

DIREITO À INFORMAÇÃO, PROTECÇÃO DA INTIMIDADE

E AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

(publicado nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*,
colec. *Studia Iuridica*, nº 61, Univ. de Coimbra, Coimbra Editora, 2001)

I. Introdução

O direito à informação dos cidadãos em face da Administração Pública e a tutela da reserva da intimidade da vida privada dos cidadãos surgem como dois temas da maior importância, quer a nível individual, quer a nível comunitário, no início do novo milénio. Na verdade, ambos os direitos e os valores que lhes correspondem assumem um papel de enorme protagonismo na vida das pessoas e nas condições de desenvolvimento da sociedade, papel esse que se tem acentuado na *sociedade da informação e do risco*¹. Um dos perigos trazidos por esta nova sociedade é precisamente o do aumento das situações de devassa da vida privada e da intimidade das pessoas, potenciado pela consagração e garantia do direito à informação em termos cada vez mais amplos, e facilitado pelas novas tecnologias informáticas que aumentam exponencialmente as possibilidades de recolha e posterior acesso a dados pessoais. Foi a circunstância de os problemas relativos ao direito à informação e à protecção da privacidade se terem alterado na sociedade do risco que nos levou à escolha deste tema, numa obra subordinada a um título que sugere a necessidade de (re)equacionar o papel do direito público na ordenação da sociedade, agora de perigos e de risco. Necessidade já em seu tempo posta em relevo, de forma paradigmática, numa valiosíssima obra de ROGÉRIO SOARES², Mestre do direito público português a quem este estudo vai modestamente dedicado.

A crescente abertura da Administração Pública e os novos desafios colocados pela informática³ — o desenvolvimento dos computadores e as possibilidades de recolha de infor-

¹ Como é sabido, a expressão "sociedade do risco" encontra-se ligada, de forma muito particular, à obra e ao pensamento do sociólogo alemão ULRICH BECK: cfr. especialmente a sua obra *Risikogesellschaft. Aus dem Weg in eine andere Moderne*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1986 que é ainda hoje ponto de referência obrigatório sobre o tema (obra essa recentemente traduzida para o espanhol por JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ e ROSA BORRÀS: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998). O tema da *sociedade do risco* é igualmente abordado num estudo mais recente de ULRICH BECK: cfr. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus — Antworten auf Globalisierung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1997. Na tradução espanhola de BERNARDO MORENO e ROSA BORRÀS (*Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998), cfr. especialmente p. 65 ss., 141 ss. e 168 ss.

² *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969.

³ Que leva alguns autores a falarem numa autêntica "revolução informática" ou, com o mesmo sentido, numa "revolução digital", subsequente às revoluções agrícola e industrial: cfr. GREGORIO ARENA, "La tutela della riservatezza nella società dell'informazione", in: *Scritti in onore di Pietro Virga*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, Tomo I, p. 63-93 (p. 82) e FERNÁNDEZ ESTEBAN, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1998 ("Nota Preliminar", p. XVII).

mação por eles permitida têm sido descritos como uma "epidemia silenciosa" em permanente expansão — vêm dificultar a composição entre as exigências contraditórias que estes direitos comportam. Dificuldades que se agravam pelo facto de estarem aqui em jogo interesses públicos do maior significado para a comunidade política, social e jurídica e, simultaneamente, autênticos *direitos fundamentais*. É precisamente esta revolução informática que leva alguns autores a referirem, a justo título, o caminho para a "digitalização dos direitos fundamentais"⁴, que vem agravar os problemas da sua articulação com a protecção da intimidade da vida privada, também cada vez mais reclamada nos nossos dias.

Uma das tendências mais fortes do direito administrativo e da vida da Administração Pública nas últimas décadas é a "abertura" desta à participação dos cidadãos e da comunidade política em especial, o que passa designadamente pela necessidade de garantir de forma efectiva o direito à informação dos administrados. Uma das diferenças mais significativas entre a forma clássica da Administração Pública e a nova Administração do Estado Social de Direito traduz-se em aquela ser uma "Administração autoritária, fechada sobre si, decidindo em segredo", ao passo que esta é uma "Administração aberta, agindo com publicidade e com comunicação para o exterior"⁵. Em Portugal, para além de a Constituição da República Portuguesa (CRP) e a legislação administrativa mais significativa — designadamente o Código do Procedimento Administrativo (CPA) — vincarem estas exigências de transparência na sua relação com os valores democráticos e de pluralismo da Administração Pública, consagra-se um direito fundamental dos cidadãos à informação, designadamente em face da Administração Pública (nos nºs 1 e 2 do artigo 268º CRP)⁶.

Só que este direito fundamental e interesse público primacial entra muitas vezes em rota de colisão com o que há mais de um século foi definido por WARREN e BRANDEIS como "the most comprehensive of the rights and the right most valued by civilized man"⁷: o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Direito este que não perdeu de forma alguma importância: bem pelo contrário, no fim deste milénio é constantemente reclamado — numa perspectiva não estritamente individual, mas igualmente no seu sentido relacional — como um valor fundamental para as condições de existência da sociedade. Ao que acresce, entre nós, o seu reconhecimento expresso na Constituição como direito fundamental (no nº 1 do artigo 26º)⁸, direito esse que tem na sua base o *princípio da dignidade da pessoa humana*,

⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., 1999, p. 480.

⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, "O Direito de Informação dos Administrados", *O Direito*, ano 120º (1988), III-IV, p. 457-462 (p. 457). No mesmo estudo, o Autor menciona o direito de informação dos administrados como uma das principais aquisições do "novo" Estado social.

⁶ Adiante-se desde já que a doutrina reconhece pacificamente a este direito à informação o carácter de direito análogo aos *direitos, liberdades e garantias*: cfr. *infra*, II, 3.1.

⁷ Como é sabido, SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, dois advogados de Boston (o segundo mais tarde juiz do Supremo Tribunal) foram os grandes precursores da tutela do *right to privacy*, após a publicação em 1890 do seu estudo "The Right to Privacy" na *Harvard Law Review*, nº 4 (1890), p. 193-220.

⁸ Mais precisamente inserido no catálogo dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", com a enorme força que é atribuída ao respectivo regime, designadamente pelo artigo 18º da CRP.

valor soberano em que se baseia a República Portuguesa, nos termos do artigo 1º da CRP.

Com esta sumaríssima descrição dos dois direitos em conflito fica definido o âmbito do presente estudo: a análise dos problemas específicos levantados pelo seu exercício e tutela na *sociedade do risco* e as formas de tentar a sua compatibilização. A inevitabilidade dos conflitos faz desde logo emergir a ideia de que nenhum destes direitos fundamentais goza de uma tutela absoluta, devendo as tentativas para a sua harmonização entrar em linha de conta com o duplo sentido — individual e societário — dos valores que lhes são ínsitos. Estamos perante temas — principalmente no que toca à tutela da intimidade, mas também, em definitivo, quanto ao direito à informação — que cortam transversalmente a ordem jurídica, merecendo a atenção do direito constitucional, administrativo, penal e civil (para além da sua regulação ao nível dos instrumentos do direito internacional). Não obstante, apenas teremos em conta, nas considerações seguintes, a sua vertente *publicística*, não tanto ao nível do direito constitucional dos conflitos, mas sobretudo no que se refere à sua ordenação pelo direito administrativo, incumbido de regular as questões do acesso à informação administrativa e às bases de dados e a sua compatibilização com a protecção da intimidade da vida privada dos cidadãos. De resto, a contraposição fundamental entre "o interesse do indivíduo na sua privacidade, isto é, em subtrair-se à atenção dos outros" e "o interesse em conhecer e em divulgar a informação conhecida"⁹ — interesses que ganham aqui maior importância, por corresponderem, pelo menos no caso do segundo, a um interesse público — mostra-se particularmente saliente ao nível do direito administrativo, direito que balança entre a *prosecução do interesse público* e a *protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos* (cfr. o nº 1 do artigo 266º da CRP e o artigo 4º do CPA). A ponderação e composição entre estes dois princípios básicos do direito administrativo será precisamente a tarefa a realizar ao nível do caso concreto, aquando da ponderação entre o direito (e interesse público) à informação e o direito à reserva da intimidade da vida privada.

II. O direito à informação na sociedade do risco

1. O direito à informação em geral

Sob a epígrafe "Liberdade de expressão e informação"¹⁰, o artigo 37º da CRP garante a todos, no seu nº 1, o "direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações"¹¹, acrescentando o nº 2 que o exercício de tal direito "não pode

⁹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX (1993), p. 479-585 (p. 509).

¹⁰ Não é de estranhar a inclusão desta "liberdade" e deste "direito" no mesmo preceito, uma vez que a liberdade de expressão é, em parte, pressuposto do direito de informação: nesse sentido, cfr. LEITE PINTO, "Liberdade de Imprensa e Vida Privada", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54º, I, Abril 1994, p. 27-147 (p. 34) e CAPELO DE SOUSA, "Conflitos entre a liberdade de imprensa e a vida privada", in: *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, p. 1123-1140 (p. 1137).

¹¹ Em anotação a este preceito, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª ed., 1993, p. 225) explicitam que o primeiro direito se consubstancia "na liberdade

ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura". Esta garantia inclui como seus elementos constitutivos essenciais – segundo uma doutrina difundida e em nossa opinião bem fundada – o *direito de resposta e de rectificação*, previsto no nº 4 do mesmo artigo¹², bem como a *liberdade de imprensa* enquanto "modo de ser qualificado da liberdade de expressão e do direito de informação"¹³.

2. Duplo carácter da liberdade de expressão e do direito à informação

De forma idêntica àquilo que se passa com o *direito à informação administrativa*, também a liberdade de expressão e o direito à informação (em geral) não podem ser desligados dos valores comunitários e democráticos que lhe são inerentes, valores esses de afirmação indiscutível num Estado de Direito democrático como o nosso. A CRP, no seu artigo 48º, não deixa subsistir qualquer dúvida quanto a este ponto, quando articula o *direito de participação na vida pública* (nº 1) com o direito de que gozam todos os cidadãos "de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos" (nº 2). A ligação aos valores democráticos, de transparência e de participação na vida da administração, é aqui evidente, uma vez que se procura afastar qualquer ideia de segredo por parte da Administração, a qual deve, pelo contrário, manter uma prática habitual de informação dos cidadãos.

Daí o *duplo carácter* da liberdade de expressão e informação: para além de constituir "um *direito individual do cidadão* (...) dotado do 'radical subjectivo' que a este pertence e que no caso, aliás, se traduz tanto num direito de *defesa* como num direito de *participação política*", ela assume também o carácter "de uma *garantia institucional*, no preciso sentido da protecção jurídico-constitucional dispensada, em nome do interesse público, a uma 'instituição' de interesse público"¹⁴. Com o que fica já insinuada a clara valência social do direito à informação (que será por nós retomada a propósito do direito à informação dos administrados), direito esse incindivelmente ligado a interesses públicos de primacial importância num Estado de Direito democrático¹⁵.

de transmitir ou comunicar informações a outrem (...) mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a *informar*, ou seja, direito a meios para informar"; que o "direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha de informação (...), isto é, no direito de não ser impedido de se informar"; e que "o direito a ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado (...)".

¹² É essa a opinião de HELENA ISABEL MONIZ, "Direito de resposta: limite à liberdade de imprensa ou protecção do consumidor?", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXII (1996), p. 273-313 (p. 277 e 309).

¹³ Cfr. CAPELO de SOUSA, *ob. cit.*, p. 1137 e LEITE PINTO, *ob. cit.*, p. 142.

¹⁴ Cfr. JORGE de FIGUEIREDO DIAS, "Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115º, nºs 3.697-3.699 (nº 3.697, p. 101, n. 1).

¹⁵ O direito fundamental correspondente à *liberdade de imprensa* está, também ele, associado à salvaguarda de valores ou interesses de "irrecusável dignidade comunitária", designadamente a transparência da administração pública: cfr. COSTA ANDRADE, "Sobre a Reforma do Código Penal Português — Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3º, nºs 2 a 4, Abril-Dezembro 1993, p. 427-497 (p. 450).

3. O direito à informação administrativa

É todavia a análise do direito à informação na sua dimensão específica de *direito à informação administrativa* aquela que mais interessa aos propósitos deste trabalho. É também essa, provavelmente, a dimensão mais significativa deste direito numa sociedade em que os entes públicos são, sem sombra de dúvidas, os principais detentores de informação — do ponto de vista quantitativo e do ponto de vista qualitativo, na perspectiva dos interesses dos indivíduos —, sendo em face da Administração Pública que o exercício do direito mais problemas coloca. O próprio direito fundamental de *participação na vida pública* acentua as obrigações das autoridades públicas na matéria, exigindo que estas "mantenham uma prática habitual de informação e que em tempo útil esclareçam qualquer acto ou ocorrência que afecte a colectividade"¹⁶.

3.1. Neste contexto, assinala-se o carácter de direito fundamental do direito à informação administrativa, previsto constitucionalmente nos n.ºs 1 e 2 do artigo 268.º da CRP, e gozando do estatuto de direito, liberdade e garantia de natureza análoga (beneficiando por isso do respectivo regime).

Ao passo que a disposição do n.º 1 prevê o *direito à informação procedimental*, concebido "no quadro subjectivo e cronológico de um procedimento administrativo concreto"¹⁷, já a disposição do n.º 2 consagra o chamado princípio da *administração aberta* ou do *arquivo aberto*, que permite a qualquer cidadão o acesso a arquivos e registos administrativos. No seu conjunto formam um genérico *direito à informação administrativa*, já que é a diversidade de contextos em que o cidadão se dirige à Administração Pública que justifica a sua autonomização. Ambos os direitos se encontram regulamentados pelo CPA: o direito à informação procedimental nos seus artigos 61.º a 64.º e o direito de acesso a arquivos e registos no artigo 65.º¹⁸.

3.2. Ora, se já foi destacado o carácter e valor comunitário e público do direito à informação em geral, as mesmas razões valem para se pôr em relevo os interesses públicos do mais alto significado que surgem directamente relacionados com o direito à informação administrativa. Na verdade, este direito é uma concretização de um *princípio geral de publicidade ou transparência da Administração Pública*, absolutamente fundamental num Estado de Direito democrático. Daí a circunstância de o seu papel ser mais e mais destacado à medida que se caminha para o final do século XX, pois ele tem directamente a ver com a tentativa de evitar

¹⁶ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 268.

¹⁷ Cfr. SÉRVULO CORREIA, "O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa", *LEGISLAÇÃO. Cadernos de Ciência de Legislação*, INA, n.º 9/10, Janeiro/Junho 1984, p. 133-164 (p. 135).

¹⁸ Também a Lei de Acesso aos Documentos da Administração (LADA) — Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março e pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho — regula o acesso a documentos administrativos, prevendo no n.º 1 do seu artigo 7.º o direito à informação de que todos gozam "mediante o acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo".

os riscos do exercício abusivo do poder, ao torná-lo mais transparente e ao aproximar a Administração dos administrados.

Deve, por outro lado, realçar-se o nexó lógico evidente que existe entre o direito à informação e um outro direito, interesse público e princípio geral da actividade administrativa: a *participação* dos administrados na vida da Administração Pública, a qual só poderá ser correctamente exercida por cidadãos devidamente informados. À medida que se foram afirmando as exigências de *participação* dos cidadãos na vida pública, foi-se também tomando consciência da necessidade de garantir a *informação* desses mesmos cidadãos¹⁹.

O propósito ínsito aos direitos à informação procedimental e de acesso a arquivos e registos administrativos é, do ponto de vista objectivo, o mesmo: o de banir o segredo administrativo e de tornar a vida e o funcionamento da Administração Pública mais democráticos e transparentes. Para além das inegáveis dimensões subjectivas destes direitos, não é menos certo que eles representam valores fundamentais para a estruturação política da comunidade, estando também ligados a princípios gerais da actividade administrativa (com acolhimento constitucional e legal) como os princípios da imparcialidade, legalidade, igualdade e justiça: tudo confluindo para a indiscutível "existência de um *interesse público* objectivamente radicado na transparência em si mesma"²⁰. É este valor objectivo que é igualmente destacado no CPA, quando estabelece como princípio geral da actividade administrativa o *princípio da colaboração da Administração com os particulares*, que obriga os órgãos da Administração Pública (designadamente) a "prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam", bem como a "receber as suas sugestões e informações" [cfr. als. a) e b) do nº 1 do artigo 7º do CPA].

3.3. Com o rapidíssimo desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, particularmente na área da informática, as possibilidades de recolha, armazenamento, utilização e interconexão de dados aumentaram exponencialmente, criando correlativos perigos para as pessoas (sobretudo ao nível da protecção da intimidade da sua vida privada). Antes de se falar em direitos, tem aqui forçosamente, porém, que se mencionar os *deveres*: os cidadãos, num cada vez maior número de casos e situações, estão obrigados a divulgar factos relativos às suas vidas privadas, factos esses que vão ser armazenados, as mais das vezes, num computador, sob a forma de *bits*. É isso que se passa ao nível da assistência médica e sanitária, das prestações de segurança social, das actividades policiais, do exercício de actividades e/ou profissões

¹⁹ O citado estudo de GREGORIO ARENA "La tutela della riservatezza nella società dell'informazione" (cfr. nota 3) é bastante curioso a este respeito: referindo-se ao ordenamento italiano, o Autor afirma (p. 73 s.) que os anos Setenta foram os "anos da participação", ao passo que nos anos Oitenta a palavra de ordem foi a da "transparência" (em todos os campos da vida social, económica e institucional), a qual passa, antes de mais, pelo direito de acesso aos actos, registos e arquivos da Administração; tudo isto, ainda segundo o Autor, ao serviço de uma exigência mais profunda, concretamente, a "de ter sob controlo o exercício do poder, seja ele o poder financeiro, político, administrativo ou de outro tipo". Sobre a interdependência funcional entre os direitos à informação e à participação, cfr. SÉRVULO CORREIA, "O direito à informação", *cit.*, p. 133.

²⁰ Nesse sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, "Anotação" (aos Acórdãos nºs 176/92 e 177/92 do Tribunal Constitucional), *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125º, nº 3.821, p. 252-256 (especialmente p. 253).

que reclamam intervenções públicas, ao nível das relações com a Administração Fiscal, etc.²¹. São estas necessidades de recolha, armazenamento e tratamento de informações relativas às pessoas que levaram à verdadeira explosão dos chamados *bancos de dados*, detidos quer por particulares quer por entidades públicas. Na perspectiva das entidades públicas, naturalmente que essas enormes quantidades de informação vêm reforçar o seu poder, aumentando as situações em que o cidadão se poderá ver manietado perante autoridades que, para além do poder que já detinham, possuem agora informações muito significativas sobre a sua vida privada.

De qualquer forma, a existência destes bancos de dados, e ainda na estrita perspectiva do direito à informação, vem aumentar o leque de *direitos* de que o cidadão dispõe: ele deverá ser dotado do direito de aceder a esses dados, bem como de rectificar e de apagar os dados errados, ilegais ou já sem valor²².

No nosso ordenamento jurídico também este direito de acesso está garantido, desde logo ao nível constitucional, onde o artigo 35º prevê expressamente o direito de todos os cidadãos de "acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam" (nº 1). Estabelece-se ainda o "livre acesso às redes informáticas de uso público" (nº 6) e garante-se, desde a revisão constitucional de 1997, a mesma protecção para os dados pessoais constantes de ficheiros manuais (nº 7). Ainda segundo o artigo 35º da CRP, concretamente o seu nº 2, é à lei que cabe definir "o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização". E o legislador ordinário não se furtou à imposição constitucional: na LADA²³ definiu-se pela primeira vez a noção de *dados pessoais* [na al. c) do seu artigo 4º], noção que é igualmente precisada pela Lei nº 67/98, de 26 de Outubro — Lei da Protecção de Dados Pessoais (LPDP). Em relação às condições aplicáveis ao tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização de dados pessoais, elas estão previstas na citada Lei nº 67/98, que revogou a Lei nº 10/91, de 29 de Abril, onde estavam inicialmente reguladas²⁴.

3.4. O direito à informação, como a maioria dos direitos fundamentais, não goza de uma garantia absoluta, e apesar de a liberdade de acesso aos documentos administrativos ser a regra, a verdade é que há diversas *excepções* a tal direito, nomeadamente como forma de não violar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

Estamos no âmbito daquilo que tradicionalmente se apelidava de *limites imanes*

²¹ Sobre a "multidão de situações nas quais as pessoas estão expostas à necessidade de divulgar factos relativos à sua vida privada e mesmo à sua intimidade", cfr. FRANÇOIS RIGAUX, "La liberté de la vie privée", *Revue internationale de droit comparé*, 43^e année, nº 3, 1991, p. 539-563 (p. 555).

²² Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, "La liberté", *cit.*, p. 556.

²³ Cfr. *supra*, nota 18.

²⁴ Deve-se também mencionar aqui a Lei nº 68/98, de 28 de Outubro, que regula o tratamento de dados pessoais no sector das telecomunicações e que, nos termos do seu artigo 1º, especifica e complementa as disposições da LPDP.

deste direito fundamental²⁵, e que hoje se designa também (por exemplo na jurisprudência do Tribunal Constitucional) por *limites a priori* do direito à informação; ou, dito de outra forma, logo em sede de determinação do *âmbito de protecção da norma* garantidora deste direito, verificamos a existência de uma *restrição constitucional expressa*²⁶. E é assim que, logo no texto da Constituição (nº 2 do artigo 268º) se estabelece que o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos é conferido "sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas".

Apesar das divergências doutrinárias sobre a possibilidade de extensão destes limites ao direito à informação procedimental²⁷, a verdade é que a CRP estabelece uma restrição constitucional expressa ao direito à informação (pelo menos numa das suas vertentes), restrição essa que tem de ser tida em conta logo em sede da determinação do âmbito de protecção da norma garantidora do direito de acesso a arquivos e registos administrativos.

A legislação ordinária não deixou, de resto, de densificar tais limites: em face do CPA é claro que o direito de informação (e as diversas faculdades em que ele se desdobra) não goza de uma protecção absoluta. E tal acontece, desde logo, porque a sua satisfação plena sacrificaria outros direitos e valores constitucionais de igual (ou até maior) valia²⁸. Os exemplos desses limites são diversos, devendo sobretudo destacar-se os previstos no nº 1 do artigo 62º e no nº 2 do artigo 63º, no que toca ao direito à informação procedimental (documentos classifica-

²⁵ Sobre a noção tradicional dos limites imanescentes, cfr. VIEIRA de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 215 ss., que os caracteriza como "fronteiras definidas pela própria Constituição". Segundo o Autor, não estamos aqui perante casos de *conflitos* entre direitos e valores constitucionais, nem perante situações de *colisões de direitos*, já que é o próprio texto constitucional que não protege determinadas formas de exercício do direito fundamental; como tal, trata-se apenas de um problema de interpretação da norma constitucional que tutela o direito. Sobre a análise da jurisprudência anterior do Tribunal Constitucional, na qual a categoria dos limites imanescentes tinha um papel mais destacado do que aquele que lhe é atribuído actualmente, cfr. CASALTA NABAIS, "Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV (1989), p. 61-120 (p. 81 ss.).

²⁶ GOMES CANOTILHO considera actualmente que todos os direitos fundamentais são *direitos prima facie*, cuja radicação subjectiva depende "da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas"; no entanto, não deixa de considerar que a primeira tarefa metódica a realizar, no momento de efectuar tal ponderação, consiste na determinação do âmbito de protecção da norma, em que se averigua a possível existência de restrições constitucionais expressas: cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 1193 ss.

²⁷ Do lado dos que defendem a inconstitucionalidade de tal alargamento, cfr. GOMES CANOTILHO, para quem ("Anotação", cit., p. 254) "esta transferência da 'trindade restritiva' (intimidade das pessoas, segurança interna e externa e investigação criminal) do art. 268º/2 para o art. 268º/1 é metodicamente insustentável", porque "o direito à informação procedimental é, *prima facie*, um direito sem restrições e não um direito com os limites estabelecidos quanto ao direito ao arquivo aberto". Já pelo contrário SÉRVULO CORREIA ("O direito à informação", cit.) salienta o "nexo conjuntivo entre os direitos à informação procedimental e ao acesso a arquivos e registos administrativos" (p. 135) e o facto de os nºs 1 e 2 do art. 268º CRP configurarem "nas suas diferentes vertentes um único direito fundamental: o direito de informação dos administrados" (p. 141), concluindo desta forma que "quando o nº 2 consente a introdução de limitações pela lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas, deve entender-se que o consentimento se estende ao nº 1, sobretudo porque se não atingem razões para que não vigorem quanto às duas modalidades de informação administrativa as mesmas razões de protecção dos valores defendidos através das limitações consentidas pelo nº 2 do artigo 268º".

²⁸ Expressamente neste sentido, cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo — Comentado*, 2ª ed. (1997), Almedina, Coimbra, p. 323.

dos ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica), e no nº 1 do artigo 65º, quanto ao direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (segurança interna e externa, investigação criminal e intimidade das pessoas)²⁹.

III. A protecção da intimidade na sociedade do risco

1. Dificuldades na definição de “privacidade”

Não se pode ter a pretensão, num estudo com os objectivos que nos guiam, de entrar na vigorosa discussão doutrinal que há mais de um século é travada sobre o exacto sentido e alcance do conceito de *privacidade*. Por essa mesma razão, usaremos indistintamente conceitos como "privacidade", "intimidade da vida privada", "vida privada" e outros que lhes são próximos³⁰; recaindo no entanto a nossa preferência no conceito de "intimidade das pessoas", por ser o usado pelo legislador constituinte quando estabelece os limites ao direito de acesso aos registos e arquivos administrativos.

Também quando se ensaie uma análise de direito comparado as dificuldades são inúmeras. Mesmo nos EUA, a pátria do *right to privacy*, não há uma definição única deste direito nem uma teoria unificada sobre a *privacy* na respectiva Constituição, sendo as divergências reforçadas por se tratar de um conceito de criação jurisprudencial³¹. Na Alemanha o conceito de privacidade foi igualmente desenvolvido pelos tribunais de forma pragmática, o que dificulta o desenvolvimento de uma teoria unitária sobre a privacidade. Igualmente em França se fez sentir este desenvolvimento do *right to privacy* pelos tribunais. E os autores franceses não têm deixado de sublinhar as dificuldades e incorrecções na tradução do *right to privacy* por

²⁹ Tais limites foram alargados na revisão do CPA efectuada pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro: os segredos comerciais, industriais e autorais não constavam da versão original do Código. Também o preceito contido no nº 2 do artigo 60º do CPA (segundo o qual "Os interessados têm também o dever de prestar a sua colaboração para o conveniente esclarecimento dos factos e a descoberta da verdade") demonstra como "o Código é avesso a uma feição estritamente garantística ou defensiva do princípio da participação dos interessados", ficando particulares e Administração constituídos "numa posição jurídica de recíproca e sã colaboração procedimental" (ESTEVEZ DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, p. 319).

³⁰ Assinale-se que mesmo a nossa legislação publicística não é uniforme a este propósito: a própria Constituição, se protege o direito "à reserva da intimidade da vida privada e familiar" (artigo 26º, nº 1), por outro lado estabelece como limite ao direito de acesso aos documentos administrativos a "intimidade das pessoas" (artigo 268º, nº 2). Este último conceito é também utilizado pelo artigo 65º, nº 1, do CPA. A noção de "dados pessoais" assume também grande importância na nossa legislação, seja ao nível constitucional (cfr. os nºs 2, 6 e 7 do artigo 35º), do CPA (artigo 62º), da LADA (conceito usado diversas vezes ao longo do seu articulado, designadamente na al. c) do nº 1 do artigo 4º e no artigo 9º) e da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (precisamente a "Lei da Protecção de Dados Pessoais"). Finalmente o conceito de "documentos nominativos" é usado pela LADA.

³¹ Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, "L'élaboration d'un 'Right of Privacy' par la jurisprudence américaine", *Revue internationale de droit comparé*, 32^e année, nº 4, 1980, p. 701-730 (p. 701 e 704). O mesmo Autor dá conta, no mesmo estudo (p. 727), da riqueza das conotações do conceito no direito americano, referindo diversas expressões usadas pela jurisprudência ao longo dos tempos: "privacies of life", "the privacy of the telephone", "political privacy", "privacy in one's association", "marital privacy", "zone of privacy", "individual privacy", "personal privacy", "personal, marital, familiar and sexual privacy" e "patient's privacy".

vie privée ou por *droit au respect de la vie privée*³². Estas dificuldades de tradução fazem-se sentir em todas as línguas³³, não sendo a nossa excepção, pelo que não há uma correspondência muito rigorosa entre *privacy* e vida privada. O que só vem reforçar a nossa convicção de que não vale a pena sermos muito exigentes no uso da expressão correcta, uma vez que estaríamos provavelmente em busca de uma quimera: "definir com rigor 'privacidade' é uma tarefa que parece raiar os limites do impossível"³⁴. O fundamental é entender os valores que estão protegidos por este direito à privacidade, à reserva da vida privada e familiar ou à intimidade da vida privada.

Deve ainda pôr-se em evidência que a relatividade do conceito resulta de se tratar de um *conceito cultural*, que varia com o tempo, o espaço, o tipo de pessoas em causa (nomeadamente saber se estamos ou não perante pessoas que pertencem à *Zeitgeschichte*), etc.. As palavras de GREGORIO ARENA são a este respeito particularmente impressivas: "a própria noção de reserva é subjectiva e variável em função dos sujeitos, dos lugares e dos momentos históricos. Os limites da esfera privada são elásticos, dependendo das circunstâncias, do contexto em que se encontra um determinado sujeito, das suas relações de poder (...); o conceito de reserva é um conceito 'cultural' no sentido mais amplo do termo, isto é, depende da 'cultura' da sociedade em que é utilizado"³⁵.

2. Finalidades da tutela da privacidade

Ao tutelar-se o bem jurídico da intimidade e da privacidade está-se a proteger um *direito de personalidade* que deve ser considerado como densificação do próprio *princípio da dignidade da pessoa humana*³⁶.

A finalidade primacial da tutela jurídica da privacidade é a de reservar ao indivíduo o círculo de vivências, acontecimentos e informações que ele pretende *legitimamente* guardar para si e subtrair aos olhos do público, por se referirem a experiências íntimas que deseja manter como tais. Está em causa o seu direito de estar só e com as pessoas com quem pretende partilhar os acontecimentos da sua vida privada, devendo o direito à intimidade abarcar *pessoas* (e as suas vivências íntimas), *locais* (designadamente a casa de cada um) e determinado número de informações pessoais (por exemplo as que tenham a ver com a saúde e vida

³² Cfr. FRANÇOIS RIGAUX, *ob. ult. cit.*, p. 728 e 730.

³³ Cfr. LEITE PINTO, *ob. cit.*, p. 66 s. As dúvidas e dificuldades em torno dos termos *privacy*, *riservatezza*, *Geheimsphäre*, *intimidad*, *vie privée*, *intimidade da vida privada* são comuns às diversas ordens jurídicas em causa.

³⁴ As palavras são de PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 504.

³⁵ GREGORIO ARENA, *ob. cit.*, p. 78. Sobre a relatividade do conceito cfr., entre nós, COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal — uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra Editora, 1996, p. 93 s. e 157; e LEITE PINTO, *ob. cit.*, p. 142.

³⁶ Sobre a inserção — amplamente admitida pelas doutrinas e jurisprudências de vários países — do direito à intimidade da vida privada na categoria dos direitos de personalidade, em que está em causa a própria protecção da *dignidade da pessoa humana*, cfr., entre nós, COSTA ANDRADE, *ob. ult. cit.*, p. 13 e 29, acentuando o mesmo Autor noutra local ("Sobre a Reforma", *cit.*, p. 437) como estes bens jurídicos pessoais (entre os quais inclui o direito à privacidade) são concretização de um *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*.

sexual).

No entanto, o entendimento actual do conceito privacidade e dos respectivos valores que estão em causa vai muito para além da protecção de interesses individuais: o direito à privacidade não pode hoje ser apenas definido como "the right to be let alone", destacando a doutrina nacional e estrangeira a valência ou dimensão social e comunitária da privacidade. Hoje em dia, a protecção da privacidade é uma necessidade do homem e da própria sociedade, não se podendo pôr de lado o sentido *relacional* da reserva³⁷. Num tempo em que o relacionamento com os outros e com a sociedade se faz aos mais diversos níveis, será a própria sociedade a sucumbir se não se protegerem os "redutos" em que o homem se entrincheira, reservando para si e para os seus as vivências pessoais. Daí que não se possam considerar exageradas as palavras daqueles para quem a privacidade tem mais a ver com a interacção social do que com o comportamento de indivíduos hermeticamente isolados³⁸. O que tem ainda mais sentido na sociedade da comunicação em que vivemos, onde a troca e o acesso cada vez mais fáceis à informação não podem prescindir do direito a assegurar a intimidade da pessoa³⁹.

3. A tutela da privacidade enquanto objectivo transversal de toda a ordem jurídica

O significado e a importância da tutela da privacidade podem ser bem ilustrados pelo facto de ela constituir um objectivo "horizontal" de toda a ordem jurídica, isto é, de ela ser consagrada pela ordem jurídica no seu conjunto, desde logo ao nível constitucional, mas também pelo direito administrativo, pelo direito penal e pelo direito civil. Também os instrumentos internacionais de tutela dos direitos do homem, de resto, se ocupam da privacidade, protegendo-a nos seus articulados: é o que se passa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (no seu artigo 12º e também nos artigos 6º e 15º), com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 8º) e com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigo 17º)⁴⁰.

³⁷ COSTA ANDRADE (*Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991, p. 372, n. 27) põe em relevo, ao analisar o "imperativo para a privacidade na sociedade moderna", "as funções mais significativas da mesma privacidade: tanto para o indivíduo como para a própria sociedade". Para além de referir que "a privacidade protege o indivíduo do perigo de sucumbir física e psiquicamente ante a avalanche das perturbações e ruídos e a plétora de estímulos da sociedade moderna", o Autor destaca: "Menos manifestas, *não são por isso menos importantes as funções da privacidade para o sistema social*" (itálico nosso), bem como "a funcionalidade recíproca entre a privacidade e o sistema social — só um sistema social diferenciado e pluralizado abre espaço à privacidade".

³⁸ Cfr. DAVID FELDMAN, "Privacy-related Rights and their Social Value", in: *Privacy and Loyalty*, Ed. by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 15-50 (p. 15 e 49).

³⁹ Fazendo a ligação entre o sentido "relacional" da privacidade e a sociedade da comunicação, cfr. GREGORIO ARENA, *ob. cit.*, p. 92 s.

