

## ***A Privacidade Temática e a Privacidade Espacial nos Casinos da Região Administrativa Especial de Macau: Algumas Notas à Luz do Conceito de «Ambiente Inteligente»***

Hugo Luz dos Santos\* Wang Wei\*\*

### **I. Breve descrição da problemática do “ambiente inteligente” nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM); segue, a subscrição do player’s club card à luz da doutrina norte-americana da “Bounded Rationality” e da “Opressão”**

O conceito de ambiente inteligente ou AmI (do inglês *Ambient Intelligence*<sup>1</sup>) representa um ambiente digital criado pela convergência das tecnologias de radiotransmissão e difusão como identificação por radiofrequência (RFID<sup>2</sup>), agentes de software, redes de sensores, processamen-

\* Magistrado do Ministério Público.

\*\* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

<sup>1</sup> Sobre a temática do *ambiente inteligente*, no quadro epistemológico da *online dispute resolution*; na doutrina norte-americana, O. RABINOVICH-EINY & E. KATSCH, “Lessons from Online Dispute Resolution for Dispute Systems Design”, in: *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, