Brasil, teve como ponto de contato - absolutamente dispensável e oportunista - a alegação de que as comunicações do presidente não são invioláveis, ou seja, de que as prerrogativas do presidente não são absolutas. Dentre elas, os sigilos de comunicação. Contudo, devemos ter presente que: a) não estamos, no Brasil, diante de um sistema adversarial, no qual a prova exigida pelo juiz,

Para podermos dar continuidade ao presente trabalho, faz-se pertinente clarificar uma perspectiva, o que não se pode confundir, o Código de Processo Penal faz a distinção dos meios de obtenção da prova dos meios de prova, “constituindo o objeto da prova todos os fatos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (art. 124 do CPP). É através dos meios de obtenção da prova que são obtidos os meios de prova a partir dos quais se forma a convicção das autoridades judiciárias”²⁹⁹.

À luz do espírito desta norma processual penal, os meios de obtenção da prova diferenciam-se dos meios de prova como lógica e técnico-operativa. Primeiramente, no ponto de vista da lógica “os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmo fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios”. Já no técnico-operativa “os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito. Normalmente são modos de investigação para obtenção de meios de prova e por isso que o modo de sua obtenção seja particularmente relevante”³⁰⁰.

A partir disso, na esteira de Roxin e procurando avaliar a amplitude das escutas telefônicas, Maria de Fátima Mata-Mouros³⁰¹ afirma que “Em primeiro lugar importa

após requerimento do Ministério Público, preenche os critérios da fase processual chamada *disclosure*; houve no caso Nixon qualquer discussão sobre eventual ilicitude da prova, isto é, sobre uma *exclusionary rule*; c) não estamos diante de um caso de juiz ativista, que "toma conta" da investigação e do processo, inclusive fornecendo material à mídia; d) o caso Nixon não toca profundamente em foro por prerrogativa de função, considerando-se que o presidente americano não era acusado ou investigado; e) o caso Nixon não cuida de interceptações telefônicas. Poderia seguir levantando outras dessemelhanças. Não é o caso. O recurso à legislação alienígena, como já demonstrou o já famoso caso da flexibilização da presunção de inocência, pelo STF, tem sido utilizado para dar novos contornos às nossas normas constitucionais. Ou seja, busca-se fundamento em "cases" jurídicos alienígenas, através de soluções compensatórias para se "dar baixa" às garantias. O *superpop* juiz se vale, portanto, deste fenômeno, a fim de "autenticar" a sua decisão. Contudo, as dessemelhanças entre os casos sugerem que o juiz não conheça o caso Nixon e muito menos o processo penal norte-americano. Assim como demonstra, à saciedade, desconhecer regras mínimas de direito constitucional e infraconstitucionais brasileiras. ...”. Cf. também, o novo PL 8.045/2010 que altera as normas dar escutas telefônicas (Atual Lei 9.296/96), as quais desvinculam-se da proteção constitucional brasileira, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> e <http://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/81816/leia-o-projeto-que-muda-as-regras-das-escutas-telefonicas>.

²⁹⁹ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Almedina, 2016, p. 110.

³⁰⁰SILVA, Germano Marques. Curso de Processo Penal. vol. II, 4.ª ed., Editora: Verbo, 2011, p. 280.

³⁰¹“... As primeiras informações publicadas na imprensa desde que se começou a tentar quantificar as escutas telefônicas realizadas no nosso país indicavam a média anual de 8000 interceptações telefônicas. <<24 mil nos últimos três anos>>. Estávamos em 2006. Agora passávamos para 52 mil escutas nos últimos seis anos segundo dados divulgados na imprensa no início deste mês na sequência da audição parlamentar do MJ e PGR, respectivamente em 30 e 31/10 passado – 52.098, desde 2002 até final de Out./07 (Diário Económico de 2/11/07) -. Ou seja, mantém-se aproximadamente a estimativa daquela média, ainda que se registre alguma

tentar perceber quais os dados que sustentaram a reforma do processo penal introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto³⁰² - sendo a 15.ª alteração do CPP, aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro – e que entrou em vigor em 15 de Setembro passado. ... Quantas escutas se fazem anualmente em Portugal? ... A população portuguesa ronda os 9 milhões”.

2.1. CONCEITO

“As <<escutas telefônicas>> dizem respeito às intervenções que sofrem os particulares no exercício do seu direito fundamental à comunicação livre e de forma secreta, entre si, por meio de telefone”³⁰³.

Na Sentença de 18/07/1993 o STE³⁰⁴ caracterizou a intervenção telefônica como um ato de investigação passível de limitar o direito fundamental ao segredo das comunicações, "pelo qual o juiz de instrução, relativamente a um ato punível de especial gravidade e no decurso de um procedimento penal, decide, mediante decisão especialmente fundamentada, que pelo órgão de polícia criminal se proceda ao registro das chamadas a efetuar, ou à gravação por magnetofone das conversações telefônicas do suspeito durante o

tendência para o crescimento. ...”. Cf. também, neste sentido, nas palavras da Juíza de Direito e autora do artigo, que: “Em França no ano de 2004 foram alvo de escuta 27 mil telefones móveis e 2 mil fixos. Acresceram as seguintes escutas administrativas: autorizadas 3733 novas escutas (50% por criminalidade organizada, 34% por terrorismo, 14% por segurança nacional e 2% para proteção econômica) e renovadas 1918. Ao todo somam 34.651 escutas no ano de 2004. A população francesa soma 63 milhões. Na Alemanha, nos últimos anos foi a seguinte a evolução verificada: 2001 – 19896, 2002 – 21874, 2003 – 24501 e 2004 – 29017. Os alemães são mais de 80 milhões – A Alemanha ocupa uma posição de destaque na frequência do recurso às intercepções telefônicas -. Relativamente a Áustria, em 2005 naquele país somaram 1913. Os austríacos rondam os 8 milhões de habitantes. Nos EUA de há muito que são conhecidos relatórios *Wiretap Report*, caso 229 – ano 1991: O Juiz Lasker (NY) autorizou, a pedido do procurador Salzburg, a colocação de microfones de escuta numa investigação por extorsão. Data da autorização: 13.4.1989. Local da escuta autorizada: compartimentos de um clube social. Prazo: a primeira autorização foi concedida por 30 dias. Prorrogações: dez. Período de ativação: 233 dias. n.º de conversas escutadas: 8978. n.º de conversas selecionadas: 417, isto é, 4,6%. n.º de pessoas atingidas pela medida: 32. Quantas delas foram detidas: 11 pessoas. Quantas foram condenadas: as mesmas 11. Quais os custos econômicos da medida: 299329 dólares” (MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas Telefônicas – O que não muda com a reforma. Galileu, Revista de Economia e Direito, vol. III, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, pp. 280, 281 e ss.).

³⁰² Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=929&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=929X0001&nid=929&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

³⁰³ VEIGA, Armando, RODRIGUES, Benjamim Silva. Escutas telefônicas, rumo à monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais digitais, Coimbra Editora 2007, 2ª edição revista e ampliada, p. 61.

³⁰⁴ Cf. sentença de 18/07/1993, do Supremo Tribunal Espanhol, citada por Armando Veiga e Benjamim Rodrigues, Escutas telefônicas, Coimbra 2007, p. 66.

tempo imprescindível para poder pré-constituir a prova do fato punível e a participação do seu autor”.

Assim, entende-se que o ato de gravar implica em fazer o registro técnico das palavras em um suporte (fita magnética, disco, cassete, etc.) que possibilite a sua audição posteriormente³⁰⁵.

O conjunto de operações técnicas que por intermédio de instrumentos eletrônicos utilizados para captação e registro de informações e comunicações digitais, com o objetivo de se armazenar, em um determinado suporte eletrônico-digital, um "fluxo informacional ou comunicacional", que se não fosse por isso teria se "perdido no seu acontecer espaço-temporalmente limitado": são os termos em que Armando Veiga e Benjamim Rodrigues³⁰⁶ definem a interceptação e a gravação.

Do n.º 1 do artigo 189.º CPP resulta à aplicabilidade “...às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio-eletrónico³⁰⁷ 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”.

As escutas telefônicas são um meio de prova de demasiada eficácia na luta contra a *big* criminalidade (“a organizada e a económico-financeira”) e “são também intrusivas, provocadoras de danosidade social”. Se forem empregadas sem comedimento,

³⁰⁵ANDRADE, Manuel da Costa. Comentário Conimbricense do Código Penal. Direção do Prof. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, em anotação ao artigo 199.º, p. 829. Sobre escutas: “Porém, em caso algum o TC teve de enfrentar a questão de saber se o único método constitucionalmente admissível era o da audição, feita pessoalmente pelo juiz, da totalidade das gravações. Nesse sentido, ... o que se exige é um “acompanhamento próximo” e um “controle do conteúdo” das conversações, com uma dupla finalidade: (i) fazer cessar, tão depressa quanto possível, escutas que se venham a revelar injustificadas ou desnecessárias; e (ii) submeter a um “crivo” judicial prévio a aquisição processual das provas obtidas por esse meio (Cf. CUNHA, José Manuel Damião da. “A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de escutas telefônicas”, in: Jurisprudência Constitucional, n.º 1, Jan./Mar. de 2004, pp. 50-56 e, do mesmo autor, “Acórdãos n.ºs 426/05 e 4/06 (de novo, as escutas)”, in: Jurisprudência Constitucional, n.º 7, Out./Dez. de 2005, p. 46 e ss.) Ver ainda os Ac.ºs 347/01 e 411/02. Ac.ºs disponíveis em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050426.html>;

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060004.html>;

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010347.html>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020411.html>.

³⁰⁶VEIGA, Armando, RODRIGUES, Benjamim Silva, p. 176.

³⁰⁷Cf. o correio-eletrónico iguala-se às escutas telefônicas, alínea h) do artigo 2.º da Diretiva 2002/58/CE: “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até este a recolher”.

deslembrando que são *ultima ratio*, se não permanecerem objeto de constante controle, jazeremos para a metamorfose do “Estado-de-direito em Estado-policia”³⁰⁸.

No contexto maior da potencial gravidade, “As escutas telefônicas têm uma danosidade social polimórfica ... são o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. ... porque quem aplicar as escutas telefônicas nunca consegue limitar os danos. Os estragos têm uma dimensão subjetiva (apanhamos sempre mais pessoas do que queríamos apanhar) e lesam mais interesses do que aqueles que se queria lesar”³⁰⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, no que diz respeito a autoincriminação, as escutas lesam “o <<direito à palavra – o direito fundamental que todos temos a que a nossa palavra, não proferida em público, não seja gravada sem o nosso consentimento – ..., o direito à privacidade e à intimidade, a violação do estado processual ativo, isto é, o direito que o arguido tem de não ter de contribuir positivamente para a sua condenação ...”³¹⁰.

Salienta-se que a escuta telefônica tem “danosidade certa e segura, presente e irreduzível”³¹¹. Manifesta-se “num meio oculto de investigação e devassa, condena o suspeito a <<ditar>>, inconsciente e incontrolavelmente, para o processo <<confissões>> autoincriminatórias”³¹².

As escutas telefônicas devem ter “caráter excepcional, residual, de *ultima ratio*”³¹³, somente devem ser admitidas, nos termos do artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, por referência à Diretiva 95/46/CE³¹⁴, quando constituam uma “medida necessária, adequada e proporcional numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional, a defesa, a segurança pública e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais”.

³⁰⁸JESUS, Francisco Marcolino de. Os meios de obtenção da prova em processo penal. rev., atual. e ampl., 2.ª ed., Almedina, Março, 2015, p. 284.

³⁰⁹ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. I Congresso de processo Penal, Coordenação de VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Almedina, 2005, pp. 216, 217. Cf. também, Sentença TEDH, *Khan c. Reino Unido* de 12.05.2000.

³¹⁰FIGUEIREDO DIAS/Jorge, Curso... pp. 437- 439.

³¹¹ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal. RLJ, pp. 137 - 227.

³¹²*Idem*, p. 228.

³¹³JESUS, Francisco Marcolino de. Os meios de obtenção da prova em processo penal. rev., atual. e ampl., 2.ª ed., Almedina, Março, 2015, p. 285.

³¹⁴ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>

2.2. PRESSUPOSTOS

Na base da admissibilidade (dos pressupostos) das escutas está a previsão do artigo 34.º, n.º 4 da Constituição, que autoriza a intercetação telefônica ou similar desde que a mesma seja necessária à investigação criminal.

O CPP, nos artigos 187.º a 189.º³¹⁵, subsequente à Lei n.º 48/2007, prevê o conteúdo, ou a qualidade mínima, que a lei precisa para legitimar a intervenção nas comunicações telefônicas. Preceituam-se, dessa forma, quais são as categorias de pessoas que se submetem à escuta judicial; qual a natureza das infrações que podem dar ensejo a ela; a fixação de um limite à duração da execução da medida, o procedimento de transcrição das conversações interceptadas; quais seriam as precauções a serem observadas para comunicar as gravações realizadas tendo em mira o controle eventual pelo Juiz ou pela defesa; e, finalmente, as circunstâncias nas quais será possível, ou nas quais se deverá proceder, ao apagamento ou destruição das fitas.

Quanto às pessoas <<escutáveis>>, ao reproduzir o preceito da StPO alemã, o legislador de 2007 fê-lo, segundo Costa Andrade³¹⁶ “<<despoletado>> da exigência de que a suspeita de mediação de notícias de ou para o suspeito seja fundada em <<fatos concretos>> O que equivale a dizer que o legislador pôs de pé uma inócua máscara de proteção”.

Em virtude dessa ideia, ao mesmo tempo, estabelece-se à aplicação da teoria da proporcionalidade, de origem alemã, também denominada teoria da preponderância dos interesses em conflito ou teoria do balanceamento.

Tal teoria é chamada de razoabilidade nos Estados Unidos da América³¹⁷- como por exemplo, no caso *Harmelin v. Michigan, US, 501*, p. 957 e ss. - (não teve grande expressão no Direito norte-americano), enquanto no Brasil (com crescente importância), se chama de interesse preponderante.

³¹⁵VEIGA, Armando, RODRIGUES, Benjamim Silva, p. 290. Cf. também, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4ª ed. atual., Editora: Universidade Católica, 2011.

³¹⁶ANDRADE, Costa. “Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal. RLJ, ano 137º, n.º 3948, p. 139.

³¹⁷NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, Junho, 2010, pp. 762, 763. Cf. também, o caso *Harmelin v. Michigan, US, 501*, p. 957 e ss, sustentando a condenação à prisão perpétua que o Estado de Michigan infligiu a *Ronald Harmelin* por posse de droga em 1991.

No Direito Português, em relação ao Princípio da proporcionalidade, com fundamento na “jurisprudência do TC alemão, Grabitz seleciona como critérios orientadores da intensidade do controle de proporcionalidade: a gravidade da restrição e a importância e a permanência dos interesses que justificam a restrição³¹⁸, bem como a relevância dos interesses de liberdade protegidos pelo direito fundamental restringido³¹⁹”.

Reitera-se que o legislador deve se valer do meio adequado e exigível para alcançar o fim que se pretende. Por isso impende dizer que adequado é aquele meio que com a sua ajuda se promove o resultado almejado, já o exigível é aquele que o legislador não poderia eleger outro de igual eficácia, mas há de ser “um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”³²⁰.

É mister, para a utilização do Princípio da proporcionalidade, que o meio usado seja adequado, necessário e proporcional *stricto sensu*. É com muita cautela que este princípio deverá ser empregado.

“Não obstante um suspeito, por não chegar a ser constituído arguido, não ter à partida a possibilidade de recorrer das escutas telefônicas existentes num certo processo, não significa isto que tal possibilidade lhe seja cerceada num eventual segundo processo que tenha a sua origem numa certidão de escutas do primeiro processo ... caso a certidão de escutas relativa ao primeiro processo enfebre de algum problema de validade que possa vir a afetar as escutas telefônicas emitidas num novo processo, não se vislumbra qualquer impedimento legal a que um determinado arguido possa atacar a legalidade das escutas com base neste argumento ... desde que respeitados os vários requisitos formais e materiais de admissibilidade das escutas telefônicas, quer no processo de origem quer no processo aqui em causa, estas podem, à partida, ser utilizadas noutros processos de inquérito para os quais tenham relevo. E, além disso, é ainda legítimo o recurso a escutas telefônicas mesmo que como primeiro meio de obtenção da prova, desde que o juiz competente demonstre que a sua utilização é indispensável — *rectius*, adequada,

³¹⁸“... (no sentido de que a quantidade admissível desses dois termos se determina recíproca e proporcionalmente – com base no que, nos anos oitenta, Alexy viria a designar de lei da ponderação -, condicionando a adequação da relação em apreço e o correspondente controle) ...” (Cf. NOVAIS, Jorge Reis cita Grabitz e Alexy em *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, Junho, 2010, p. 761. Cf. também, GRABITZ, “*Zur Verhältnismäßigkeit ...*”, p. 580 e ss.).

³¹⁹ “... (no sentido de que quanto mais elementares forem as manifestações da liberdade pessoal diretamente afetadas pela restrição maior exigência se deve colocar no seu controle)”. (Cf. *Idem*, p. 761.).

³²⁰ Cf. César Dario Mariano da Silva em análise da 1.ª decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 16/03/1971 (*BverfGE*, 30, 316) *apud* Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, p. 75.

necessária e proporcional em sentido estrito — para a descoberta da verdade ou para a prova”^{321_322}.

³²¹Cf. o Ac. n.º 381/2015 no Proc. n.º 440/2015, tendo como Relatora a Juíza Conselheira Ana Guerra Martins, consagra o princípio da proporcionalidade, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150381.html>

³²²*Fruits of the poisonous tree*: A prova é ilícita por derivação simplesmente quando, apesar de lícita, derivou de outra prova ilícita; a prova originariamente ilícita, por consequência, contamina a prova cuja produção decorreu - ilicitude por derivação. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (“Em *Boyd* desenvolveu-se a ideia de que uma prova produzida ilicitamente, mas oriunda da infração de alguma das regras ou cláusulas, ou com violação de algum dos direitos garantidos pela Constituição, deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação do fato criminoso e de sua autoria. O caso *Boyd* se referiu a um processo em que as autoridades federais obtiveram um mandado sobpõem *duces tecum*, com base em informações falsas, com o objetivo de obter documentos que se encontravam na posse de um suspeito da prática de uma infração penal. A Corte decidiu que essa prática de obrigar o próprio acusado a fazer prova contra si violaria o “privilégio contra a autoincriminação forçada”, insculpido na 5.ª emenda. Anulou o julgamento anteriormente realizado e remeteu os autos à Corte de origem para que outro fosse realizado. Assim, em resumo, se em *Boyd* a Suprema Corte fixou a ideia de que a prova ilícita é írrita, em *Weeks* deixou assentado que a produção de provas ilícitas não contamina a validade do processo, mas leva à exclusão dessas provas do processo. Um terceiro julgado, *Silverthorne Lumber* (1920), consolidaria a doutrina dos frutos da árvore envenenada e a formularia em termos célebres, ao escrever que “a essência da norma que proíbe a aquisição de uma prova de uma certa maneira não se limita a dizer que ela não pode ser utilizada em juízo, mas reza que ela não pode ter efeito algum”. No entanto, em que pese a cadência das palavras do grande magistrado, a proibição de aquisição da prova não é absoluta” (RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006, pp. 122, 123. Cf. também, os Ac.º dos casos *Boyd e Silverthorne Lumber Co.* (Anexo 3, p. 148)) surgiu nos Estados Unidos da América no âmbito da *Supreme Court*, no caso *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886) mas, consolidou-se em *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920). Esta Teoria afirma a impossibilidade que uma árvore envenenada tem de gerar bons frutos. A partir de práticas ilegais as *Supreme Court* passaram a excluir as provas ilícitas por derivação, perdendo a polícia a força para proceder a buscas e apreensões ilegais. Assim, permitiu-se que a prova ilícita *pro reo*, quando estas têm por finalidade defender o acusado, fosse resguardada para evitar que a polícia viciasse a prova favorável à defesa. Em relação à admissibilidade dessas provas, lícitas, mas derivadas de provas ilícitas, inexistente uma posição harmônica entre a jurisprudência e a doutrina. Haverá sempre a contaminação quando a prova ilícita transgredir os direitos tidos como fundamentais. Os conhecimentos fortuitos compreendem a totalidade dos elementos que foram descobertos por acaso, fatos que não eram objeto de investigação; para Costa Andrade (ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra Editora, 2013, p. 304) são “aqueles que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização”. “Por conhecimento fortuito deverá entender-se a informação sobre a existência de determinado crime ou a identidade dos seus agentes, obtida no decurso da realidade de uma escuta telefônica, que foi autorizada tendo em vista o apuramento de um outro crime, de idêntica ou de diferente natureza, praticado pelo mesmo ou por outro agente, desde que não recaia no âmbito dos chamados <<conhecimentos de investigação>>” (Cf. o Ac. da RE de 27.09.2011 no Proc. n.º 13/05.6GBSTB.E1). Opõe-se aos conhecimentos fortuitos os conhecimentos da investigação, nestes incluindo os “fatos obtidos através de uma escuta telefônica que se inserem na mesma história de vida do crime investigado” (Cf. o Ac. da RP de 5.06.2013 no Proc. n.º 1885/10.8PIPRT.P1). Karl-Heinz Gössel (GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Brasil: Aequitas, ano 2, fase 3, Jul. /Set. 1992, pp. 398, 402, 437) refere exceções à teoria da proibição: “Quem pretende determinar a essência, os limites e o significado das proibições de prova a partir da sua própria natureza reconhece ao mesmo tempo a respectiva autonomia processual. Hoje é generalizadamente aceite a distinção formal entre as proibições de produção de prova (limitação já ao nível dos próprios fatos a investigar) e proibições de valoração de prova (impedindo que determinados fatos sejam objeto da sentença). ... apostado em determinar as proibições de valoração de prova a partir da reversibilidade de uma irregularidade processual em conexão com a investigação ou introdução de um fato em julgamento. Nos casos em que a sanção é possível, a violação das proibições de prova deve ser afastada. ... à admissibilidade da revista, correntes na jurisprudência, não é claro, Acresce que os argumentos de índole político-criminal mais frequentemente utilizados, com a ponderação à luz do princípio

É com base nos três critérios de análise do cabimento do princípio da proporcionalidade, em cada caso, que minimizaremos as iniquidades.

2.3. REQUISITOS

O Código de Processo Penal, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, faz referência às escutas telefônicas, as quais possuem caráter excepcional, ademais consagra, no âmbito do requisito material das escutas, que: “A interceptação e a gravação de conversações ou

da proporcionalidade, não oferecem a clareza necessária à prática, lançando a maior insegurança sobre o labor da polícia e do Ministério Público”. A descoberta inevitável e a fonte independente, não estão previstas no CPP Português (Cf. o Ac. do TRG 29.03.2004 no Proc. n.º 1680/03-2). “No entanto, em que pese a cadência das palavras do grande magistrado, a proibição de aquisição da prova não é absoluta. Na própria decisão de 1920, obtemperou que isso não significa que as provas obtidas ilegalmente sejam sagradas e inacessíveis; esse raciocínio possibilitou a criação de três doutrinas de atenuação da regra de exclusão. São elas: a “doutrina da atenuação”, a “doutrina da fonte independente” e a “doutrina da descoberta inevitável” ou “doutrina da fonte independente hipotética”. A doutrina da atenuação foi inicialmente formulada pelo juiz associado Frankfurter no caso *Nardone v. United States*, 308 U.S 338 (1939), e, depois, aprofundada pelo Juiz associado Brennan, no julgamento do caso *Wong Sun v. United States*, 371 U.S 471 (1963). Segundo ela, a ilegalidade original de uma prova se transmite a uma outra prova derivada. Essa a essência da “doutrina dos frutos da árvore envenenada”. Contudo, a ilegalidade da prova derivada já está atenuada em relação à anterior. Essa atenuação pode ser tamanha, que já não justifique a exclusão da prova. Finalmente, a “doutrina da descoberta inevitável, ou da fonte independente hipotética” foi criada nos tribunais estaduais e adotada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Nix v. Williams*, 467 U.S 431 (1984). Se a acusação demonstrar que a prova ilegal seria, mais cedo ou mais tarde, legalmente descoberta e colhida, não se a exclui” (RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 123,124). Cf. também, os Ac.º dos casos *Nardone* (Anexo 7, p. 157), *Wong Sun* (Anexo 11, p. 166) e *Nix v. Williams* (Anexo 8, p. 158). Não obstante, “Nos Estados Unidos desenvolveu-se a <<fruit of the poisonous tree doctrine>>, segundo a qual uma proibição de prova se estende aos meios de prova obtidos indiretamente. Também nos parece que essa deve ser a solução no sistema português, pois de outro modo, fazendo entrar por uma porta o que se proíbe por outra, pode frustrar-se absolutamente o fim que com a proibição de prova se pretende alcançar: desincentivar o recurso a meios proibidos de obtenção de prova, violando direitos das pessoas” (MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I - 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, Maio, 2010, pp. 737, 738). A jurisprudência e parte da doutrina portuguesas, não têm sido tão rígidas quanto à invalidade dos efeitos à distância da prova proibida. Invocam-se três exceções: a exceção da “fonte independente”, que aceita as provas que foram ou poderiam ter sido obtidas por via autônoma e lícita; a exceção da “descoberta inevitável”, que determina a aceitação das provas que <<inevitavelmente>> seriam descobertas, mesmo que mais tarde, através de outro tipo de investigação; a exceção da “nódoa (ou mácula) dissipada” que estabelece que uma prova, mesmo que proveniente de prova ilegal, seja aceite sempre que apresente autonomia suficiente para “dissipar a nódoa” - seria o caso da posterior confissão (Ac. n.º 198/04) ou depoimento de testemunhas, desde que livres e esclarecidas. Como nota final, não aceitar o efeito à distância, ainda que com as exceções referidas, “redundaria em não aceitar a nulidade (melhor se diria, a proibição de valoração de prova), constitucionalmente declarada. Seria a sua negação. Nenhum efeito lhe seria reconhecido, nem os valores que tutela, a proteção da vida privada e do domicílio e negar os próprios fundamentos do Estado de Direito. Seria um resultado pleno de *non sense* que a constituição protegesse aqueles valores e cominasse a sua violação com uma nulidade e uma interpretação do ordenamento infraconstitucional e/ou a prática judiciária permitissem a subsequente valoração das provas e ilicitamente obtidas” (SOUSA, João Henriques Gomes de. “Das nulidades à <<fruit of the poisonous tree doctrine>>”. ROA, Ano 66, Setembro 2006, p. 728 e ss.).

comunicações telefônicas 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*".

Caberá ao juiz de instrução, mediante o devido requerimento por parte do Ministério Público, autorizar as interceptações e gravações acima citadas, essencialmente, na presença de crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; ou ainda em casos de crimes que versem sobre o tráfico de estupefacientes; crimes de detenção de arma proibida e de tráfico de armas; no caso de contrabando; injúria, ameaça, coação, *devassa da vida privada* e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; na ocorrência de ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; bem como, na circunstância de evasão em que o arguido já tenha sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores, na literalidade daquele mesmo artigo.

As escutas só podem ser autorizadas desde que a diligência seja considerada indispensável para a busca da verdade de um dos crimes do catálogo ou em circunstâncias que a prova seria, reconhecidamente, impossível ou muito difícil de se obter de outra forma³²³.

Ao tratar do requisito material das escutas telefônicas, o legislador consentiu (incorretamente) que os meios de obtenção da prova prossigam a ser concretizadas, como afirma Costa Andrade³²⁴, sem “a exigência de uma suspeita, substanciada em fatos e qualificada no grau de plausibilidade”.

A amplitude do conceito de suspeito³²⁵ acaba por tornar excessivo o campo formal de aplicabilidade das escutas.

Pondera-se os requisitos das escutas telefônicas como uma concretização dos “limites dos limites”, visto que “a restrição de direitos, liberdades e garantias só padece de inconstitucionalidade se contrariar o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º, impõe-se apreciar se uma interpretação das normas legais citadas no sentido apontado respeita os

³²³JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal. rev., atual. e ampl., 2ª ed., Almedina, Março 2015, p. 290.

³²⁴ ANDRADE, Costa. “Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal. RLJ, ano 137º, n.º 3948, p. 346.

³²⁵*Ob. cit.*, p. 292: “Por suspeito entende-se qualquer pessoa sobre a qual recaiam indícios seguros da prática de um crime grave, do catálogo. Independentemente da sua forma de participação. Deve interpretar-se restritivamente o preceito considerando suspeito apenas aquele sobre quem recaem indícios seguros de que cometeu um dos crimes do catálogo, precisamente pela elevada danosidade que resulta das escutas”.

requisitos estabelecidos pelos “limites dos limites”. Só em caso afirmativo...se poderá aplicar o disposto no n.º 8 do artigo 32.º e, transpondo o seu conteúdo normativo para o procedimento disciplinar, considerar nulas as provas assim obtidas”³²⁶.

Dando seguimento ao raciocínio de Vital Moreira³²⁷, considera-se de acordo com à Constituição Portuguesa “os três casos de utilização extraprocessual de provas constantes de processo penal, incluindo quando decorrentes de escutas telefônicas, nas três hipóteses referidas no art. 86.º, n.º 11 do CPP, a saber: a) Utilização *noutro processo penal* (art. 187.º, n.º 7 do CPP); Utilização para efeitos de efetivação da *responsabilidade civil* emergente de ilícitos penais; c) Utilização para efeitos de instrução de *processo disciplinar de natureza pública...*”.

Por conseguinte, tanto as escutas telefônicas quanto a sua utilização, lembrando que a escuta “se limita à efetivação ainda de responsabilidade penal ou de outras vertentes de responsabilidade emergentes dos fatos”³²⁸.

Em síntese, “tais hipóteses ainda se devem ver compreendidas na autorização constitucional de restrição do direito ao sigilo das comunicações telefônicas, que se retira do n.º 4, do art. 34 da CRP”³²⁹.

2.4. QUEM PODE SER O CENTRO DE INTERESSE DE INTERVENÇÃO?

De acordo com a Lei 48/2007, de 29/08, no artigo 187.º, n.º 4, o centro de interesse pode ser tanto o suspeito, como o arguido; a pessoa que sirva de intermediário³³⁰, e que tenha razões cabais para crer que pode receber ou transmitir mensagens destinadas ou provenientes de um suspeito ou de um arguido. Por derradeiro, preleciona a letra da lei

³²⁶MOREIRA, Vital. “Utilização e Valorização do Resultado das Escutas em Processo Disciplinar Desportivo”. Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto, ano 6, n.º 18, 2009, p. 484.

³²⁷ *Idem*, p. 485.

³²⁸ *Idem*, pp. 485, 486.

³²⁹ *Idem*, p. 486.

³³⁰ Cf. o Ac. do TC n.º 155/2007, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html?impressao=1>: “terá o arguido de se sujeitar a escutas telefônicas desde que, reunidos os pressupostos e requisitos”. Cf. também, o Ac. da RL de 6/12/2007, Proc. 10278/07-9, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4dc6137fc33fb088802573aa005535bb?OpenDocument>: “intermediário, será todo aquele que, pela sua proximidade com o arguido ou suspeito, seja por razões de ordem familiar, ou seja por razões de amizade, ou por quaisquer outras que levem ao contato entre ambos, ainda que ocasional ou forçado, se prefigure como potencial interlocutor”.

que também pode ser o centro de interesse a vítima de um crime, "mediante o respetivo consentimento, efetivo ou presumido".

A preocupação que ronda o dispositivo legal, embasando-se nas lições de Maria de Fátima Mata Mouros, é acerca da proliferação indiscriminada das escutas como meio de prova.

Segundo a autora, o enunciado de que somente os suspeitos, arguidos, seus intermediários ou vítimas poderão ser escutados não freia o problema exposto. A polícia só tem permissão legal para solicitar alguma escuta de pessoas consideradas suspeitas por um certo delito, no entanto, ao Juiz carece a real possibilidade de contrariar a polícia, quando esta, em pleno exercício de sua tarefa investigativa, considerar uma ou outra pessoa suspeita.

Como advertido pela autora, naquilo que concerne à delimitação normativa em caráter subjetivo, apesar dos esforços da nova lei, ainda é flagrante a persistência da indefinição legislativa.

2.5. ESPAÇO DA AÇÃO TÍPICA E LIMITE TEMPORAL DA ESCUTA

O espaço da ação típica manifesta-se no artigo 187.º, n.º 1 do CPP³³¹, o qual lista os crimes relativamente aos quais podem ser realizadas escutas, seguindo o duplo critério, da gravidade³³² do ilícito-típico e o da danosidade social.

Assim, a nova versão substitui "o <<grande interesse>> pelo caráter <<indispensável>> da medida para a descoberta da verdade, e, no que respeita à prova, pelo requisito de que de outra forma seria <<impossível ou muito difícil de obter>>".

³³¹ Cf. a versão anterior do artigo 187.º (Admissibilidade), n.º 1 do CPP dispunha: "A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz, quanto a crimes: a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; b) Relativos ao tráfico de estupefacientes; c) Relativos a armas, engenhos, matérias explosivas e análogas; d) De contrabando; ou e) De injúria, de ameaça, de coação, de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego, quando cometidos através do telefone; se houver razões para crer que a diligência se revelará de *grande interesse* para a descoberta da verdade ou para a prova", disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=lei_velhas&nversao=17&so_miolo

³³² JESUS, Francisco Marcolino de, p. 294: Lei alemã: "Não basta a gravidade abstrata, expressa na pertinência ao catálogo. Exige-se, para além disso, um juízo concreto de gravidade (traduzida, por exemplo, no alarme social provocado, no dano concretamente causado à vítima, nas demais circunstâncias do caso, etc.)".

Expõe, neste sentido, que "... na prática, continuará a confundir-se a previsão legal do catálogo de crimes que admitem prova por via de interceptações telefônicas com a legalidade das mesmas". Ainda em suas palavras: "A primeira alteração expressa com maior veemência a sujeição da medida ao princípio da proporcionalidade. A segunda, o princípio da subsidiariedade"³³³.

Limitando a aplicabilidade das escutas aos crimes do catálogo o legislador acatou o princípio da proporcionalidade, assegurado na CRP, artigo 18.º (Força jurídica), n.º 2.

No que diz respeito ao limite temporal da escuta, consigna o artigo 187.º, n.º 6 do CPP que uma interceptação ou a gravação serão autorizadas pelo prazo máximo de três meses, passível de renovação por períodos respeitantes ao mesmo limite, desde que restem observados todos os respetivos requisitos de admissibilidade.

2.6. O PRINCÍPIO DA RESERVA JUDICIAL

O item 25) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei 43/86, de 26/09 ("Regulamentação rigorosa da admissibilidade de gravações, interceptação de correspondência e escutas telefônicas, mediante a salvaguarda de autorização judicial prévia e a enumeração restritiva dos casos de admissibilidade, limitados quanto aos fundamentos e condições, não podendo em qualquer caso abranger os defensores, exceto se tiverem participação na atividade criminosa"), os artigos 269.º ("atos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução"), n.º 1, alínea e) do CPP ("Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º") e 187.º e 189.º respeitam o princípio da reserva judicial.

Nesta premissa, "Tudo está nas mãos de um Juiz que, não podendo dar cumprimento ao mandamento *audiatur et altera pars*, acaba - pelo menos tem sistematicamente acabado - por decidir em consonância com os *inputs* do Ministério Público"³³⁴.

Violado o princípio da jurisdicionalidade o ato será nulo, conforme artigo 126.º, n.º 3 do Código de Processo Penal.

³³³MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas Telefônicas – O que não muda com a reforma. Galileu, Revista de Economia e Direito, vol. III, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, pp. 306, 307.

³³⁴ANDRADE, Costa. "Bruscamente no Verão Passado" a Reforma do Código de Processo Penal. RLJ, ano 137.º - 228.

Mesmo não estando a escuta ferida de nulidade *ab initio*, mostra-se essencial a sua fiscalização judicial a jusante, onde “o controle efetivo e contínuo torna-se necessário, tendo em linha de conta que o Juiz de instrução criminal também poderá (e deverá!) fazer cessar as escutas telefônicas se se convencer da sua ineficácia no referido processo onde foram decretadas ou autorizadas. Cabe ao Juiz de instrução verificar, dinamicamente, e desde o momento inicial da autorização, o cumprimento do âmbito, duração e limites impostos ao ato de ingerência no segredo ou inviolabilidade das comunicações eletrônicas privadas”³³⁵.

2.7. ESPECIFICIDADES LEGAIS NA REALIZAÇÃO DAS ESCUTAS

Em que pesem os impedimentos ou restrições das escutas, a partir do artigo 187.º, n.º 5 do CPP, concernem que: “A razão de ser da referida proibição legal de intercetação de conversas telefônicas entre o arguido e o seu defensor não se limita à salvaguarda do segredo profissional que impende sobre os advogados. ... Ela encontra-se na necessidade que há de preservar os direitos da defesa, impedindo a sua devassa com a divulgação prematura do seu conteúdo aos investigadores”³³⁶.

Assim, ao defensor e ao advogado serão consentidas escutas diante de comprovada suspeita da prática de algum dos crimes elencados na lei, sendo vedadas quaisquer situações de mero "favorecimento pessoal, receptação ou auxílio material"³³⁷.

A doutrina diverge, não sendo unânime no que diz respeito ao regime do segredo, constante no artigo 187.º, n.º 3 do CPP, discordando também quanto às conversações com familiares e sucedâneos.

Os titulares de cargos políticos (artigo 11.º, alínea b); 187.º a 190.º do CPP)³³⁸ não gozam de privilégio ou proteção quanto às intercepções e gravações de conversas telefônicas ou comunicações.

³³⁵VEIGA, Armando, RODRIGUES, Benjamim Silva, p. 298.

³³⁶MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Sob escuta. Editora Princípio, 2003, p. 83.

³³⁷Cf. Das escutas telefônicas. I Congresso de Processo Penal, Memórias coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, p. 221.

³³⁸JESUS, Francisco Marcolino de, p. 350: “O art. 190.º, anterior 18.9º, foi alterado pela exclusão do vocábulo “todos”. O legislador quer dizer de forma expressa que nem todos os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade insanável”.

2.8. DO PROTOCOLO DA ESCUTA E ELIMINAÇÃO TOTAL DOS SUPORTES TÉCNICOS

Os artigos 188.º e seguintes do CPP³³⁹ tratam do “Protocolo da escuta”, ou seja, das formalidades das operações.

Após o trânsito em julgado, os suportes técnicos relevantes ao processo e que este o instruíram são guardados em envelope lacrado, junto ao próprio processo e somente por meio de interposição de recurso extraordinário é que poderão voltar a serem utilizados, nos termos do artigo 188.º, n.º 1 do CPP.

Apenas podem tornar-se elementos de destruição quando transcorrido o tempo determinado para interposição de recurso extraordinário.

³³⁹ Cf. 1- O órgão de polícia criminal que efetuar a interceptação e a gravação a que se refere o artigo anterior lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respetivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade. 2- O disposto no número anterior não impede que o órgão de polícia criminal que proceder à investigação tome previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada a fim de poder praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova. 3- O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira interceptação efetuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respetivos autos e relatórios. 4- O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas. 5- Para se inteirar do conteúdo das conversações ou comunicações, o juiz é coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal e nomeia, se necessário, intérprete. 6- Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: a) Que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior; b) Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou c) cuja divulgação possa afetar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento. 7- Durante o inquérito, o juiz determina, a requerimento do Ministério Público, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações indispensáveis para fundamentar a aplicação de medidas de coação ou de garantia patrimonial, à exceção do termo de identidade e residência. 8- A partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respectivamente. 9- Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que: a) O Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efetuado a interceptação e a gravação e indicar como meio de prova na acusação; b) O arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou c) O assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito. 10- O tribunal pode proceder à audição das gravações para determinar a correção das transcrições já efetuadas ou a junção aos autos de novas transcrições, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 11- As pessoas cujas conversações ou comunicações tiverem sido escutadas e transcritas podem examinar os respetivos suportes técnicos até ao encerramento da audiência de julgamento. 12- Os suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo. 13- Cf. após o trânsito em julgado previsto no número anterior, os suportes técnicos que não forem destruídos são guardados em envelope lacrado, junto ao processo, e só podem ser utilizados em caso de interposição de recurso extraordinário.

Todavia, “a destruição de suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, ao abrigo do disposto no artigo 188.º, n.º 6, alínea a) do CPP, tem por base a proteção do direito ao sigilo das telecomunicações (n.º 4 do artigo 34.º da CRP) e da reserva de intimidade da vida privada (n.º 1 do artigo 26.º da CRP) de terceiros, em relação aos quais a lei de processo criminal não autoriza a interceptação e a gravação de conversações”³⁴⁰.

2.9. “EXTENSÃO” DAS ESCUTAS

Encontra-se preceituada no artigo 189.º, n.ºs 1 e 2 do CPP: “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 interceptação das comunicações entre presentes. 2 - A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo”.

Armando Veiga e Benjamim Rodrigues³⁴¹ discordam do legislador processual penal e da sua opção no artigo 189.º (extensão), antes pugnando pela criação de uma figura diversa, adaptada às formas modernas e virtuais de comunicação.

Contudo, em resultado da ausência de pressupostos e da transgressão das formalidades, “meras prescrições ordenativas de produção da prova”, o abuso “não poderia acarretar a proibição de valorar como prova ..., mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor”³⁴².

³⁴⁰ Cf. o Ac. do TC n.º 293/08 no Proc. n.º 304/08, tendo como Relator o Juiz Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080293.html>

³⁴¹ JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal. rev., atual. e ampl., 2ª ed., Almedina, 2015, p. 328.

³⁴² Cf. Dias, Figueiredo *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra Editora, 2013, p. 84.

2.10. PROIBIÇÃO DE PROVA E/OU NULIDADE?

O artigo 190.º do Código de Processo Penal consigna que a preterição das formalidades estatuídas nos artigos anteriores (187.º, Admissibilidade; 188.º, Formalidades das operações; 189.º, Extensão) determina a nulidade das escutas³⁴³.

Segundo Maia Gonçalves³⁴⁴, “Salvo o caso de falta de ordem ou autorização judicial, em que a nulidade é insanável, tratar-se-á de nulidade sanável”. Diferente ofereceu-se a visão de Germano Marques da Silva³⁴⁵, como sendo “proibição de prova”³⁴⁶.

A violação do disposto nos artigos referidos do CPP conduz à nulidade da escuta telefônica e à proibição de prova, imposta pelo artigo 32.º (Garantias de processo criminal), n.º 8 - consagra o Princípio das proibições de prova - da CRP: “São *nulas* todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio na correspondência ou nas telecomunicações” e imposta pelos artigos 126.º (Métodos proibidos de prova), n.º 3 e 118.º (Princípio da legalidade), n.º 3 do CPP: “As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”.

Nesta matéria, a conversação telefônica é despida de algumas inibições próprias da conversação entre pessoas que se olham; além do direito à intimidade da vida privada, quer-se proteger o direito da pessoa de “decidir quem pode gravar a sua voz, e uma vez registrada num gravador, se é perante que a sua voz pode ser de novo ouvida”³⁴⁷.

³⁴³ Cf. nulidade das escutas, caso “Prado Bugallo” - Acórdão de 18/03/2003 - contra a Espanha 25/9/91 (evitar os abusos a que podem conduzir as escutas telefônicas), TEDH 2003\6 - *Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4ª), de 18 Febrero 2003, Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos, Demanda núm. 58496/2000*, disponível em (Anexo 9, p. 161):

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427044058?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecisi%C3%B3n+Prado+Bugallo.pdf&blobheadervalue2=Docs TEDH>

³⁴⁴ Cf. Código do Processo Penal Anotado, *cit.*, 17ª edição, p. 473.

³⁴⁵ Cf. Curso de Processo Penal. volume II, 2ª edição, 1989, p. 226.

³⁴⁶ Cf. artigo 126.º: 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular. 4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”.

³⁴⁷ Cf. Faria Costa e Costa Andrade citados por GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João. Crime. Medidas de Coação e Prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador. Coimbra, 2015, p. 345. Ver também, COSTA, José de Faria. «Um olhar cruzado entre a constituição e o processo penal», in: A Justiça nos Dois Lados do Atlântico II – O Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois Sistemas Jurídicos em Busca da Justiça. Em colaboração com a PGR, Edição: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, p. 187-197.

Apesar disso, quanto ao Princípio das proibições de prova: o Acórdão n.º 607/03 diz que “quando a Constituição prescreve, no artigo 32.º (Garantias de processo criminal), n.º 8, concretizando, neste plano, o valor da dignidade humana assumido como Princípio estruturante no seu artigo 1.º, que <<são nulas>> todas as provas obtidas <<mediante abusiva intromissão na vida privada>>, está a prever não só a imposição de condicionamentos formais ao acesso aos meios de prova que representam uma intromissão na vida privada, como, também, a existência de restrições a valoração de provas, que devem aferir-se, conforme o exposto, pelas exigências do Princípio da proporcionalidade, sempre ressalvando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana”³⁴⁸.

Por aplicação desse critério decidiu-se, no mesmo aresto, pela inadmissibilidade da valoração do conteúdo de “diários” apreendidos ao arguido, para o efeito da avaliação da existência dos fatos que constituem os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, na ausência de uma ponderação, efetuada à luz dos princípios da necessidade, da proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses “diários”.

A proibição de obtenção de provas no processo criminal por meios vedados resulta diretamente dos referidos preceitos constitucionais e das leis que os explicitam e a sua violação constitui crime.

O que há de novo no n.º 8 do artigo 32.º da Constituição Portuguesa “Não é proibição do uso de meios proibidos na obtenção dos elementos de prova, mas essencialmente utilização das provas obtidas por tais meios. Essas provas é que são nulas, nulidade que deve ser considerada em sentido forte, ou seja, como proibição absoluta de sua utilização no processo; seria intolerável que para realizar a justiça no caso fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados por Constituição e incriminados por lei”.

Entretanto, a pré-disposição das escutas telefônicas manifesta-se na investigação, inclusive na precaução de crimes que se conjectura a serem praticados. “...ou seja, o inverso das limitações que decorrem da nossa Lei Fundamental e do regime estabelecido no CPP”. Assim, para realizar uma busca via telemóvel a polícia necessariamente prossegue o

³⁴⁸MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, Maio, 2010, pp. 736, 737.

pedido ao Juiz a execução de uma escuta, cujo pedido, a lei exprime, atualmente, a ideia de “isenção”. Ainda que, por meio de alta tecnologia, a lei deverá concretizá-la³⁴⁹.

Reporta-se às escutas telefônicas como uma situação específica de *restrição* do direito à intimidade da vida privada, no seguinte sentido, como salienta Paulo Mota Pinto³⁵⁰: “Em Portugal, o processo penal é, sob pena de nulidade, público a partir da decisão de instrução (art. 86.º, n.º 1 do CPP). Mas a reserva da vida privada é igualmente protegida pelo segredo da instrução ou pelo segredo de justiça”.

Deste modo, nos ensinamentos do autor, “o direito à proteção da vida privada pode impor *restrições* à publicidade de elementos do processo”; assim sendo, do art. 86.º, n.º 3 do CPP, resulta “para os dados respeitantes à vida privada e que não constituam meios de prova”, com isso, “A autoridade judiciária deve neste caso especificar os elementos em relação aos quais se mantém o segredo de justiça”.

Contudo, segundo o autor supracitado, a tutela da intimidade da vida privada numa visão processual penal, “deu origem a vários Acórdãos do Tribunal Constitucional, (assim, os Acórdãos n.ºs 7/87, 452/89, e 507/94), relacionados em particular, com o regime das buscas domiciliárias e a escuta de comunicações”.

Em suma, noutra percepção, em que pese as escutas como uma situação *sui generis* de *restrição* “ao direito à reserva da intimidade da vida privada e, em especial, ao direito à palavra falada, razão por que o n.º 4 do artigo 34.º da CRP preceitua um princípio de proibição da ingerência das autoridades públicas nas comunicações pessoais – ingerência essa que se verifica no momento da interceptação das comunicações e que, sendo agora indelével, se repercute aquando da divulgação do seu conteúdo”³⁵¹.

E por fim, sem exaurir o entendimento, João Henrique Gomes de Sousa³⁵² citando o *Justice Clark* no caso *Mapp v. Ohio* (1961)³⁵³ refere que “não existe guerra entre a Constituição e o bom senso”.

³⁴⁹MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas Telefônicas – O que não muda com a reforma. Galileu, Revista de Economia e Direito, vol. III, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, pp. 308-310.

³⁵⁰PINTO, Paulo Mota. A Proteção da Vida Privada e a Constituição, BFD 76, Coimbra, 2000, pp. 175, 176.

³⁵¹MOREIRA, Vital. “Utilização e Valorização do Resultado das Escutas em Processo Disciplinar Desportivo”. Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto, ano 6, n.º 18, 2009, p. 499.

³⁵² Disponível em:

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=50879&ida=50905

³⁵³ Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/367/643>

5. CONCLUSÃO

O legislador português, prosseguindo um costume temporal, positivo, prevê na norma do artigo 17.º da Constituição da República Portuguesa o Regime dos direitos, liberdades e garantias, o qual, “aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

Nesta sequência, nos termos do artigo 18.º, n.ºs 1, 2 e 3 da Constituição Portuguesa, estes tratam da Força jurídica em que os “preceitos constitucionais”, desde que respeitados o disposto na norma antecedente, “são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, cuja lei somente restringirá o preceituado no artigo 17.º nos casos explicitados na Constituição, “devendo as restrições limitar-se ao necessário” para assegurar os demais “direitos ou interesses”, e tendo tais que “revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito” *ex tunc*, só *ex nunc*, “nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Continuando, o legislador é ímpar na solução consagrada no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, no qual reconhece, entre outros direitos pessoais, ... o direito à reserva da intimidade da vida privada.

De acordo com o Acórdão 355/1997 do Tribunal Constitucional o direito à reserva da intimidade da vida privada, as mais das vezes, verte-se no “direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular”.

O direito à intimidade, na maioria das situações é acolhido na doutrina, como indicado por Lucrecio Rebollo Delgado, como “o direito que toda a pessoa tem a que permaneçam desconhecidos determinados aspectos da sua vida, assim com a controlar o conhecimento que terceiros tenham dela”.

Este direito, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira “analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações a que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem ...”.

Em consonância com o Acórdão 213/2008 do Tribunal Constitucional, na assertiva visão dos autores Rita Amaral Cabral, Paulo Mota Pinto, Gomes Canotilho e Vital Moreira, Pedro Pais de Vasconcelos e Rabindranath Capelo de Sousa “a esfera da

intimidade da vida privada possui fronteiras pouco nítidas” porque “a Constituição e a lei ordinária não estabelecem expressamente o conteúdo e alcance” a este direito.

Por conseguinte, o direito à reserva da intimidade da vida privada é caracterizado na doutrina como “obscuro e sem um verdadeiro conteúdo preciso, revelando-se, por vezes, tarefa difícil decidir aquilo que pertence à vida pública ou à vida privada de uma pessoa”.

A escuta telefônica é um meio de obtenção de prova, ao qual a investigação criminal recorre com inusitada frequência, passível de colocar em xeque-mate o direito analisado.

O recurso a este, repita-se, meio de obtenção de prova - que não meio de prova, logo não diretamente passível de determinar a prova ou não prova de um fato acusatório - sem o devido controle judicial, poderá contender com regras, normas e princípios jurídico-constitucionais, nomeadamente o disposto nos artigos 8.º, 13.º, 15.º a 18.º, 25.º, 26.º, 30.º, 32.º, 34.º e 36.º a 38.º.

A violação das regras plasmadas nos artigos 187.º a 189.º do Código do Processo Penal importa a nulidade das escutas, artigo 190.º.

Os suportes técnicos têm que ser destruídos, nos termos do disposto no artigo 187.º, n.ºs 6 e 13 do Código do Processo Penal.

Conforme disposto no Acórdão 70/2008 do Tribunal Constitucional, “tendo em conta o sentido jurídico-constitucional do princípio acusatório e a possibilidade de colisão entre o interesse processual em manter intactas as provas coligidas através de intercepção e gravação de comunicações e o correspondente risco de devassa da reserva de intimidade da vida privada, cabe na liberdade de conformação legislativa adotar um critério mais ou menos restritivo no que se refere ao momento em que, no decurso do processo penal, deverá efetuar-se a destruição dos elementos de prova considerados irrelevantes”.

É nesta colisão que necessitamos focar os “valores” sociais; sem embargo de ponderarmos, aprimorando, o Regime dos direitos, liberdades e garantias à reserva da intimidade da vida privada, por si só, e também quanto ao problema do enquadramento jurídico-constitucional das escutas telefônicas em processo penal.

Quanto a esta questão, podemos afirmar que o regime processual da realização das escutas telefônicas não contende com a Constituição da República Portuguesa, sem

embargo da violação daquele poder importar uma lesão quando violado o Regime de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente garantido.

Como assinalado por Vital Moreira “As más leis nem sempre podem ser desculpa para as más práticas judiciais”.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José Nunes. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, Lisboa, AAFDL, 1990.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4ª ed. atual., Editora: Universidade Católica, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa. II, Coimbra, 2006, pp. 492 e ss.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal. Coimbra Editora, 2009.

_____. Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra Editora, 1992/2006.

_____. Das escutas telefônicas. I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, 2005.

_____. Comentário Conimbricense do Código Penal, Direção do Prof. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999/2007, Tomo I, em anotação ao artigo 199º.

_____. Liberdade de Imprensa e inviolabilidade Pessoal.; *idem*, sub art. 199.º, in: Comentário Conimbricense ao Código Penal, dirig. DIAS, Figueiredo, I, Coimbra, 1999.

_____. <<Métodos ocultos de investigação (*Plädoyer* para uma teoria geral)>>, in: Que Futuro para o Direito Processual Penal?. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Paulo Bonavides Pais de. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª edição.

_____. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra, 5.ª ed., Edições Almedina, 1983/2012.

ANTUNES, Maria João. A Constituição e os Princípios penais. Relatório Português, XIII Conferência Trilateral Itália | Espanha| Portugal, *Madrid*, 13 a 15 de outubro de 2011.

ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Almedina, 2016.

ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 10. ed. Editora Malheiros, 2015.

BALAGUER, Francisco Callejón. *Manual de Derecho Constitucional*. vol. II, 3.^a ed., *Tecnos, Madrid*, 2008; *apud* SILVA, Suzana Tavares da. Direitos Fundamentais na Arena Global. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

BARRETO, Ireneu Cabral. Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada. 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

BATISTA, Eduardo Correia. Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 224, 225.

BOLIEIRO, Helena. <<As Declarações do Arguido nas Fases Preliminares do Processo Penal: O Direito ao Silêncio Deste e os Pressupostos e Limites dos Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal>>, in: A Justiça nos Dois Lados do Atlântico II – O Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois Sistemas Jurídicos em Busca da Justiça. Em colaboração com a PGR, Edição: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998.

Brasil. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BROOKS, Richard O.; MURPHY, James Bernard. *Aristotle and Modern Law-Philosophers and Law. Aristotle's Theory of Political Rights/Fred D. Miller*, 01.2003.

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. pp. 35 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 1.º vol., Coimbra, 1984.

_____. Constituição da República Portuguesa Anotada. vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

_____. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.^a ed., rev., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

_____. Constituição da República Portuguesa Anotada. vol. I, artigos 1º a 107º, 4.^a ed., rev. Reimpressão, Coimbra Editora, 2007.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991.
- _____. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, 1998.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.^a Edição, Almedina, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAVERO, José Martínez de Pisón. *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Civitas, Madrid, 1993.
- CERVI, Luiz Mauro. *Provas (I) lícitas e a Intercetação Telefônica no Direito Brasileiro*. Canoas: ULBRA, 2003.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. 2006.
- COLLIARD, Claudete-Albert. *Libertés publiques*, 6.^a ed., Paris, 1982.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1984, II.
- COSTA, José de Faria. «Um olhar cruzado entre a constituição e o processo penal», in: *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico II – O Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois Sistemas Jurídicos em Busca da Justiça*. Em colaboração com a PGR, Edição: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998.
- CUNHA, José Manuel Damião da. “A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de escutas telefônicas”, in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, Jan./Mar. de 2004.
- _____. “Acórdãos n.ºs 426/05 e 4/06 (de novo, as escutas)”, in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, Out./Dez. de 2005.
- CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Coleção “Doutrina”, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961 (tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro).
- DELGADO, Lucrécio Rebollo. *El Derecho Fundamental a La Intimidad*. Dykinson. S.L. - Libros Dykinson, Madrid, 2000.
- DUBY, Georges e ARIÈS, Philippe. *História da Vida Privada*. Vol. I, 2.^a ed., Edições Afrontamento, Porto, 1989.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a ed., rev. e atual., Editora Forense, 2015.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalheite. 34 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FROSINI, Vittorio. *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1983.

GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal. Rio de Janeiro. Editora *Lumen Juris*, 2008.

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João. Crime. Medidas de Coação e Prova. O agente infiltrado, encoberto e provocador. Almedina, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os Direitos Fundamentais Atípicos. Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaio de Teoria Constitucional. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2.ª ed., Editorial *Colex*, Madrid, 1994.

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. Böhlau; Auflage: 2., veränd. u. erw. Aufl., 1967.

JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal. rev., atual. e ampl., 2ª ed., Almedina, Março 2015.

KAYSER, Pierre. *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civil*. *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt: Companhia das letras. São Paulo, Cia. das Letras, 1988.

LAPUERTA, Maria Vicenta Oliveros. *Estudio sobre la ley de Protección Civil, del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia imagen*, Madrid, 1980.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, V.1., 2008.

_____. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 2ª. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, V.2., 2010.

LOUREIRO, João. O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações), Coimbra, vol. I., 1996.

A Instrumentalidade Garantista do processo penal. Artigo. www.juspodivm.com.br, acessado dia 08.09.2010 às 23:04.

MACHADO, Jónatas E. M.. Direito da União Europeia. 1.^a ed., Coimbra Editora, Outubro 2010.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Mário Reis, “A dignidade humana como *prius* axiomático”, in: M. Costa Andrade *et al.* (Org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, IV, 2009, pp. 541-566.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Sob escuta. Editor: Principia, 2003.

MATONI, Luis Farinas. *El derecho a la intimidad*. Madrid, 1983.

MAUNZ/DÜRIG *et al.*, *Gundgesetz Kommentar*, 2009, Abs. 1, Art. 2, RD 193 *apud* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____ *et al.*, *Gundgesetz Kommentar*, 2009, Abs. 1, Art. 2, RD 193 *apud* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas Ilícitas: limites à licitude probatória. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *La Configuración Constitucional del Derecho a La Intimidad*. Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

MILLER, Arthur R.. *The assault on privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers*. Ann Arbor: Univ. of Michigan Press, 1971.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro de 2006/2010.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV: Direitos fundamentais, 3.^a ed., Coimbra, 2000.

MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra Editora, 1.^a ed., Outubro 2014.

MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal, I, 2011.

- NETO, Abílio. Código Civil Anotado. 18ª ed. rev. e atual., Janeiro de 2013.
- NEVES, Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. Coimbra, Universidade, 1968.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra, 2004.
- _____. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra, 2010.
- _____. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático. 1ª ed., Coimbra, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.
- ORLANDO Carvalho. Os direitos do Homem no direito civil português. Coimbra, 1973.
- PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Estudos Variados Direito Comunitário, vol. II, Coimbra, Coimbra Ed., 2001.
- PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. *ROA*, 54.º, 1994, pp. 141 - 143, *apud* NETO, Abílio. Código Civil Anotado. 18ª Ed. rev. e atual., Janeiro de 2013, p. 76.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- PIVA, Otávio. Direito Constitucional. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Sapiens, 2010.
- PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- Ruth Gavison. *Privacy and the limits of Law, Philosophical Dimensions of Privacy*. p. 346, citado por José Martínez de Pisón Cervero, *El Derecho a la Intimidad en la jurisprudencia Constitucional, Civitas, Madrid*, 1993.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n.º 70031958978, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 12 de Novembro de 2009.

ROUX, André. *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers. Economica, Paris, 1983.*

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Severino Augusto dos. *Responsabilidade Civil: responsabilidade aquiliana, uma visão histórica – comparativa.* *Ars Iudicandi*, Vol. III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre, 2001.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, intercetação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal.* vol. II, 4.^a ed., Editora: Verbo, 2011.

SILVA, Jorge Pereira da. *Direitos de cidadania.* pp 79 e ss.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 17^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Maria Magalhães; Alves, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política.* Edição Rei dos Livros, Porto, 2011.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global.* Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais na Arena Global.* Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 168; *apud* HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Libertad y seguridad em la estela de los atentados terroristas, Teoria y Realidad Constitucional*, n.^{os} 12/13, 2003/2004.

_____. *Direitos Fundamentais na Arena Global.* 2.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Outubro de 2014.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal.* Editora Renovar, 2008.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *Lições de Direito das Sucessões, I,* 2012.

_____. *O Direito Geral de Personalidade,* Coimbra Editora, 1995.

- _____. O Direito Geral de Personalidade. 1ª ed., Coimbra, 2011.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Livraria do Advogado editora, Porto Alegre/RS, 2001.
- TOVO, Paulo. Direito Penal e Processo Penal. Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Tovo/José Henrique Pierangeli coordenador científico; Solange Silveira coordenadora; Tupinambá Pinto de Azevedo et. Al. – Porto Alegre: Sapiens, 2010.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação do Ministério Público Improvida. Apelação defensiva provida. Apelação Crime n.º 70015762636, Sexta Câmara criminal, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 05 de Outubro de 2006.
- VALLEJO, Antônio Orti. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la Persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de dados personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Editorial Comares, Granada, 1994.
- VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. Proibições de Prova e Constituição. Estudos Jurídicos Luso – Brasileiro. João Pessoa: UNIPÊ, 2006.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Almedina, ed. 2006.
- VAZ, Manuel Afonso. Teoria da Constituição: O que é a Constituição, Hoje?. Coimbra Editora, 1ª ed., Setembro 2012.
- VEIGA, Armando/RODRIGUES, Benjamim Silva, Escutas telefônicas, rumo à monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais digitais, Coimbra Editora, 2ª edição revista e ampliada, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, Coleção Direito Civil, v. 1, 2008.
- WACKS, Raymond. *The protection of Privacy*. 1980.

REVISTAS/ARTIGOS/SEPARATAS

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção), de 22 de Janeiro de 1981, in: Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 114º (3691).

ALPA, Guido. *Privacy e statuto dell'informazione*, in: *Rivista di Diritto Civile*, Ano XXV, n.º I, Padova, 1979.

_____. *Privacy e statuto dell'informazione (Il Privacy Act, 1974 e la Loi relative l'informatique, aux fichiers et aux libertés n.º 78.17 del 1978) Banche Dati Telematica e Diritti della Persona*, Cedam, Pádua, 1984.

ANDRADE, Manuel da Costa. Autor do anteprojeto “Esboço de um anteprojeto de código das pessoas e da família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio”, in: Boletim do *BMJ*, n.º 102, 1961.

_____. Liberdade de Imprensa e inviolabilidade Pessoal. p. 125; *idem*, sub art. 199.º, in: Comentário Conimbricense ao Código Penal, dirig. DIAS, Figueiredo, Tomo I, Coimbra, 1999, p. 821.

_____. O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefônicas. *RLJ*, Ano 142.º, n.º 3981, Coimbra Editora, Julho – Agosto 2013, pp. 352 – 377.

ANTUNES, Maria João. A Constituição e os Princípios penais. Relatório Português, XIII Conferência Trilateral Itália | Espanha| Portugal, *Madrid*, 13 a 15 de Outubro de 2011.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. ampl. e atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRANDEIS, Louis. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. *BFD*, 69, 1993.

CABRAL, Rita Amaral. O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil). Separata do Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1988/89.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto alla vita privata*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano V, Guiffrè Editore, Milão, 1955.

CORREIA, Fernando Alves. Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efetiva. BFD 79, Coimbra, 2003.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais. Separata do BMJ n.º 396, Lisboa, 1990.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade. 4.ª ed., rev., atual.: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

DRAY, Guilherme Machado. Justa causa e esfera privada, in: Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, II, Coimbra, 2001, pp. 35 ss.

FELCHER, Peter L.; RUBIN, Edward L.. *Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media*, in: *Yale Law Journal*, n.º 88, *Yale L.J.* 1577, *New Haven*, 1600 (1979).

GARCIA, A., MOLINA, Pablos de. *La protección Penal del honor et de la intimidad...*, in: *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Madrid, Edrosa apud Acórdão 128/92 do TC, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Brasil: Aequitas, ano 2, fase 3, Jul. /Set. 1992.

HAUSEN, André Thomas. *Basic Rights, Liberties and their protection under the new portuguese constitution of 1976*, in: *Human Rights Law Journal*, vol. I, 1980.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT, ano 3, 2006.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Escutas Telefônicas - O que Não Muda com a Reforma. Galileu: Revista de Economia e Direito, vol. XII, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008.

MESSITE, Peter J. O Poder Judiciário Norte-Americano em Face das Provas Ilegalmente Obtidas. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo, IBCCRIM, ano III, n.º. 30, 2000.

MIRANDA, Jorge. Processo Penal e Direito à Palavra. Separata do Vol. XI, Tomo 2, da Revista “Direito e Justiça” — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. O Direito de Impugnação Judicial de Atos Administrativos na Constituição de 1976 e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. ISSN 1645-9938, n.º 6, 2005.

_____. A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português: Algumas Questões. BFD. ISSN 0303-9773, vol. 80, 2004.

MONTEIRO, Pinto. A proteção do consumidor de serviços de telecomunicações, in: As telecomunicações e o direito na sociedade da informação, FDUC, 1999.

MORÃO, Helena. O Efeito à Distância das Proibições de Prova no direito. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra, ano 16, n.º. 4, 2006.

MOREIRA, Teresa A. Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador”, in: BFDUC, 2004, p. 497.

MOREIRA, Vital. Artigo: Utilização e Valorização do Resultado das Escutas em Processo Disciplinar Desportivo. Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto. ISSN 1645 – 8206, ano 6, n.º 18, 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: ed. RT, 2008.

NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional, Coimbra, sep. BFDUC LXV, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Provas no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O’CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa. 2.º Congresso de Investigação Criminal. ASFIC – PJ E IDPCC – FDUL, Edições Almedina, Outubro 2010.

PATRONO, Paolo. *Privacy e vita privata*. *Enciclopedia del Diritto*. vol. XXXV, Giuffrè Editore, Milão, 1971.

PATTO, Pedro Vaz. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias, Lisboa, FDL, 1988.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, in: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Estudos Variados Direito Comunitário, vol. II, Coimbra, Coimbra Ed., 2001.

_____. A Proteção da Vida Privada e a Constituição, Separata do BFD, Coimbra, vol. 76, 2000.

_____. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, Separata do BFD, Coimbra, ISSN 0303 – 9773, vol. 69, 1993.

_____. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Portugal-Brasil, 2000, obra coletiva, Coimbra, 1999.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada, in: rev. da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, 1994.

PROSSER, William L.. *Privacy, A legal analysis. California Law Review, n.º 48, Cal. L. Rev.. 383, Berkley, 1960.*

RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. Prefácio Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Rui Moura. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português, in: Documentação e direito comparado, Coimbra, 1982.

_____. Do Direito Português da Nacionalidade. Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1984.

RIGAUX, François. *L'élaboration d'un Right of Privacy par la Jurisprudence Américaine. Revue Internationale de Droit Comparé, ano 32, n.º 4, 1980.*

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. A Constituição e os Direitos de Personalidade in Estudos sobre a Constituição, 2.º vol., Lisboa, 1978.

STRECK, Lênio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição de Excesso (*Übermabverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermabverbot*) ou de como não há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais. Coimbra, BFD 80, 2004.

TONINI, Paolo. A Prova no Processo Penal Italiano. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, Antunes, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 122.º *apud* Acórdão 128/92 do TC, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>

VEIGA, Paula. Alguns Dilemas da Emancipação da Cidadania na Era Cosmopolita. BFD 101, Coimbra, 2013.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. *The right to privacy, The implicit made explicit -Harvard Law Review-*, n.º 4, Cambridge, 1890. Disponível em:

<https://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/washingtonlawreview.pdf>

JURISPRUDÊNCIA

www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora 22/04/2014 – Processo n.º 1345/13.5TAPTM-A.EL (comunicações eletrônicas, segredo de telecomunicações, difamação, obtenção de prova)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 17/12/1997 – Processo n.º 9711040 (meios de prova, proibição de prova, gravação de prova, telecomunicações)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 5/25/2005 – Processo n.º 0542302 (escutas telefônicas)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 18/06/2014 – Processo n.º 35/08.5 (escutas telefônicas, proibição de valorção, conhecimento oficioso, conhecimento da investigação, conhecimento fortuito, crimes do catálogo, arquivamento do processo quanto aos crimes do catálogo)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Lisboa 12/06/2007 – Processo n.º 10278/07-9 (escutas telefônicas)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Lisboa 28/05/2009 – Processo n.º 10210/2008-9 (meios de prova, proibição de prova, videovigilância, gravação ilícita)
- Diário da Assembleia da República, de 29 de abril de 1981, II série, n.º 58, pp. 2.362 e ss. e por igual a de 19 de Maio de 1982, II série, n.º 92.
- Diário da República, II Série, n.º 73, de 28 de Março de 1985.
- Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/X, Projeto de lei n.º II/X, Proteção da Intimidade da vida privada, in: Diário das Sessões, n.º 214, de 24 de Janeiro de 1973.
- Parecer da Procuradoria Geral da República – M.J. – PGR 00000452/ 4/09/1992 (escutas telefônicas)
- Proposta de resolução n.º 13/III, in: Diário da Assembleia da República, de II de Maio de 1984, II série, n.º 177.

DISPONÍVEL EM:

- <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1fe56bb192011f2780257de10056f5d0?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e88710324cfd77d580257b95003cc3c8?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/926f6fea6511bf6e80256ee0003afd32?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/0/bb030501bc7bb7628025682d00648687?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/0/bb030501bc7bb7628025682d00648687?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/b4d94006fc912b958025661700420cb1?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4dc6137fc33fb088802573aa005535bb?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/0/bb030501bc7bb7628025682d00648687?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/3803e4af91e008d88025661700422678?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/032dd38efc488ed28025661700425195?OpenDocument>

www.tribunalconstitucional.pt

- TC – Acórdão 4/2006 (acompanhamento judicial das escutas telefónicas)
- TC – Acórdão 6/84 no Processo n.º 42/83
- TC – Acórdão 6/2006 (escutas telefónicas)
- TC – Acórdão 70/2008 (sem que ao arguido seja dado conhecimento do conteúdo dos autos a destruir)
- TC – Acórdão 103/87 no Processo n.º 74/83
- TC – Acórdão 128/1992

- TC – Acórdão 155/2007 (escutas telefônicas)
- TC – Acórdão 198/2004 (escutas telefônicas)
- TC – Acórdão 207/2003 (videovigilância em casinos)
- TC – Acórdão 213/2008 (valoração das listagens da “via verde”)
- TC – Acórdão 225/85 no Processo n.º 197/85
- TC – Acórdão 241/2002 (dados de tráfego e faturação detalhada de linha telefônica)
- TC – Acórdão 244/85 no Processo n.º 127/85
- TC – Acórdão 278/1995 (do direito à reserva da intimidade da vida privada; sigilo bancário)
- TC – Acórdão 293/2008 (destruição do material coligido através de escutas telefônicas)
- TC – Acórdão 306/2003 (do direito à reserva da intimidade da vida privada e (excessiva) intromissão na esfera privada do trabalhador ou candidato a emprego)
- TC – Acórdão 379/2004 (escutas telefônicas)
- TC – Acórdão 407/1997 (o vocábulo “imediatamente” pressupunha um efetivo acompanhamento por parte do Juiz, com permanente controle)
- TC – Acórdão 442/2007 (do acesso à informação bancária do contribuinte pela Administração Fiscal em caso de reclamação ou impugnação de ato tributário)
- TC – Acórdão 487/2005 (o vocábulo “imediatamente”)
- TC – Acórdão 528/2003 (transcrição de escutas telefônicas)
- TC – Acórdão 607/2003 (da intimidade da vida privada; diário pessoal; crime de abuso sexual de menores)
- TC – Acórdão 625/1997 (o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada)
- TC - Acórdãos n.ºs 174/87, 266/87, 51/87 e 109/85
- TC - Acórdão n.º 6/84, de 18 de Janeiro de 1984, in: Diário da República, II série, n.º 101, de 2 de Janeiro de 1984.
- Tribunal Constitucional Federal, decisão de 16.07.69, AZ 1 BvL 19/63 – Microcensus.

- Tribunal Constitucional Federal o julgamento, de 15.12.83, 1 BvR 209, 362, 420, 440, 484 – 83 – Censo.

DISPONÍVEL EM:

- https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_constitucional/common/pdfs/13_Sentencia_254_1993_de_20_julio_1993_def_-_copia.pdf
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040486.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020414.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050599.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920176.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920176.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html?impressao=1>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040486.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020414.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020464.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050599.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000436.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920176.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950278.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850198.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850198.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080213.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020241.html>

- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080070.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020255.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030207.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950278.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870103.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850225.html>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850244.html>

ANEXOS

ANEXO 1 – Fragmento original do caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, de 28.05, A 94, parágrafo 67, disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61974#{"itemid":\["001-61974"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61974#{)

B. Observation de l'article 8 (art. 8) :

67. La Cour rappelle que si l'article 8 (art. 8) tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale (arrêt Marckx précité, série A no 31, p. 15, § 31). La notion de "respect" manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention (voir entre autres, mutatis mutandis, l'arrêt précité en l'affaire "linguistique belge", série A no 6, p. 32, § 5; l'arrêt Syndicat national de la police belge du 27 octobre 1975, série A no 19, p. 18, § 39; l'arrêt Marckx précité, série A no 31, p. 15, § 31; et l'arrêt Rasmussen du 28 novembre 1984, série A no 87, p. 15, § 40). Spécialement, dans la matière sous examen l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés. De plus, la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.

ANEXO 2 – Fragmento original do caso *Bosphorus c. Irlanda* de 30 de Junho 2005, Processo n.º 45036/98, disponível em:

<http://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cedhRdeEstadosMiembros.html>

- La protección de los derechos fundamentales brindada por el derecho comunitario se repute equivalente a la acordada por el sistema de la Convención

En Bosphorus Airways c. Irlanda, n.º 45036/98, sentencia de 30 de junio de 2005, una aeronave alquilada por la empresa peticionante a una compañía yugoslava fue confiscada en 1993 por las autoridades irlandesas con base en una reglamentación comunitaria que ejecutaba sanciones impuestas por las Naciones Unidas a la República Federada de Yugoslavia.

La Corte afirmó que cuando un Estado transfiere poderes soberanos a una organización internacional, “absolver completamente a los Estados Contratantes de la responsabilidad que tienen en términos de la Convención en las áreas incluidas en dicha transferencia resultaría incompatible con el propósito y objeto de la Convención; las garantías de la Convención no pueden limitarse o excluirse a voluntad, privándolas de ese modo de su naturaleza perentoria y debilitando su naturaleza y efectividad”.

Por primera vez la Corte aceptó examinar el mérito de una denuncia relativa a las medidas adoptadas para implementar el derecho comunitario en un caso en que el Estado no tenía margen de apreciación. Decidió que Irlanda simplemente había cumplido con las obligaciones que tenía como miembro de la Comunidad Europea.

Más importante resulta que la Corte resolvió que no era necesario examinar si la medida había sido proporcionada a los objetivos perseguidos, dado que “la protección de los derechos fundamentales por parte del derecho comunitario... es “equivalente”... al del sistema de la Convención”. En consecuencia, “[surgió] la presunción de que Irlanda no se había apartado de las exigencias de la Convención cuando había implementado las obligaciones jurídicas derivadas de su carácter de miembro de la Comunidad Europea”.

ANEXO 3 – Fragmento original do caso *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>

The 6th section of the act of June 22, 1874, entitled "An act to amend the customs revenue laws," &c., which section authorizes a court of the United States, in revenue cases, on motion of the government attorney, to require the defendant or claimant to produce in court his private books, invoice and papers, or else the allegations of the attorney to be taken as confessed: Held, to be unconstitutional and void a applied to suits for penalties or to establish a forfeiture of the party's goods, as being repugnant to the Fourth and Fifth Amendments of the Constitution.

Where proceedings were in rem to establish a forfeiture of certain goods alleged to have been fraudulently imported without paying the duties thereon, pursuant to the 12th section of said act: Held, That an order of the court made under said 5th section, requiring the claimants of the goods to produce a certain invoice in court for the inspection of the government attorney, and to be offered in evidence by him, was an unconstitutional exercise of authority, and that the inspection of the invoice by the attorney, and its admission in evidence, were erroneous and unconstitutional proceedings.

It does not require actual entry upon premises and search for and seizure of papers to constitute an unreasonable search and seizure within the meaning of the Fourth Amendment; a compulsory production of a party's private books and papers to be used against himself or his property in a criminal or penal proceeding, or for a forfeiture, is within the spirit and meaning of the Amendment.

It is equivalent to a compulsory production of papers to make the nonproduction of them a confession of the allegations which it is pretended they will prove.

A proceeding to forfeit a person's goods for an offence against the laws, though civil in form, and whether in rem or in personam, is a "criminal case" within the meaning of that part of the Fifth Amendment which declares that no person "shall be compelled, in any criminal case, to be a witness against himself."

The seizure or compulsory production of a man's private papers to be used in evidence against him is equivalent to compelling him to be a witness against himself, and, in a prosecution for a crime, penalty or forfeiture, is equally within the prohibition of the Fifth Amendment.

Both amendments relate to the personal security of the citizen. They nearly run into, and mutually throw light upon, each other. When the thing forbidden in the Fifth Amendment, namely, compelling a man to be a witness against himself, is the object of a search and seizure of his private papers, it is an "unreasonable search and seizure" within the Fourth Amendment. Page 116 U. S. 617

Search and seizure of a man's private paper to be used in evidence for the purpose of convicting him of a crime, recovering a penalty, or of forfeiting his property is totally different from the search and seizure of stolen goods, dutiable articles on which the duties have not been paid, and the like, which rightfully belong to the custody of the law.

Constitutional provision for the security of person and property should be liberally construed.

This was an information against thirty-five cases of polished plate glass. The facts which make the case are stated in the opinion of the court. Judgment in favor of the United States. The claimants sued out this writ of error.

ANEXO 4 – Fragmento original do caso *Harmelin v. Michigan*, U.S., 501, 1991, disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/89-7272.ZS.html>

Petitioner Harmelin was convicted under Michigan law of possessing more than 650 grams of cocaine and sentenced to a mandatory term of life in prison without possibility of parole. The State Court of Appeals affirmed, rejecting his argument that the sentence was "cruel and unusual" within the meaning of the Eighth Amendment. He claims here that the sentence is cruel and unusual because it is "significantly disproportionate" to the crime he committed, and because the sentencing judge was statutorily required to impose it, without taking into account the particularized circumstances of the crime and of the criminal.

Held: The judgment is affirmed.

176 Mich. App. 524, 440 N. W. 2d 75, affirmed.

*Justice Scalia delivered the opinion of the Court with respect to Part V, concluding that Harmelin's claim that his sentence is unconstitutional because it is mandatory in nature, allowing the sentencer no opportunity to consider "mitigating factors," has no support in the Eighth Amendment's text and history. Severe, mandatory penalties may be cruel, but they are not unusual in the constitutional sense, having been employed in various forms throughout the Nation's history. Although Harmelin's claim finds some support in the so-called "individualized capital-sentencing doctrine" of this Court's death penalty jurisprudence, see, e. g., *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, that doctrine may not be extended outside the capital context because of the qualitative differences between death and all other penalties, see, e. g., *id.*, at 303-305. Pp. 34-36.*

Justice Scalia, joined by The Chief Justice, concluded in Parts I, II, III, and IV that because the Eighth Amendment contains no proportionality guarantee, Harmelin's sentence cannot be considered unconstitutionally disproportional. Pp. 2-34.

*(a) For crimes concededly classified and classifiable as felonies — i.e., as punishable by significant terms of imprisonment in a state penitentiary — the length of the sentence actually imposed is purely a matter of legislative prerogative. *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 274. *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, which decreed a "general principle of*

proportionality," id., at 288, and used as the criterion for its application a three-factor test that had been explicitly rejected in Rummel, supra, at 281-282, and n. 27, and Hutto v. Davis, 454 U.S. 370, 373-374, was wrong and should be overruled. Pp. 2-5.

(b) Although Solem, supra, at 285, correctly discerned that the Eighth Amendment prohibition was derived from the "cruell and unusall Punishments" provision of the English Declaration of Rights of 1689, Solem's conclusion that the latter provision embodied a right to be free from disproportionate punishments is refuted by the circumstances of the Declaration's enactment and the contemporaneous understanding of the English guarantee. The guarantee was directed at the arbitrary use of the sentencing power by the King's Bench in particular cases and at the illegality, rather than the disproportionality, of punishments thereby imposed. Pp. 6-15.

(c) That the Americans who adopted the Eighth Amendment intended its Cruel and Unusual Punishments Clause as a check on the ability of the Legislature to authorize particular modes of punishment — i.e., cruel methods of punishment that are not regularly or customarily employed — rather than as a guarantee against disproportionate sentences is demonstrated by the available evidence of contemporary understanding, including the context of adoption, the debates of the state ratifying conventions and the First Congress, and early commentary and judicial decisions. It is particularly telling that those who framed and approved the Federal Constitution chose not to include within it the explicit guarantee against disproportionate sentences that some State Constitutions contained. Pp. 15-25.

(d) There are no adequate textual or historical standards to enable judges to determine whether a particular penalty is disproportional. The first two of the factors that Solem found relevant — the inherent gravity of the defendant's offense and the sentences imposed for similarly grave offenses in some jurisdictions — fail for lack of an objective standard of gravity. Since, as the statutes Americans have enacted in different times and places demonstrate, there is enormous variation of opinion as to what offenses are serious, the proportionality principle is an invitation for judges to impose their own subjective values. Moreover, although the third Solem factor — the character of the sentences imposed by other States for the same crime — can be applied with clarity and ease, it is irrelevant to the Eighth Amendment. Traditional notions of federalism entitle States to

treat like situations differently in light of local needs, concerns, and social conditions. Pp. 25-30.

(e) Although this Court's 20th-century jurisprudence has not remained entirely in accord with the proposition that there is no Eighth Amendment proportionality requirement, it has not departed to the extent that Solem suggests. While Weems v. United States, 217 U.S. 349 — which was cited by Solem, supra, at 287, as the "leading case" — did contain language suggesting that mere disproportionality might make a punishment cruel and unusual, 217 U. S., at 366-367, it also contained statements indicating that the unique punishment there at issue was unconstitutional because it was unknown to Anglo-American tradition, id., at 377. It is hard to view Weems as announcing a constitutional proportionality requirement, given that it did not produce a decision implementing such a requirement, either in this Court or the lower federal courts for six decades. This Court's first such opinion, Coker v. Georgia, 433 U.S. 584, 592 was a death penalty case. The Coker line of authority should not be treated as a generalized aspect of Eighth Amendment law, since proportionality review is one of several respects in which "death is different," requiring protections that the Constitution nowhere else provides. Pp. 30-34.

Justice Kennedy, joined by Justice O'Connor and Justice Souter, concluded:

1. This Court's decisions recognize that the Eighth Amendment's Cruel and Unusual Punishments Clause encompasses a narrow proportionality principle that applies to noncapital sentences. See, e. g., Weems v. United States, 217 U.S. 349, 371; Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263, 271-274, and n. 11; Hutto v. Davis, 454 U.S. 370, 374, and n. 3; Solem v. Helm, 463 U.S. 277. Although these decisions have not been totally clear or consistent, close analysis yields some common principles that give content to the uses and limits of proportionality review. First, the fixing of prison terms for specific crimes involves a substantial penological judgment that, as a general matter, is properly within the province of the legislature, and reviewing courts should grant substantial deference to legislative determinations. Second, there are a variety of legitimate penological schemes based on theories of retribution, deterrence, incapacitation, and rehabilitation, and the Eighth Amendment does not mandate adoption of any one such scheme. Third, marked divergences both in sentencing theories and the length of prescribed prison terms are the inevitable, often beneficial, result of the federal structure, and differing attitudes and

perceptions of local conditions may yield different, yet rational, conclusions regarding the appropriate length of terms for particular crimes. Fourth, proportionality review by federal courts should be informed by objective factors to the maximum extent possible, and the relative lack of objective standards concerning length, as opposed to type, of sentence has resulted in few successful proportionality challenges outside the capital punishment context. Finally, the Eighth Amendment does not require strict proportionality between crime and sentence, but rather forbids only extreme sentences that are grossly disproportionate to the crime. Pp. 1-6.

*2. In light of the foregoing principles, Harmelin's sentence does not violate the Cruel and Unusual Punishments Clause. Although a sentence of life imprisonment without parole is the second most severe penalty permitted by law, it is not grossly disproportionate to Harmelin's crime of possessing more than 650 grams of cocaine. His suggestion that the crime was nonviolent and victimless is false to the point of absurdity. Studies demonstrate the grave threat that illegal drugs, and particularly cocaine, pose to society in terms of violence, crime, and social displacement. The amount of cocaine Harmelin possessed has a potential yield of between 32,500 and 65,000 doses, and the Michigan Legislature could with reason conclude that possession of this large an amount is momentous enough to warrant the deterrence and retribution of a life sentence without parole. Given the severity of Harmelin's crime, there is no need to conduct a comparative analysis between his sentence and sentences imposed for other crimes in Michigan and for the same crime in other jurisdictions. This Court's decisions indicate that such an analysis is appropriate in the rare case in which a threshold comparison of the crime committed and the sentence imposed leads to an inference of gross disproportionality, see *Solem*, *supra*, at 293-300; *Weems*, *supra*, at 377-381, but not in the usual case where no such inference arises, see, e. g., *Rummel*, *supra*, at 281. Pp. 6-11.*

Scalia, J., announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Part V, in which Rehnquist, C. J., and O'Connor, Kennedy, and Souter, JJ., joined, and an opinion with respect to Parts I, II, III, and IV, in which Rehnquist, C. J., joined. Kennedy, J., filed an opinion concurring in part and concurring in the judgment, in which O'Connor and Souter, JJ., joined. White, J., filed a dissenting opinion, in which Blackmun, and Stevens, JJ., joined. Marshall, J., filed a dissenting opinion. Stevens, J., filed a dissenting opinion, in which Blackmun, J., joined.

ANEXO 5 – Fragmento original do caso *Kroon e outros c. Holanda*, de 27.10.1994, A 297 – c, parágrafo 30:31, disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904#{\"itemid\":\[\"001-57904\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904#{\)

A. Applicability of Article 8 (art. 8):

30. Throughout the domestic proceedings it was assumed by all concerned, including the registrar of births, deaths and marriages, that the relationship in question constituted "family life" and that Article 8 (art. 8) was applicable; this was also accepted by the Netherlands courts. In any case, the Court recalls that the notion of "family life" in Article 8 (art. 8) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family ties" where parties are living together outside marriage (see as the most recent authority, the Keegan v. Ireland judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, pp. 17-18, para. 44). Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto "family ties"; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs Kroon and Mr Zerrouk. A child born of such a relationship is ipso jure part of that "family unit" from the moment of its birth and by the very fact of it (see the Keegan judgment, ibid.). There thus exists between Samir and Mr Zerrouk a bond amounting to family life, whatever the contribution of the latter to his son's care and upbringing. Article 8 (art. 8) is therefore applicable.

B. General principles

31. The Court reiterates that the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, as the most recent authority, the above-mentioned Keegan judgment, p. 19, para. 49).

ANEXO 6 – Fragmento original do caso *Marckx c. Belgique*, de 13.06.1979, A 31, parágrafo 31, 52, disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092#{"itemid":\["001-62092"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092#{)

II. SUR LE FOND

31. *La première question à trancher consiste à savoir si le lien naturel entre Paula et Alexandra Marckx a donné lieu à une vie familiale protégée par l'article 8 (art. 8). En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8) présuppose l'existence d'une famille. La Cour marque son plein accord avec la jurisprudence constante de la Commission sur un point capital: l'article 8 (art. 8) ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle". Pareille distinction se heurterait aux mots "toute personne"; l'article 14 (art. 14) le confirme en prohibant, dans la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention, les discriminations fondées sur "la naissance". La Cour note au surplus que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe voit dans la mère seule et son enfant une famille parmi les autres (résolution (70) 15 du 15 mai 1970 sur la protection sociale des mères célibataires et de leurs enfants, par. I-10, par. II-5, etc.). L'article 8 (art. 8) vaut donc pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime". D'autre part, il n'est pas contesté que Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective. Il reste à rechercher ce que comportait, pour le législateur belge, le "respect" de cette vie familiale dans chacun des domaines couverts par la requête. En proclamant par son paragraphe 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8-1) signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2 (art. 8-2). Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (arrêt du 23 juillet 1968, série A no 6, p. 33, par. 7). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale. Il en résulte notamment que l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de*

manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8 (art. 8), le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1) sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 (art. 8-2).

1. Sur les droits patrimoniaux invoqués par Alexandra :

52. La Cour se range à cette dernière opinion. Le domaine des successions - et des libéralités - entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États contractants. Si les droits successoraux ne s'exercent d'ordinaire qu'à la mort du de cuius, donc à un moment où la vie familiale change ou même se dissout, il n'en découle pas que nul problème les concernant ne surgisse avant le décès: la succession peut se régler et, en pratique, se règle assez souvent par testament ou avance d'hoirie; elle constitue un élément non négligeable de la vie familiale.

ANEXO 7 – Fragmento original do caso *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>

Syllabus

1. *In a prosecution in a federal court, evidence procured by tapping wires in violation of the Communications Act of 1934 is inadmissible. This applies not only to the intercepted conversations themselves, but also, by implication, to evidence procured through the use of knowledge gained from such conversations. P. 308 U. S. 339.*

2. *The burden is on the accused in the first instance to prove to the trial court's satisfaction that wiretapping was unlawfully employed. P. 308 U. S. 341.*

3. *Once that is established, the trial judge must give opportunity to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was the result of the illicit wiretapping. Id.*

4. *Claims that this taint attaches to any portion of the Government's case must satisfy the trial court with their solidity, and not be merely a means of eliciting what is in the Government's possession before its submission to the jury. And if such a claim is made after the trial is under way, the judge must likewise be satisfied that the accused could not at an earlier stage have had adequate knowledge to make his claim. P. 308 U. S. 342. 106 F.2d 41, reversed.*

CERTIORARI, post, p. 539, to review the affirmance of convictions in the District Court under an indictment for frauds on revenue.

ANEXO 8 – Fragmento original do caso *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>

Syllabus

*Following the disappearance of a 10-year-old girl in Des Moines, Iowa, respondent was arrested and arraigned in Davenport, Iowa. The police informed respondent's counsel that they would drive respondent back to Des Moines without questioning him, but during the trip one of the officers began a conversation with respondent that ultimately resulted in his making incriminating statements and directing the officers to the child's body. A systematic search of the area that was being conducted with the aid of 200 volunteers, and that had been initiated before respondent made the incriminating statements, was terminated when respondent guided police to the body. Before trial in an Iowa state court for first-degree murder, the court denied respondent's motion to suppress evidence of the body and all related evidence, including the body's condition as shown by an autopsy, respondent having contended that such evidence was the fruit of his illegally obtained statements made during the automobile ride. Respondent was convicted, and the Iowa Supreme Court affirmed, but later federal court habeas corpus proceedings ultimately resulted in this Court's holding that the police had obtained respondent's incriminating statements through interrogation in violation of his Sixth Amendment right to counsel. *Brewer v. Williams*, 430 U. S. 387. However, it was noted that, even though the statements could not be admitted at a second trial, evidence of the body's location and condition might be admissible on the theory that the body would have been discovered even if the incriminating statements had not been elicited from respondent. *Id.* at 430 U. S. 407, n. 12. At respondent's second state court trial, his incriminating statements were not offered in evidence, nor did the prosecution seek to show that respondent had directed the police to the child's body. However, evidence concerning the body's location and condition was admitted, the court having concluded that the State had proved that, if the search had continued, the body would have been discovered within a short time in essentially the same condition as it was actually found. Respondent was again convicted of first-degree murder, and the Iowa Supreme Court affirmed. In subsequent habeas corpus proceedings, the Federal District Court, denying*

relief, also concluded that the body inevitably would have been found. However, the Page 467 U. S. 432

Court of Appeals reversed, holding that, even assuming that there is an inevitable discovery exception to the exclusionary rule -- the State had not met the exception's requirement that it be proved that the police did not act in bad faith.

Held: The evidence pertaining to the discovery and condition of the victim's body was properly admitted at respondent's second trial on the ground that it would ultimately or inevitably have been discovered even if no violation of any constitutional provision had taken place. Pp. 467 U. S. 440-450.

(a) The core rationale for extending the exclusionary rule to evidence that is the fruit of unlawful police conduct is that such course is needed to deter police from violations of constitutional and statutory protections notwithstanding the high social cost of letting obviously guilty persons go unpunished. On this rationale, the prosecution is not to be put in a better position than it would have been in if no illegality had transpired. By contrast, the independent source doctrine -- allowing admission of evidence that has been discovered by means wholly independent of any constitutional violation -- rests on the rationale that society's interest in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse, position that they would have been in if no police error or misconduct had occurred. Although the independent source doctrine does not apply here, its rationale is wholly consistent with, and justifies adoption of, the ultimate or inevitable discovery exception to the exclusionary rule. If the prosecution can establish by a preponderance of the evidence that the information ultimately or inevitably would have been discovered by lawful means -- here the volunteers' search -- then the deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received. Pp. 467 U. S. 441-444.

(b) Under the inevitable discovery exception, the prosecution is not required to prove the absence of bad faith, since such a requirement would result in withholding from juries relevant and undoubted truth that would have been available to police absent any unlawful police activity. This would put the police in a worse position than they would have been in if no unlawful conduct had transpired, and would fail to take into account the enormous societal cost of excluding truth in the search for truth in the administration of

justice. Significant disincentives to obtaining evidence illegally -- including the possibility of departmental discipline and civil liability -- lessen the likelihood that the ultimate or inevitable discovery exception will promote police misconduct. Pp. 467 U. S. 445-446.

(c) There is no merit to respondent's contention that, because he did not waive his right to the assistance of counsel, and because the Sixth Amendment exclusionary rule is designed to protect the right to a fair Page 467 U. S. 433 trial, competing values may not be balanced in deciding whether the challenged evidence was properly admitted. Exclusion of physical evidence that would inevitably have been discovered adds nothing to either the integrity or fairness of a criminal trial. Nor would suppression ensure fairness on the theory that it tends to safeguard the adversary system of justice. Pp. 467 U. S. 446-448.

(d) The record here supports the finding that the search party ultimately or inevitably would have discovered the victim's body. The evidence clearly shows that the searchers were approaching the actual location of the body, that the search would have been resumed had respondent not led the police to the body, and that the body inevitably would have been found. Pp. 467 U. S. 448-450. 700 F.2d 1164, reversed and remanded.

BURGER, C.J., delivered the opinion of the Court, in which WHITE, BLACKMUN, POWELL, REHNQUIST, and O'CONNOR, JJ., joined. WHITE, J., filed a concurring opinion, post, p. 467 U. S. 450. STEVENS, J., filed an opinion concurring in the judgment, post, p. 467 U. S. 451. BRENNAN, J., filed a dissenting opinion, in which MARSHALL, J., joined, post, p. 467 U. S. 458.

ANEXO 9 – Fragmento original do caso “Prado Bugallo” – Acórdão de 18/03/2003 - contra a Espanha 25/9/91. TEDH 2003\ 6 - *Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4ª), de 18 Febrero 2003, Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos*, Demanda n.º 58496/2000, disponível em:

[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427044058?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecisi%C3%B3n Prado Bugallo.pdf&blobheadervalue2=Docs TEDH](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427044058?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecisi%C3%B3n+Prado+Bugallo.pdf&blobheadervalue2=Docs+TEDH)

Fundamentos de Derecho - I Sobre la violación del artículo 8 del Convenio:

25 El demandante afirma que la intervención de sus comunicaciones telefónicas supuso violación del artículo 8 del Convenio que dispone: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

*26 El demandante considera que la legislación española aplicable a las intervenciones telefónicas no responde a la condición de previsibilidad enunciada en el apartado 2 del artículo 8, y se refiere a la jurisprudencia del Tribunal en el asunto **Valenzuela Contreras contra España** (Sentencia de 30 julio 1998 [TEDH 1998\ 31], **Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-V**). A este respecto, considera que la modificación legislativa incorporada al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1998 (RCL 1988\ 1136) es insuficiente, ya que no define con precisión la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a una intervención telefónica, ni las condiciones para establecer las actas que consignen las conversaciones interceptadas, ni la utilización y el borrado de las grabaciones. En su opinión, la motivación y el control judicial de las resoluciones que ordenan la intervención*

son insuficientes. En cuanto a la Resolución del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\ 6102), considera que no podría llenar todas las lagunas de la Ley. En efecto, como ya ha indicado el Tribunal Constitucional, únicamente la Ley puede regular los Derechos y Libertades Fundamentales reconocidos por la Constitución. Resumiendo, el demandante hace valer que las garantías enunciadas en la Resolución de 18 de junio de 1992 no le han sido aplicadas. Así, el Juez no recibió las cintas originales sino copias. Además, la misma Audiencia Nacional constató las insuficiencias del sistema de control de las escuchas telefónicas. Otra violación se desprende del hecho de que todo el control posterior a la grabación es dejado a cargo del Secretario Judicial y no del Juez. Las cintas no son entregadas al Juez, y no es él quien selecciona las cintas que le parecen necesarias para la investigación.

27 Por su parte, el Gobierno considera que en el momento de los hechos, la legislación española aplicable en materia de intervenciones telefónicas respondía a las exigencias del artículo 8 del Convenio (RCL 1999\ 1190 y 1572). Subraya que la reforma de 1988, en combinación con la interpretación hecha por los tribunales españoles, satisfacía las condiciones inherentes a esta disposición del Convenio. Considera que la queja del demandante es puramente formal, y subraya el examen minucioso llevado a cabo por los tribunales internos de las alegaciones del demandante relativas a la supuesta violación de su derecho al respeto de sus comunicaciones. Hace notar que las autoridades judiciales internas motivaron cada vez, de manera minuciosa, las resoluciones sobre las intervenciones telefónicas.

28 El Tribunal recuerda que en el asunto **Valenzuela Contreras** (TEDH 1998\ 31) (anteriormente citado, apartado 61), concluyó la violación del artículo 8 porque el Derecho Español, escrito y no escrito, no indicaba con la suficiente claridad, en el momento de los hechos, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado.

29 El presente caso se diferencia del asunto **Valenzuela Contreras** en que la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 (RCL 1988\ 1136) modificó el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16) y precisó, en sus apartados 2 y 3, las modalidades de control de la intervención de las conversaciones telefónicas. Según este artículo, únicamente podrá realizarse la vigilancia de las comunicaciones telefónicas por

resolución motivada del Juez, cuando existan indicios que hagan pensar que se puede obtener por este medio el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Estas mismas garantías deben rodear las resoluciones de prórroga de esta medida de vigilancia. En cuanto a las transcripciones de las conversaciones grabadas, tienen lugar bajo el control del Secretario Judicial.

30 Sin embargo, el Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias **Kruslin contra Francia** y **Huvig contra Francia**, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición a este respecto.

31 Por otro lado, estas lagunas han sido señaladas por las jurisdicciones superiores españolas que han entendido que las modificaciones realizadas por esta Ley eran insuficientes para responder a las garantías que deben rodear las intervenciones telefónicas. Por esto, además de las disposiciones legislativas, el Tribunal Supremo, principalmente en su Resolución de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\ 6102) (Legislación Interna Aplicable, supra), así como el Tribunal Constitucional, consideraron necesario definir toda una serie de garantías complementarias que precisaran el alcance y las modalidades del poder de apreciación de los jueces, así como las condiciones de establecimiento de las actas que consignan las conversaciones interceptadas y su uso por el Juez Instructor.

32 El Tribunal constata que, si la Ley de 1988 supuso un progreso innegable, todavía persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas. Es cierto que estas insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo. Dado esto, esta evolución jurisprudencial, incluso suponiendo que pueda llenar las lagunas de la Ley en el sentido formal, se ha dado después de los autos del Juez Instructor ordenando la

intervención de los teléfonos de las personas que participaban en la actividad delictiva dirigida por el demandante. Así, no puede ser tomada en consideración en este caso.

33 *Por lo tanto, ha habido violación del artículo 8 del Convenio. [...]*

ANEXO 10 – Fragmento original do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>

Syllabus

The Fourth Amendment protects a corporation and its officers from compulsory production of the corporate books and papers for use in a criminal proceeding against them when the information upon which the subpoenas were framed was derived by the Government through a previous unconstitutional search and seizure, planned and executed by its officials under color of a void writ, provided the defense of the Amendment be seasonably interposed, and not first raised as a collateral issue at the trial of the indictment. P. 251 U. S. 391.

The rights of a corporation against unlawful search and seizure are to be protected even if it be not protected by the Fifth Amendment from compulsory production of incriminating documents. P. 251 U. S. 362.

Reversed.

The case is stated in the opinion.

ANEXO 11 – Fragmento original do caso *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>

Syllabus

In a trial in a Federal District Court without a jury, petitioners were convicted of fraudulent and knowing transportation and concealment of illegally imported heroin, in violation of 21 U.S.C. §174. Although the Court of Appeals held that the arrests of both petitioners without warrants were illegal, because not based on "probable cause" within the meaning of the Fourth Amendment nor "reasonable grounds" within the meaning of the Narcotics Control Act of 1956, it affirmed their convictions, notwithstanding the admission in evidence over their timely objections of (1) statements made orally by petitioner Toy in his bedroom at the time of his arrest; (2) heroin surrendered to the agents by a third party as a result of those statements; and (3) unsigned statements made by each petitioner several days after his arrest, and after being lawfully arraigned and released on his own recognizance. The Court of Appeals held that these items were not the fruits of the illegal arrests, and, therefore, were properly admitted in evidence.

Held:

1. On the record in this case, there was neither reasonable grounds nor probable cause for Toy's arrest, since the information upon which it was based was too vague and came from too untested a source to accept it as probable cause for the issuance of an arrest warrant; and this defect was not cured by the fact that Toy fled when a supposed customer at his door early in the morning revealed that he was a narcotics agent. Pp. 371 U. S. 479-484.

2. On the record in this case, the statements made by Toy in his bedroom at the time of his unlawful arrest were the fruits of the agents' unlawful action, and they should have been excluded from evidence. Pp. 371 U. S. 484-487.

3. The narcotics taken from a third party as a result of statements made by Toy at the time of his arrest were likewise fruits of the unlawful arrest, and they should not have been admitted as evidence against Toy. Pp. 371 U. S. 487-488. Page 371 U. S. 472

4. After exclusion of the foregoing items of improperly admitted evidence, the only proofs remaining to sustain Toy's conviction are his and his codefendant's unsigned statements; any admissions of guilt in Toy's statement require corroboration; no reference to Toy in his codefendant's statement constitutes admissible evidence corroborating any admission by Toy, and Toy's conviction must be set aside for lack of competent evidence to support it. Pp. 371 U. S. 488-491.

5. In view of the fact that, after his unlawful arrest, petitioner Wong Sun had been lawfully arraigned and released on his own recognizance and had returned voluntarily several days later when he made his unsigned statement, the connection between his unlawful arrest and the making of that statement was so attenuated that the unsigned statement was not the fruit of the unlawful arrest and, therefore, it was properly admitted in evidence. P. 371 U. S. 491.

6. The seizure of the narcotics admitted in evidence invaded no right of privacy of person or premises which would entitle Wong Sun to object to its use at his trial. Pp. 371 U. S. 491-492.

7. Any references to Wong Sun in his codefendant's statement were incompetent to corroborate Wong Sun's admissions, and Wong Sun is entitled to a new trial, because it is not clear from the record whether or not the trial court relied upon his codefendant's statement as a source of corroboration of Wong Sun's confession. Pp. 371 U. S. 492-493.

288 F. 2d 366, reversed and cause remanded.