⁴⁰ Para uma análise destes documentos internacionais, cfr. LEITE PINTO, *ob. cit.*, p. 84 ss. e DAVID FELDMAN, *ob. cit.*, p. 28.

No que se refere às ordens jurídicas internas, a inclusão da protecção da privacidade ao nível constitucional tem suscitado alguma polémica, nomeadamente nos Estados Unidos⁴¹, na Inglaterra⁴² e na própria Alemanha, onde o direito à vida privada tem sido construído a partir do direito geral de personalidade consagrado nos artigos 1º e 2º da *Grundgesetz*, mas sem previsão constitucional expressa.

Entre nós, porém, esta discussão não faz sentido uma vez que, como se viu, o direito à intimidade da vida privada e familiar está expressamente previsto no nº 1 do artigo 26º da CRP, com a enorme força jurídica resultante de estar inserido no catálogo dos direitos, liberdades e garantias pessoais. No plano da legislação ordinária, também o Código Civil, para além de assegurar no seu artigo 70º a tutela geral da personalidade, garante no artigo 80º o *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. O Código Penal, por sua vez, prevê uma série de incriminações destinadas a proteger bens jurídicos pessoais, entre os quais se conta a *reserva da vida privada e da intimidade*: é o que se passa com os crimes previstos nos artigos 192º ("Devassa da vida privada") e 193º ("Devassa por meio de informática").

4. O papel do direito administrativo

Apesar de a tutela da privacidade ter dignidade suficiente, como acaba de acentuar-se, para merecer a atenção do direito penal, através da criação de tipos legais de crime directamente destinados à sua tutela autónoma, o *direito administrativo* ocupa, quanto a nós, a posição central na matéria.

Desde logo, a regulação constitucional do direito à privacidade, bem como a inclusão da privacidade dentro dos limites a observar no exercício do direito de acesso a arquivos e registos *administrativos* e na utilização da *informática*, têm o sentido de reforçar esse papel. O direito administrativo, para além de ser em larga medida direito constitucional concretizado, revela uma apetência muito especial para regular questões de índole técnica, como muitas das que se colocam neste domínio.

A posição do direito administrativo na matéria é ainda reforçada pelo tipo de sociedade em que vivemos: os cidadãos são obrigados, em cada vez maior número de situações, a fornecer informações *pessoais* aos órgãos e agentes administrativos, seja porque necessitam deles (veja-se o que se passa na área da saúde, das prestações de segurança social, na protecção no desemprego, etc.), seja porque os poderes da Administração o justificam (os exemplos

⁴¹ Onde, apesar de tal direito não estar previsto na Constituição nem no *Bill of Rights*, a jurisprudência o tem feito valer como direito constitucional por estar implicitamente contido no seu texto. A grande complexidade desta discussão pode ser analisada na obra de DARIEN McWHIRTER/JON D. BIBLE, *Privacy as a Constitutional Right — Sex, Drugs and the right to life*, Quorum Books, New York/Westport/London, 1992, *passim*.

⁴² ERIC BARENDT ("Privacy as a Constitutional Right and Value", in: *Privacy and Loyalty*, Ed. by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 1-14), depois de nos informar que a *common law* inglesa não reconhece um direito geral de personalidade, analisa ao longo de todo o seu estudo a preferência em reconhecer tal direito ao nível constitucional, em relação ao nível "estatutário", nomeadamente pelo facto de os direitos constitucionais colocarem limites ao Estado e a outras autoridades públicas (p. 12).

do direito de polícia e da prevenção e repressão da criminalidade são a este respeito claros), seja ainda porque os especiais deveres que têm para com a Administração o exigem (os poderes da *Administração fiscal* no que toca ao controlo das declarações dos contribuintes, aos meios de investigação que a lei lhes faculta e aos meios de prova de que dispõem representação, em muitos casos, uma porta aberta para comprimir a intimidade das pessoas⁴³). É igualmente um facto que, um pouco por todo o lado (e também em Portugal), se assiste à "administrativização" do controlo de dados informáticos, cabendo às autoridades administrativas — designadamente a entidades administrativas independentes — importantíssimas atribuições nesta área.

Aliás, mesmo em termos *sancionatórios* o direito administrativo leva vantagem em relação ao direito penal na reacção contra os atentados à privacidade. É evidente que sempre que esses atentados ponham em causa de forma insuportável a intimidade da vida privada — nomeadamente por atentarem directamente contra a própria *dignidade da pessoa humana* — estará justificada a intervenção do direito penal. Mas as ideias de *ultima ratio* e de subsidiariedade e fragmentariedade ínsitas a este direito apontam claramente no sentido de as reacções administrativas levarem preferência, preferência mais marcada ainda na *sociedade do risco*, nomeadamente em virtude da maior aptidão do direito administrativo para disciplinar questões de índole técnica, da constante mutação da realidade social e económica e da maior aptidão das autoridades administrativas para se adaptarem às novas circunstâncias.

Ao que se deve acrescentar ainda o facto de grande parte dos atentados à privacidade provir hoje em dia de *peçoas colectivas*, *v. g.*, de empresas do ramo da comunicação social. Mesmo que se considere definitivamente resolvido, do ponto de vista teórico, o problema da capacidade de acção e de culpa jurídico-penais das pessoas colectivas, a verdade é que as dificuldades práticas na sua responsabilização são sempre inúmeras. Pelo contrário, o direito administrativo, nomeadamente por intermédio das coimas e das sanções acessórias ao dispor do ilícito de mera ordenação social, terá maior facilidade em proceder à punição de tais atentados e à responsabilização das empresas infractoras.

5. A tutela da privacidade na sociedade da informação

Os problemas da protecção da privacidade, por outra parte, alteraram-se claramente na *sociedade do risco e da informação*⁴⁴, sobretudo devido ao desenvolvimento da informática e

⁴³ Veja-se a este propósito o interessantíssimo estudo de MARIE-CHRISTINE VALSCHAERTS, *Les pouvoirs d'investigation des administrations fiscales, spécialement dans leur rapport avec le respect de la vie privée de l'individu*, Bibliothèque de l'École Supérieure des Sciences Fiscales, Bruxelles, 1989. A Autora põe em confronto, ao longo da obra, os poderes-deveres das autoridades fiscais (justificados nomeadamente em face da necessidade em evitar a fraude e a evasão fiscal) com os correspondentes direitos dos contribuintes a conservar a sua dignidade e a preservar aspectos íntimos da sua vida, sublinhando "a antinomia que pode existir entre o 'imposto' e o 'respeito da vida privada de todo o indivíduo'" (p. 183).

⁴⁴ Para COSTA ANDRADE (*Liberdade de Imprensa, cit.*, p. 17 s.) a sociedade do risco é "portadora de novas agressões, ameaças e perigos", multiplicando "exponencialmente as *superfícies expostas às intempéries* dos valores pessoais envolvidos".

correspondente facilidade na recolha, tratamento, difusão, acesso e armazenamento de dados. As potencialidades abertas pela *Internet* — verdadeira auto-estrada da informação, a qual tem vindo constantemente a expandir-se — são de tal forma significativas que estão a alterar de forma radical a vida social no início do novo milénio. Na verdade, quando "a informação pessoal assume a forma de *bits*, a sua vulnerabilidade ao abuso, particularmente na *Internet*, é evidente"⁴⁵. A revolução informática é muito significativa para o tema que estamos a tratar, ao alargar de forma exponencial os perigos de devassa da privacidade — nomeadamente pelos órgãos da Administração Pública — em face da facilidade em aceder a (e utilizar) informações pessoais.

Ainda para mais são claras as dificuldades sentidas pelos juristas nesta matéria: as tentativas de ordenação jurídica da informática, particularmente da *Internet*, são manifestas, pon-do em evidência a inoperância dos modelos tradicionais no novo ambiente digital⁴⁶ — tanto mais quanto, relativamente a este ambiente, "a sua anarquia e resistência à regulação são, no pensamento de muitos, a sua força e atracção"⁴⁷. Tentativas há, é certo, que têm sido feitas, designadamente ao nível dos próprios servidores privados, através de sistemas de *auto-regulação*⁴⁸, mas os resultados são (ainda) muito pouco significativos.

6. O direito à autodeterminação informativa

O desenvolvimento da informática conduziu à autonomização pela jurisprudência constitucional alemã de um novo direito fundamental relacionado com a tutela da privacidade: o *Recht auf informationnelle Selbstbestimmung*⁴⁹, que tem sido traduzido para português como *direito à autodeterminação sobre a informação*, à *autodeterminação informacional* ou *informativa*. Direito este que tem precisamente a virtude de perspectivar a privacidade perante os novos perigos informáticos, nomeadamente os relativos às possibilidades quase ilimitadas de recolha e tratamento informático — e correspondente acesso — de dados pessoais. Ele foi pela primeira vez definido pelo Tribunal Constitucional alemão como "um direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais"⁵⁰. Em Portugal foi já definido como a "faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais"⁵¹.

⁴⁵ RAYMOND WACKS, "Privacy in Cyberspace: Personal Information, Free Speech, and the Internet", in: *Privacy and Loyalty*, Ed. by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 93-112 (p. 97).

⁴⁶ Sobre a dificuldade em aplicar os modelos existentes ao tipo de comunicação que tem lugar na *Internet*, vide P. SCHAAR, "Datenschutzfreier Raum Internet", *Computers und Recht*, 1996, p. 175 (*apud* FERNÁNDEZ ESTEBAN, *cit.*, p. 92).

⁴⁷ Cfr. RAYMOND WACKS, *cit.*, p. 97.

⁴⁸ Para uma análise das tentativas levadas a cabo em diversos países europeus para a elaboração de "Códigos de conduta" e outros instrumentos de auto-regulação, vide FERNÁNDEZ ESTEBAN, *cit.*, p. 104 ss.

⁴⁹ Sobre a criação deste novo direito pela jurisprudência e doutrina alemã, cfr. COSTA ANDRADE, "Sobre a Reforma do Código Penal", *cit.*, p. 435, n. 15.

⁵⁰ Cfr. *BundesVerfassungsgericht*, 65, 1, in *Das Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 419 ss.

⁵¹ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *cit.*, p. 480.

O nosso direito positivo fornece importantes indicações a este respeito, uma vez que o artigo 35º da CRP garante "um conjunto de direitos fundamentais em matéria de *defesa contra o tratamento informático de dados pessoais*" que "tende a densificar o moderno *direito à autodeterminação informacional*"⁵². Entre esses direitos (alargados pela Revisão Constitucional de 1997) contam-se o de acesso, rectificação e actualização dos dados informáticos, bem como de conhecer a finalidade a que se destinam (nº 1), a protecção dos dados pessoais (nº 2), a impossibilidade do uso da informática para tratamento de certas questões respeitantes ao foro íntimo (nº 3), a proibição de acesso por terceiros (nº 4) e o acesso livre às redes informáticas de uso público (nº 6).

Acrescente-se apenas que a origem alemã deste direito não desmente a sua difusão espacial, sendo hoje referido em boa parte das ordens jurídicas que nos são mais próximas: é o caso da ordem jurídica espanhola, na qual o Tribunal Constitucional (na Sentença nº 254/93) deduziu, a partir do artigo 18º, nº 1, da Constituição espanhola, o direito "ao controlo do indivíduo sobre os dados da sua vida privada", denominando este direito como "liberdade informática" ou "direito à autodeterminação informativa"⁵³.

IV. O conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade

1. O conflito e o seu agravamento na sociedade do risco

Os direitos à informação e à privacidade encontram-se, muitas vezes, em rota de colisão, tendo a sociedade da informação e do risco dos nossos dias trazido consigo o aumento exponencial das situações de colisão. Desde logo porque nos Estados de Direito democráticos como o português a afirmação dos valores da transparência, abertura e democraticidade da Administração Pública é feita de modo cada vez mais claro, representando as crescentes facilidades no acesso à informação o aumento das possibilidades de devassa da vida privada dos cidadãos. Por outro lado, a razão provavelmente mais significativa do aumento das possibilidades de conflito tem a ver com o desenvolvimento das tecnologias informáticas, as quais facilitaram a recolha, armazenamento e tratamento de dados — nomeadamente de dados *pessoais* —, sendo também mais fácil o acesso por terceiros a essa informação⁵⁴.

A relação entre o desenvolvimento tecnológico — particularmente ao nível da infor-

⁵² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 215 s.

⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *cit.*, p. 131-135. Também RAYMOND WACKS, *cit.*, p. 109 ss. alude ao direito à "informational self-determination", postulado que, no seu entender, "exprime um ideal democrático fundamental".

⁵⁴ Relativamente ao "perigo real e efectivo que a acumulação informática de dados sobre as pessoas pode representar para a liberdade e os direitos dos cidadãos, em especial sobre a vida privada", *vide* FERNÁNDEZ ESTEBAN, *ob. cit.*, p. 128 ss. e PAULO MOTA PINTO, que oferece diversos exemplos de como "a *evolução técnica* veio fornecer meios incomparavelmente mais eficazes de violação da intimidade das pessoas" (cfr. *ob. cit.*, p. 511). Cfr. ainda FRANÇOIS RIGAUX, "La liberté de la vie privée", *cit.*, p. 556 (mostrando alguns dos perigos levantados pelos "bancos de dados").

mática — e a possibilidade de ofensa ao direito à intimidade da vida privada dos cidadãos é tanto mais clara se pensarmos que "foi o potencial de perigo representado pela recolha e tratamento informático de dados que levou à descoberta do *direito à autodeterminação sobre a informação*"⁵⁵. Ao que se soma a circunstância de a sociedade actual expor de forma cada vez mais intensa os cidadãos aos olhos e ouvidos indiscretos dos outros — principalmente da Administração Pública —, por lhes ser reclamado o fornecimento de informação pessoal e por terem de consentir na intromissão na sua vida privada em áreas tão diversas como as da saúde, segurança social, investigação policial e criminal, no âmbito fiscal, etc.⁵⁶.

As dificuldades de resolução deste conflito são inúmeras, nomeadamente porque se trata de dois direitos fundamentais consagrados na Constituição, que não têm apenas como função a defesa de interesses individuais mas também sociais. Estaremos muitas vezes perante casos de autêntica *colisão* ou *conflito de direitos fundamentais*, uma vez que se tutelam constitucionalmente dois bens que, em muitos casos, estarão em contradição concreta, já que o exercício de um dos direitos colidirá com o outro⁵⁷.

O direito à reserva da intimidade é, em todo o caso, um limite expresso ou *a priori* ao direito à informação: a própria Constituição estabelece limites ao exercício deste último direito, pelo menos na vertente do *acesso a arquivos e registos administrativos* (no nº 2 do artigo 268º), entre os quais se conta a intimidade das pessoas. Pelo contrário, a Constituição, no seu artigo 26º, não estabelece qualquer limite expresso ou *a priori* ao direito à reserva da vida privada e familiar, o que não desmente a existência de limites *a posteriori*, nomeadamente aqueles relacionados com actividades dirigidas à prossecução de um *interesse legítimo*, que muitas vezes será um *interesse público*⁵⁸.

Os problemas agravam-se, de resto, por a liberdade de acesso à informação corresponder a uma ideia fundamental ínsita ao princípio do Estado de Direito e cada vez mais acentuada nos nossos dias: a *transparência da Administração Pública* e a sua *abertura à sociedade civil*. Nesta dimensão, o direito à informação constitui um direito de participação política e democrática, estando ao serviço de princípios fundamentais da actividade administrativa,

⁵⁵ COSTA ANDRADE, "Sobre a Reforma do Código Penal", *cit.*, p. 445.

⁵⁶ Estes conflitos são ainda mais claros quando está directamente em confronto a tutela da privacidade dos cidadãos e o exercício da *liberdade de comunicação e de imprensa*. Não pretendemos, no entanto, alongar-nos sobre este ponto. Sobre ele cfr., entre outros, COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa*, *cit.*, p. 38 ss.; *id.*, "Sobre a Reforma do Código Penal", *cit.*, p. 450; LEITE PINTO, *ob. cit.*, p. 114 s.; CAPELO de SOUSA, *ob. cit.*, *passim* (especialmente p. 1125 e 1132 ss.); e FERNÁNDEZ ESTEBAN, *ob. cit.*, p. 36 e 122 ss.

⁵⁷ Sobre a noção de *conflito* ou *colisão* de direitos fundamentais, cfr. VIEIRA de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, *cit.*, p. 220 (dando o Autor como exemplo de um caso de colisão ou conflito de direitos o "da liberdade de expressão ou de imprensa, quando se oponha à intimidade da vida privada") e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *cit.*, p. 1191.

⁵⁸ Nesse sentido aponta a jurisprudência do Tribunal Constitucional, uma vez que a circunstância de o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar ser consagrado à partida no nº 1 do artigo 26º da Constituição sem qualquer limite não inibiu este órgão de admitir restrições ao direito: cfr. os acórdãos nºs 7/87 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, nº 9, p. 7 ss. e 35) e 263/97 (*Diário da República*, 2ª série, de 1 de Julho de 1997, p. 7567 ss.); sobre a limitação do direito à reserva da vida privada e familiar por actividades dirigidas à prossecução de um interesse legítimo, cfr. PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 565 ss.

como os da legalidade, da prossecução do interesse público, da justiça, da igualdade e da publicidade, só para referir os mais significativos.

Deve então desde já concluir-se que nenhum destes direitos fundamentais tem um alcance ilimitado, havendo uma contraposição entre dois valores tantas vezes antagónicos. Vejamos de que forma ou formas poderá o conflito ser resolvido.

2. Formas de resolução do conflito

Em nossa opinião, a tentativa de resolução dos eventuais conflitos entre o direito à informação e o direito à privacidade não deve passar pelo inteiro sacrifício de qualquer deles. Do lado do direito à intimidade da vida privada, é um facto que ele muitas vezes terá de ser sacrificado, nomeadamente no que respeita às pessoas que fazem parte da *Zeitgeschichte*, que serão obrigadas a pagar o preço da posição que ocupam, o qual se traduzirá também numa maior exposição da sua vida privada aos olhos do público. Mas, mesmo para essas pessoas, o direito à privacidade nunca poderá ser inteiramente sacrificado em nome do direito à informação, tendo elas o direito a afastar do conhecimento de estranhos pelo menos as informações relativas ao reduto mais privado da sua vida íntima. Já no que se refere ao direito à informação, é pensável o afastamento de determinadas formas do seu exercício em nome da protecção da intimidade das pessoas, uma vez que existe uma restrição constitucional expressa nesse sentido, que delimita o próprio âmbito de protecção do direito.

2.1. A nossa legislação ordinária ocupou-se já (legitimamente) da individualização e determinação dos limites impostos pela norma constitucional, designadamente quando a informação respeita a *dados pessoais*. Nos termos da LADA e da LPDP, o acesso a este tipo de dados encontra-se fortemente limitado, só sendo em princípio permitido às pessoas a quem respeite, às que estiverem por estas autorizadas ou a alguém que demonstre um interesse directo, pessoal e legítimo na sua consulta. Em função da análise dos pareceres da CADA e da CNPD (antiga CNPDPI) poderemos dizer que é isso que se tem discutido muitas vezes no que respeita aos *dados clínicos de terceiro*, para cujo acesso se têm observado tais limites.

Assim, e também em função de um certo abandono (doutrinal e jurisprudencial) a que tem sido votada a teoria dos *limites imanes* – falando-se agora mais correntemente no conteúdo *a priori* dos direitos fundamentais, ou na sua delimitação através do *âmbito de protecção da norma*⁵⁹ –, deve destacar-se a necessidade de as situações de colisão entre os dois direitos de que curamos serem tratadas com base na harmonização dos preceitos (e dos direitos) em confronto.

⁵⁹ Sobre os *limites a priori* dos direitos fundamentais, cfr. a mais recente jurisprudência do Tribunal Constitucional português, que pode ser vista no acórdão nº 254/99 (*Diário da República*, 2ª série, nº 137, de 15.06.1999, p. 8586 ss.) e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 1193; sobre a delimitação do âmbito de protecção da norma como primeiro passo da tarefa metódica de restrição de direitos, liberdades e garantias, GOMES CANOTILHO, *ob. ult. cit.*, p. 1195.

Tal tarefa pode ter por base o recurso ao método da concordância prática – o qual exige a tomada em consideração dos direitos em conflito, não ignorando qualquer deles⁶⁰ –, bem como a invocação do *princípio da proporcionalidade* (em sentido amplo), nas suas vertentes de *necessidade, adequação e proporcionalidade* (em sentido estrito)⁶¹: em face destes princípios, as restrições terão de ser necessárias e adequadas à tutela de outro direito fundamental, comprimindo o menos possível cada um dos direitos. A tarefa de harmonização pode igualmente basear-se na afirmação de um conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, que só em concreto podem ser exactamente determinados, apelando de forma mais intensa para a necessidade de recorrer à *ponderação* ao nível do caso concreto para efectuar a restrição de um (ou dos dois) direitos⁶².

2.2. A resolução dos conflitos e colisões entre direitos fundamentais é muitas vezes feita pelo próprio legislador. Tal será mesmo uma exigência constitucional, no caso dos direitos sujeitos à *reserva de lei restritiva*. No entanto, as dificuldades são inúmeras, uma vez que não se pode ter a pretensão de prever todos os hipotéticos conflitos entre direitos fundamentais através da via *geral e abstracta* (típica dos actos legislativos)⁶³. Nesta linha, torna-se imprescindível que os juízos de ponderação e de eventual prevalência de um direito em relação a outro não sejam apenas efectuados ao nível legislativo, exigindo a intervenção do juiz e dos outros aplicadores concretos da Constituição.

Dáí que, se são de saudar as tentativas de diversas leis administrativas em fazer a articulação e a composição entre o direito à informação e à protecção da intimidade da vida privada — casos do CPA, da LADA e da LPDP —, a verdade é que o problema nunca será assim resolvido. A lei terá de se limitar a densificar os parâmetros constitucionais, mas as tarefas de *harmonização de direitos*, da sua *ponderação* e a tentativa de conseguir a sua *concordância*

⁶⁰ Segundo VIEIRA de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 222, o princípio da concordância prática é "um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis". Sobre a noção de concordância prática *vide* igualmente GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, p. 199.

⁶¹ Este princípio proíbe as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas: os direitos fundamentais "só podem ser restringidos quando tal se torne *indispensável*, e, no mínimo *necessário*, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos": cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 134. Para VIEIRA de ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 223), "o princípio da concordância prática executa-se (...) através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito". Ainda segundo este Autor, exige-se que o sacrifício dos direitos fundamentais seja necessário e adequado à salvaguarda de outros e que a forma de resolução concreta seja efectuada por forma a comprimir o mínimo possível cada um dos valores em causa.

No que especificamente se refere à concordância prática entre a liberdade de imprensa e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, cfr. LEITE PINTO, *ob. cit.*, p. 127 ss.

⁶² É esta a orientação hoje preconizada por GOMES CANOTILHO (*ob. ult. cit., loc. cit.*), sendo o próprio Autor a chamar a atenção para algumas mudanças da sua posição teórica.

⁶³ Nesse sentido, GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125º, nº 3.823, p. 294. Também VIEIRA de ANDRADE defende (*Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 221) que "A solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes".

prática, bem como a eventual opção por um dos direitos em detrimento do outro (quando a composição não for possível) só poderá ser feita ao nível do caso concreto. Como afirma RODERICK BAGSHAW a propósito do direito à privacidade, quando em conflito com outros interesses (designadamente a liberdade de expressão e de imprensa, a que poderemos acrescentar o próprio direito à informação), "insistir numa resolução perfeita ao nível teórico antes de passar ao nível prático seria utópico"⁶⁴.

2.3. É, assim, necessário efectuar a ponderação caso a caso, fazendo actuar *em concreto e a posteriori* os limites constitucionais e as previsões legais e regulamentares pertinentes⁶⁵. Compreende-se, desta forma, o papel absolutamente imprescindível que tem desempenhado a jurisprudência na resolução dos conflitos entre os direitos à informação e à protecção da intimidade da vida privada: em termos de direito comparado, para além do protagonismo sempre assumido pela jurisprudência norte-americana na definição e desenvolvimento do "right to privacy"⁶⁶, o próprio tratamento da matéria na Alemanha tem sido feito pelos tribunais. Não se cansando os Autores oriundos do sistema britânico de chamar a atenção para o facto, destacando como o cerne do direito alemão da privacidade tem sido desenvolvido pela jurisprudência de forma pragmática, adoptando uma abordagem casuística, típica do direito anglo-saxónico⁶⁷. E também na vizinha Espanha o problema tem sido tratado e estudado ao nível das decisões dos tribunais, havendo mesmo Autores a descrever as diversas fases por que a jurisprudência tem passado na delimitação da liberdade de expressão e informação face aos direitos à honra, à intimidade e à imagem⁶⁸.

De qualquer modo, deve também sublinhar-se que tal ponderação terá sempre um limite inultrapassável: o da *dignidade da pessoa humana*, valor supremo constitucionalmente previsto logo no artigo 1º da CRP, e que apontará em diversas situações para uma tutela absoluta e inultrapassável do direito à intimidade da vida privada e familiar pois, como vimos, este direito representa uma densificação daquele valor supremo.

⁶⁴ "Obstacles on the Path to Privacy Torts", in: *Privacy and Loyalty*, Ed. by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 133-144 (p. 135).

⁶⁵ Solução defendida *em geral* quanto ao conflito entre direitos fundamentais: por todos, cfr. GOMES CANOTILHO, para quem ("Direito Constitucional de Conflitos", p. 294) "É necessária sempre a *ponderação a posteriori*, tendo em consideração o caso concreto, pois só assim a solução de conflitos será também uma solução justa em termos definitivos".

⁶⁶ Bem demonstrada no já citado estudo de FRANÇOIS RIGAUX, "L'élaboration d'un 'Right of Privacy' par la jurisprudence américaine". Especificamente sobre as vantagens em serem os tribunais a "determinar como se deve fazer a harmonização entre a *privacy* e outros direitos constitucionais como a liberdade de expressão", cfr. ERIC BARENDT, *ob. cit.*, p. 12.

⁶⁷ Nesse sentido, cfr. BASIL MARKESINIS/NICO NOLTE, "Some Comparative Reflections on the Right of Privacy of Public Figures in Public Places", in: *Privacy and Loyalty*, Ed. by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 113-131 (p. 117).

⁶⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *ob. cit.*, p. 122 ss.

V. O papel das autoridades administrativas independentes

A necessidade de levar a cabo a ponderação entre os dois direitos e correlativos interesses em discussão ao nível do caso concreto reforça o papel da *jurisprudência*. De qualquer modo, tem-se assistido à tentativa de desenvolver outras formas de defender o direito à privacidade e de efectuar a sua compatibilização com o direito à informação, nomeadamente na área da protecção de dados pessoais. Entre essas formas conta-se – com relevo já hoje notável, mas com notória tendência para aumentar – a criação, em diversas ordens jurídicas, entre as quais a portuguesa, de *autoridades administrativas independentes* com competências específicas na matéria.

1. As autoridades administrativas independentes em geral

Nas últimas décadas, foram sendo criadas — tanto no sistema de administração judiciária, típico dos países anglo-saxónicos, como no sistema administrativo continental, tradicional nos países da família jurídica romano-germânica — autoridades administrativas independentes com importantes atribuições em diversas áreas da vida social e económica.

Apesar de a primeira autoridade administrativa independente ter sido criada, nos Estados Unidos da América, em 1887 (a *Interstate Commerce Commission*), foi nas décadas mais recentes que estas autoridades ganharam importância em número e no papel que desempenham. É isso que se passa nos EUA, onde as *independent regulatory commissions* ou *agencies* existem nos mais diversos domínios, bem como no Reino Unido, onde os *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organizations*) têm igualmente um papel cada vez mais visível⁶⁹.

No que toca à França, o "berço" do sistema administrativo continental, também estas autoridades administrativas independentes têm grande expressão, nomeadamente na área que directamente interessa a este estudo.

As duas notas mais significativas destas autoridades — aparentemente contraditórias — residem na circunstância de elas serem *administrativas*, mas *independentes*. A primeira característica relaciona-se com as atribuições que têm de vigilância e controlo da actividade de sujeitos privados e públicos em matérias tradicionalmente correspondentes a atribuições de entidades administrativas; a segunda liga-se ao facto de elas serem independentes em face da Administração Pública, nomeadamente perante o poder executivo, funcionando de um modo geral junto dos parlamentos nacionais. A sua independência manifesta-se ainda nas condições de composição dos seus órgãos, nas garantias estatutárias de que gozam os seus membros e, acima de tudo, na sua independência funcional, uma vez que exercem as suas competências

⁶⁹ Reina aqui uma certa confusão terminológica, sendo tais "quangos" designados por comissões, comités, conselhos, corporações, autoridades, associações, etc.

fora de qualquer controlo ou sequer tutela de entidades administrativas⁷⁰.

Estas autoridades, como o seu próprio nome indica, "não devem obediência a ninguém no desempenho das suas funções administrativas"⁷¹. Como tal, são concebidas "como não estando subordinadas ao poder executivo, nem constituindo prolongamentos do poder legislativo ou judiciário, e sendo dotadas de poderes que lhes permitem exercer de forma autónoma uma função de regulação sectorial"⁷². Em termos das relações funcionais inter-orgânicas tradicionais, dir-se-á que elas não só não estão ligadas por vínculos hierárquicos a qualquer órgão administrativo (designadamente ao Governo), como tão-pouco à superintendência (orientação) ou à tutela estadual.

2. As autoridades administrativas independentes na sociedade do risco

Em nossa opinião, o número e o relevo crescente das autoridades administrativas independentes no quadro organizatório das actuais administrações públicas europeias é também reflexo dos perigos das nossas sociedades e das dificuldades sentidas pelos juristas na sua regulação. O papel das administrações, do direito administrativo e, em geral, da função administrativa torna-se cada vez mais significativo, em face das componentes técnicas dos *riscos sociais*, da maior flexibilidade dos instrumentos jurídico-administrativos (nomeadamente em face da rigidez dos institutos penais e da sua maior dificuldade de aplicação prática com rapidez e eficácia) e da inegável maior importância das decisões concretas, em relação ao esquema geral e abstracto típico da lei⁷³. Quanto a esta última nota, é imperioso considerar que a dessacralização da lei reforça o papel do direito da decisão e a importância dos Tribunais e da Administração Pública, como agentes que aplicam em concreto o Direito, numa realidade que, inegavelmente, é cada vez mais rica, variada, complexa e imprevisível do que as previsões do legislador podem supor.

E as autoridades administrativas independentes são um dos reflexos desta tendência, também explicada pela *sociedade do risco e dos perigos* em que vivemos: elas são uma nova forma de resolver os conflitos ao nível do caso concreto e de desenvolver um direito da decisão que, muitas vezes, estará muito próximo de um decisionismo puro que os juristas sempre quiseram evitar. São também reflexo das políticas de desconcentração, descentralização, diversificação, desburocratização e racionalização da administração pública, vincadas em Por-

⁷⁰ Daí que a doutrina assinala também ser a criação de autoridades administrativas independentes uma forma de lutar contra o poder burocrático da Administração Pública e de favorecer a democraticidade no interior desta: cfr. CATHERINE TEITGEN-COLLY, "Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution", in: CLAUDE--ALBERT COLLIARD/GÉRARD TIMSIT (dir.), *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Presses Universitaires de France, 1988, p. 13-73 (p. 31 s.).

⁷¹ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2ª Ed., Almedina, 1994, p. 300.

⁷² CATHERINE TEITGEN-COLLY, *ob. cit.*, p. 24.

⁷³ Daí também a tendência da lei, nas décadas mais recentes, no sentido da *concretização e individualização*, com o número crescente de *leis-medida*. Sobre esta tendência, em que o legislador ordinário se vê "forçado a emanar leis, cujo escopo não é o de criarem uma ordem geral, justa e racional, mas o de realizarem elas mesmas uma utilidade concreta", cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 665 ss.

tugal desde 1974 e com assento na própria Constituição (art. 267º, nºs 1, 2 e 5).

Apesar de alguns pontos de contacto entre as autoridades administrativas independentes que vão surgindo nas administrações públicas europeias continentais e as *agencies* norte-americanas, o paralelo não pode ser feito com rigor. Desde logo porque se estaria a comparar uma nota típica das administrações e do direito administrativo de países pertencentes ao sistema de administração executiva (de tipo continental ou francês) com entidades pertencentes à estrutura organizatória de um país (EUA) inserido no sistema de administração judiciária, típico do direito anglo-saxónico. Para além disto, se há semelhanças no que toca à independência de umas e de outras e à sua particular apetência para abordagens casuísticas dos problemas que se lhe colocam, o papel das *agencies* é muito mais complexo no sistema de separação de poderes e de divisão das tarefas fundamentais do “governo” (entre nós, do Estado) norte-americano. Na verdade, e de acordo com a doutrina, a sua actividade diz respeito a tarefas administrativas, mas também legislativas e jurisdicionais: não pertencem nem ao Congresso, nem aos Tribunais, nem ao poder governamental (presidencial), discutindo-se as suas relações com os três tradicionais ramos do poder⁷⁴. Daí que a recondução das autoridades administrativas independentes ao modelo das *agencies* só em parte possa ser feita.

3. As autoridades administrativas independentes no direito português

No nosso país, e desde a revisão constitucional de 1997, as *autoridades administrativas independentes* passaram a figurar no texto constitucional: seja em geral, no artigo 267º, onde se prevê hoje que “A lei pode criar entidades administrativas independentes” (nº 3), seja no que especificamente respeita à *utilização da informática*, onde se estabelece agora no nº 2 do artigo 35º: “A lei define o conceito de dados pessoais (...) e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente”.

Na nossa Administração Pública em sentido organizatório, estas autoridades podem ser configuradas — tal como o faz VITAL MOREIRA — como “institutos públicos não representativos dotados de autonomia”⁷⁵. As suas características mais destacadas relacionam-se com o facto de a maioria dos seus membros ser em regra eleita pela Assembleia da República, e aqueles que tenham sido nomeados pelo Governo o não representarem nem estarem sujeitos às suas instruções. Para além disso, todos eles são inamovíveis e os pareceres, recomendações ou directivas destas autoridades possuem, em regra, efeito vinculativo⁷⁶.

4. As autoridades administrativas independentes, o direito à informação e a protecção de dados pessoais

⁷⁴ Sobre o papel das *agencies* no sistema de governo norte-americano, cfr. PETER L. STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, in: *Modern Constitutional Theory*, coord. JOHN H. GARVEY e T. ALEXANDER ALENIKOFF, 3ª ed. (1994), West Publishing Co., p. 295-308.

⁷⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 314.

⁷⁶ Sobre estas características dos “*órgãos independentes* incluídos na administração central do Estado”, cfr. FREITAS DO AMARAL, *cit.*, p. 301 s.

A matéria do presente artigo revela-se, quer numa perspectiva de direito comparado, quer em termos de direito interno, como uma área de eleição para a actuação de autoridades administrativas independentes.

4.1. Apenas em relação aos países com os quais temos mais afinidades, deve referir-se o caso francês, onde a *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, a *Commission d'accès aux documents administratifs* e a *Commission nationale de la communication et des libertés* surgem configuradas como autoridades administrativas independentes com atribuições na matéria objecto do nosso estudo.

Também em Itália existe a *Commissione per l'accesso ai Documenti Amministrativi*. Esta Comissão assume igualmente o estatuto de autoridade administrativa independente — sendo nomeada pelo Presidente da República, sob proposta do Presidente do Conselho de Ministros —, estando-lhe atribuída a garantia do exercício do direito de acesso aos documentos administrativos⁷⁷.

Ainda como autoridades administrativas independentes temos em Espanha a *Agencia de Proteccion de Datos*, ente de direito público que actua com plena independência das administrações públicas no exercício das suas funções, tendo como atribuição a garantia do cumprimento da lei de tratamento automatizado de dados pessoais.

A Alemanha, país com grande tradição na defesa do cidadão ante os potenciais perigos da informática, foi o país onde foi criada a primeira lei sobre a protecção de dados (a lei do Estado de Hesse de 07.10.1970), com a qual logo foi instituído um comissário independente de protecção de dados, não sujeito a ordens ou instruções de qualquer órgão estadual ou federal. Hoje existe, a este propósito, uma estrutura relativamente complexa, na qual pontificam diversas autoridades administrativas independentes como o delegado federal para a protecção de dados, eleito pelo *Bundestag* sob proposta do Governo (o *Bundesdatenschutzbeauftragter*), bem como comissários encarregues da protecção de dados ao nível estadual (os *Landesdatenschutzbeauftragte*, um em cada Estado federado) e ainda autoridades de tutela ao nível dos diferentes Estados federados, as quais só actuam quando para tal solicitadas: as *Aufsichtsbehörden für den Datenschutz*⁷⁸.

Também na Áustria existe uma autoridade de controlo para o sector público, igualmente concebida como instituição independente: a Comissão de Protecção de Dados (*Datenschutzkommission*).

4.2. Apesar de o tema da tutela da privacidade ser um *objectivo horizontal de toda a*

⁷⁷ Para uma análise da sua actividade, cfr. COMMISSIONE PER L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI, *L'accesso ai documenti amministrativi: testi, norme, documenti, opinioni*, Roma, 1994-1997. Nesta obra podem ver-se as actividades e decisões da *Commissione* e a jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação com ela relacionadas.

⁷⁸ Sobre estas autoridades, cfr. MIGUEL DAVARA RODRIGUEZ, *La Proteccion de Datos en Europa – principios, derechos y procedimiento*, Univ. Pontificia Comillas, Grupo Asnef Equifax, 1998, p. 65 ss.

ordem jurídica, na sua relação com o direito à informação trata-se de um problema essencialmente *publicístico*. Daí que nos surja como natural esta "administrativização" da matéria da protecção de dados e do controlo do exercício do direito à informação, e que se tenha optado por atribuir competências a autoridades administrativas independentes especificamente criadas para o efeito. Aliás, um pouco por todo o lado se reclama a necessidade de desenvolver novos *remedies* e novas formas de controlar o exercício do direito à informação e a tutela da privacidade, nomeadamente na sua relação com os bancos de dados, defendendo-se que "a melhor esperança para a protecção da *privacy* é através do trabalho de instituições extra-legais como *comissões* e *ombudsmen* (...) que forneçam medidas *ad hoc* de resolução das queixas"⁷⁹.

As razões da preferência por este modelo radicarão também na circunstância de não estarem aqui apenas em causa direitos fundamentais, mas também (pelo menos) um *interesse público* do maior significado, ligado à transparência e publicidade da Administração Pública, radicado no princípio do Estado de Direito democrático, estruturante de toda a ordem jurídica. Ao que acresce o facto de as possibilidades de ofensa ao direito à privacidade estarem cada vez mais nas mãos dos órgãos da Administração Pública, que detêm grandes quantidades de informação pessoal em áreas tão significativas como a saúde, segurança social, exercício de actividades profissionais, etc.⁸⁰. E ainda a circunstância de a Administração Pública poder ser em muitos casos tentada a ocultar documentos em nome da intimidade privada como um expediente ao serviço da prática tradicional de ocultação⁸¹.

No que especificamente respeita ao direito português, existem duas autoridades administrativas independentes com importantíssimas competências na matéria do direito à informação e da protecção dos dados pessoais e da privacidade dos cidadãos: a *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos* (CADA), criada em 1993 pela Lei nº 65/93, de 26 de Agosto; e a *Comissão Nacional de Protecção de Dados* (CNPd), regulamentada pela Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (que veio suceder à *Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados*, criada pela Lei nº 10/91, revogada pela Lei nº 67/98⁸²).

5. A Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA)

O artigo 18º, nº 1, da LADA criou a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), legalmente incumbida de zelar pelo cumprimento das disposições dessa mesma lei. Na sequência da aprovação da lei, o Governo veio a publicar o Decreto-Lei nº 134/94, de

⁷⁹ Cfr. RODERICK BAGSHAW, *ob. cit.*, p. 144.

⁸⁰ Sobre o facto de a tutela da "reserva" estar muitas vezes "confiada ao respeito do segredo administrativo por parte daqueles (presumivelmente funcionários públicos) que em razão das próprias funções que exercem estão em condições de conhecer tais factos", cfr. GREGORIO ARENA, *ob. cit.*, p. 66.

⁸¹ Expressamente sobre esse expediente, cfr. GOMES CANOTILHO, "Anotação", *cit.*, p. 252.

⁸² Para uma análise da Lei nº 10/91, nomeadamente sobre a Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados, cfr. AMADEU GUERRA, *Informática e Tratamento de Dados Pessoais — Os direitos dos cidadãos e as obrigações dos responsáveis pelos tratamentos automatizados*, Vislis Editores, 1997, especialmente p. 45-61.

20 de Maio, no qual se fixam algumas garantias estatutárias dos membros da CADA, bem como o seu direito à remuneração. Após a própria CADA ter procedido à elaboração do seu Regulamento Interno, a Assembleia da República regulamentou os serviços de apoio à CADA e aprovou o seu regulamento orgânico, através da Lei n.º 8/95, de 29 de Março.

Finalmente, a recente Lei n.º 94/99, de 16 de Julho (lei que alterou a LADA) manda aplicar aos direitos e regalias dos membros da CADA uma série de disposições da Lei n.º 43/98, de 6 de Agosto (Lei da Alta Autoridade para a Comunicação Social).

5.1. Antes de mais importa realçar o carácter de autoridade administrativa *independente* que a CADA inegavelmente reveste. Para além do argumento formal, resultante de o legislador estabelecer expressamente que esta Comissão "é uma entidade pública independente" (n.º 1 do artigo 18.º da LADA), a sua composição, o estatuto dos seus membros, as suas competências e a forma como são exercidas apontam para tal configuração. Ela funciona junto da Assembleia da República e não na dependência (sequer logística ou burocrática) de qualquer órgão administrativo (designadamente do Governo). A sua composição revela também a independência dos seus membros, pois apenas dois deles são designados pelo Governo [al. d) do artigo 19.º, n.º 1, da LADA], não actuando no entanto como seus representantes. Os restantes membros são escolhidos nos termos do artigo 19.º da LADA (pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, pela Assembleia da República e respectivo Presidente, pelos Governos das Regiões Autónomas, pela Associação Nacional de Municípios Portugueses, pela Ordem dos Advogados e pela própria CADA), resultando clara a sua *independência* em face da Administração Pública, ainda reforçada pelo facto de o presidente ser um juiz conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo.

Relativamente à *independência funcional*, deve destacar-se a circunstância de as suas competências serem exercidas fora de qualquer hierarquia, superintendência ou sequer tutela do Governo ou de qualquer outro órgão administrativo.

5.2. As competências da CADA estão previstas no artigo 20.º da LADA. Para além da elaboração da sua regulamentação interna [al. a) do n.º 1] devem destacar-se, quanto a nós, as competências previstas nas als. b) e c): apreciar as queixas que lhes forem dirigidas pelos interessados ao abrigo da LADA e dar parecer sobre o acesso aos documentos nominativos.

O facto de se tratar de competências consultivas poderia conduzir à ideia de que esta autoridade estaria desprovida de poder real; no entanto, da análise dos *Relatórios de Actividades* da CADA — os quais, nos termos de imposição legal contida na al. g) do citado artigo 20.º da LADA, têm sido publicados anualmente — resulta clara a conclusão de que os órgãos administrativos tendem a seguir, em grande número de casos, as decisões contidas nos pareceres da CADA. Para a afirmação do poder real da CADA tem também contribuído a divulgação dos seus pareceres através da *Internet*.

Por todas estas razões não será de estranhar o optimismo do Presidente da CADA,

quando dizia, em 1997, que "o aumento substancial do número de processos entrados (e decididos)" era "revelador de um maior conhecimento e aceitação, pela sociedade em geral, deste novo instituto da Administração Aberta e do labor da CADA"⁸³. A essa aceitação da sociedade deve somar-se a aceitação que a própria Administração Pública também tem revelado.

6. A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPDP)

A CNPDP aparece como sucessora da Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados, criada pela Lei nº 10/91, de 29 de Abril, modificada pela Lei nº 28/94, de 29 de Agosto. No entanto, estes dois diplomas legais foram expressamente revogados pelo artigo 51º da Lei nº 67/98 (LPDP), razão pela qual nos referiremos apenas à CNPDP.

6.1. De forma idêntica ao que se passa com a CADA, também o primeiro argumento a esgrimir para afirmar o carácter de autoridade administrativa independente da CNPDP é de ordem formal: o nº 1 do artigo 21º da Lei nº 67/98 estabelece que "A CNPDP é uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República".

A sua composição demonstra claramente essa independência: nos termos do artigo 25º ela é composta por "sete membros de integridade e mérito reconhecidos" (nº 1), sendo uns eleitos pela Assembleia da República (entre os quais o Presidente) e outros designados pelo Conselho Superior da Magistratura, pelo Conselho Superior do Ministério Público e pelo Governo, não funcionando estes últimos como seus representantes. A independência em face do poder executivo é reforçada por caber à Assembleia da República aprovar a lei orgânica e o quadro de pessoal da CNPDP, bem como o regime de incompatibilidades, impedimentos, suspeições, perda de mandato e estatuto remuneratório dos seus membros (nº 1 do artigo 26º)⁸⁴, sendo esta Comissão dotada de quadro próprio para apoio técnico e administrativo (nº 3 do artigo 26º).

A independência e a autoridade da CNPDP é, em face do texto legal, ainda mais saliente do que a da CADA: no nº 3 do artigo 22º desta Lei nº 67/98 atribuem-se-lhe expressamente poderes de investigação e de inquérito e poderes de autoridade [als. a) e b), respectivamente], para além do poder de emitir pareceres [al. c)]. O legislador é também claro ao estipular que "No exercício das suas funções, a CNPDP profere decisões com força obrigatória, passíveis de reclamação e de recurso para o Tribunal Central Administrativo" (nº 3 do artigo 23º).

Finalmente, no que se refere à sua *independência funcional*, ela está expressamente

⁸³ Palavras do Presidente da CADA, Dr. Agostinho de Castro Martins, na "Introdução" ao *3º Relatório de Actividades da CADA*, de 1997.

⁸⁴ Saliente-se que, na antiga Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados, regulada pela Lei nº 10/91, de 29 de Abril, o estatuto remuneratório dos seus membros era fixado pelo Governo, nos termos do respectivo artigo 7º. Como tal, a independência da (nova) CNPDP sai neste aspecto reforçada.

assegurada na lei, que prevê que o "estatuto dos membros da CNPD garante a independência do exercício das suas funções" (nº 2 do artigo 26º).

6.2. A principal atribuição da CNPD está prevista no nº 1 do artigo 22º da Lei nº 67/98: "controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de protecção de dados pessoais (...)".

No uso dos poderes de autoridade de que claramente está investida, vale a pena destacar algumas das competências desta Comissão: desde logo as previstas no nº 1 do artigo 23º, entre as quais as de autorizar ou registar os tratamentos de dados pessoais [al. b)]⁸⁵, autorizar a interconexão de tratamentos automatizados de dados pessoais [al. d)], fazer assegurar o direito de acesso à informação, bem como de rectificação e actualização [al. g)] e apreciar as reclamações, queixas ou petições dos particulares [al. k)].

A CNPD pode ainda, em caso de reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais, "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento" (nº 4 do artigo 22º), estando dotada de legitimidade para intervir em processos judiciais no caso de violação das disposições da Lei de Protecção de Dados (nº 5 do mesmo artigo).

Finalmente, e para demonstrar a articulação entre entidades públicas e privadas que determinam as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais e a CNPD, deve atender-se à norma contida no nº 1 do artigo 27º, em face da qual as primeiras devem notificar a segunda antes da realização de um tratamento ou conjunto de tratamentos.

Também a CNPD, para além da publicação de relatórios anuais pela sua antecessora (em que se resumem as actividades da Comissão, as suas orientações e se publicam as suas decisões) – cuja publicação certamente será continuada pela CNPD –, tem publicadas na *Internet* as suas decisões, facilitando assim o seu conhecimento pelo público e a sua aceitação pelas entidades públicas e privadas com poderes relevantes ao nível do tratamento de dados pessoais.

Uma última palavra acerca da articulação das competências entre a CADA e a CNPD: existe uma norma destinada a resolver casos em que poderiam surgir conflitos positivos de competências entre as duas autoridades. Referimo-nos à al. d) do nº 1 do artigo 20º da LADA, em face da qual compete à CADA "Dar parecer sobre a comunicação de documentos nominativos entre serviços e organismos da Administração em caso de dúvida sobre a admissibilidade dessa revelação, salvo nos casos em que o acesso deva ser autorizado nos termos da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro".

7. O recurso à via judicial

⁸⁵ Em face do artigo 28º, carecem de autorização da CNPD o tratamento de diversos dados pessoais, a sua interconexão e ainda a utilização de dados pessoais para fins não determinantes da recolha.

Como tivemos ocasião de destacar (*supra*, IV, especialmente 2.3) os tribunais têm um papel decisivo na ponderação entre os direitos à informação e à tutela da privacidade. Gostaríamos agora de sublinhar que, apesar do papel de grande relevo que as autoridades administrativas independentes assumem — no nosso país, como noutros — na decisão de tais conflitos, as leis que instituíram estas autoridades tiveram o cuidado de não pôr de lado o recurso aos tribunais. O que não pode ser motivo de admiração, uma vez que num Estado de Direito como o nosso os tribunais continuam a ser o local por excelência de defesa dos direitos, particularmente dos direitos fundamentais.

Assim, o artigo 17º da LADA estabelece que as decisões (ou falta delas) das entidades administrativas a quem foram requeridas as informações podem ser impugnadas pelos interessados nos tribunais administrativos, aplicando-se, com as devidas adaptações, as regras do processo de intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões⁸⁶.

Também na Lei nº 67/98 se ressalva expressamente a possibilidade de recurso à via judicial (e administrativa) para tutela dos dados pessoais pelos interessados. No artigo 33º estabelece-se: "*Sem prejuízo do direito de apresentação de queixa à CNPD, qualquer pessoa pode, nos termos da lei, recorrer a meios administrativos ou jurisdicionais para garantir o cumprimento das disposições legais em matéria de protecção de dados pessoais*" (itálicos nossos).

Na LADA são directamente mencionados os *tribunais administrativos*, já que está em causa o acesso a documentos administrativos; na LPDP não se faz tal referência, porque tanto pode estar em causa a infracção da lei por entidades administrativas como por particulares. No entanto, e no tipo de situações que nos interessa, sempre que for a Administração, no uso dos seus poderes de autoridade, a violar as disposições legais destinadas à protecção de dados pessoais, naturalmente que será um tribunal administrativo o local adequado para a defesa de tais posições jurídicas.

VI. Conclusões

O presente estudo foi orientado para a análise de dois direitos fundamentais dos cidadãos, enquanto tais mas sobretudo enquanto administrados, direitos esses que se apresentam frequentemente em colisão: o direito à informação e o direito à protecção da intimidade da vida privada.

Estes direitos foram essencialmente perspectivados à luz do direito administrativo português, embora as conexões com o seu tratamento e consagração na Constituição da Repúbli-

⁸⁶ Para VIEIRA de ANDRADE [*A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 1999, p. 151], o "recurso" contra as decisões finais (em princípio, de recusa) de acesso a documentos administrativos configura uma *acção especial*, uma vez que "não constitui um recurso de anulação (já que visa a condenação da autoridade administrativa), nem é configurado como um meio acessório, embora siga, com adaptações, o processo de intimação para consulta de documento ou passagem de certidões".

ca nunca pudessem ser negligenciadas: bem pelo contrário, a Constituição constituiu sempre o ponto de partida das nossas preocupações.

Julgamos ser este tema vital nos nossos dias, em face do grande relevo que tais direitos inegavelmente revestem. O direito à informação vem ganhando, nas últimas décadas, uma força normativa sempre crescente, particularmente quando analisado *em face da Administração Pública*⁸⁷; no que toca à protecção da intimidade da vida privada, é este um valor e um direito cada vez mais reclamado pelos cidadãos, tanto do ponto de vista individual como colectivo, sendo sem dúvida um pressuposto básico para a vida na sociedade actual em condições dignas e respeitadoras da dignidade da pessoa humana⁸⁸.

A *sociedade do risco* veio claramente potenciar o número e a gravidade do conflito de que curámos: nomeadamente se pensarmos no desenvolvimento da informática, torna-se evidente que um dos perigos trazidos pela sociedade da informação e do risco tem a ver com o aumento das possibilidades de devassa da vida privada dos cidadãos (particularmente dos cidadãos-administrados). O conflito entre o direito à informação e a tutela da vida privada é mais grave ao nível do ciberespaço, sendo sinal evidente dessa gravidade o nascimento de um novo direito fundamental: o direito à autodeterminação informativa.

O facto de se tratar de dois *direitos fundamentais* os quais, pelo menos em algumas das suas dimensões, têm o estatuto de *direitos, liberdades e garantias* vem trazer especificidades ao tema. Como vimos, estamos no âmbito de um problema que tem de ser estudado ao nível do direito constitucional dos conflitos, sendo a questão ainda mais melindrosa por estarem em jogo interesses públicos de primacial importância — designadamente a abertura,

⁸⁷ Para além dos diversos diplomas legais referidos ao longo do nosso trabalho, é de notar que a nossa Administração Pública ainda muito recentemente tem dado sinais claros de continuar interessada em garantir e efectivar o direito à informação dos administrados. Em 29 de Julho de 1999 foram elaboradas três Resoluções do Conselho de Ministros que constituem diplomas regulamentares destinados à efectivação deste direito: a Resolução do Conselho de Ministros nº 95/99 (*Diário da República*, I Série-B, nº 198, de 25 de Agosto de 1999), que impõe às direcções-gerais e serviços equiparados, bem como aos institutos públicos, a disponibilização ao público, em formato digital na *Internet*, de toda a informação que produzam e que seja objecto de publicação; a Resolução do Conselho de Ministros nº 96/99 (*Diário da República*, I Série-B, nº 199, de 26 de Agosto de 1999), que cria a Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais na Sociedade da Informação; e a Resolução do Conselho de Ministros nº 97/99 (*Diário da República*, I Série-B, nº 199, de 26 de Agosto de 1999), que implica para as direcções-gerais e serviços equiparados, bem como para os institutos públicos, o dever de organizarem e apresentarem a informação facultada na *Internet* de forma a permitir ou facilitar o seu acesso pelos cidadãos com necessidades especiais.

⁸⁸ Como exemplo recentíssimo da atenção prestada pelo legislador à matéria da protecção da intimidade, particularmente ao nível dos dados pessoais, temos o Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de Agosto, que regula a validade, eficácia e valor probatório dos *documentos electrónicos* e a *assinatura digital* (cfr. artigo 1º). Nos termos deste diploma, à entidade certificadora [que, em face da al. h) do artigo 2º, é a "entidade ou pessoa singular ou colectiva credenciada que cria ou fornece meios para a criação das chaves, emite os certificados de assinatura, assegura a respectiva publicidade e presta outros serviços relacionados com assinaturas digitais"] compete "cumprir as regras de segurança para tratamento de dados pessoais" [al. e) do artigo 25º]. O artigo 26º, por sua vez, regula a *protecção de dados*, dispondo que "As entidadesificadoras só podem coligir dados pessoais necessários ao exercício das suas actividades e obtê-los directamente das pessoas interessadas (...) ou de terceiros junto dos quais aquelas pessoas autorizem aquela colecta" (nº 1) e também que "As entidadesificadoras e a autoridade credenciadora respeitarão as normas legais vigentes sobre a protecção, tratamento e circulação dos dados pessoais e sobre a protecção da privacidade no sector das telecomunicações" (nº 3).

transparência, participação e democraticidade da Administração Pública.

Apesar das dificuldades, é evidente que os juristas não se podem furtar à necessidade de tentar a ponderação, harmonização e concordância prática entre os direitos e correspondentes valores conflituantes.

As dificuldades do legislador são claras, não havendo qualquer "fórmula mágica" que resolva, em sede geral e abstracta, as possíveis situações de conflito. A abordagem casuística será aqui absolutamente imprescindível, o que demonstra o papel decisivo desempenhado pelo direito administrativo, mais flexível, rápido e, porventura, eficaz, do que o direito penal na regulação dos perigos da sociedade do risco.

No âmbito de tal abordagem casuística, a jurisprudência desempenha um papel fundamental; no entanto, e à imagem do que acontece — em Portugal como noutros países, tanto do sistema administrativo de tipo executivo, continental ou francês como do sistema de administração judiciária ou britânico — na regulação sectorial de outras questões da vida social, económica ou política, as *autoridades administrativas independentes* assumem aqui uma posição de grande protagonismo. Elas estão legalmente incumbidas de fiscalizar matéria relacionada com o direito à informação e com a protecção da intimidade das pessoas, fazendo a ponderação entre esses dois direitos, ao concretizarem preceitos legais criados para o efeito.

À semelhança de outros países que nos são próximos, constituíram-se em Portugal duas autoridades administrativas independentes dotadas de competências para efectuarem tal ponderação e concretização dos preceitos constitucionais e legais pertinentes: a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos e a Comissão Nacional de Protecção de Dados.

Também por aqui se conclui ter havido uma *administrativização* da matéria, confirmando-se ainda uma vez a importância deste tema para o direito administrativo. Não só por grande parte dos conflitos serem, do ponto de vista material ou substancial, de direito administrativo, mas também porque são autoridades *administrativas* independentes que estão incumbidas de os julgar. Isto sem pôr de lado, de qualquer forma, os tribunais, já que o recurso à instância judicial está sempre assegurado, como teria de estar, por serem os tribunais o local por excelência de defesa dos direitos subjectivos dos cidadãos, particularmente dos direitos fundamentais.

José Eduardo Figueiredo Dias
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra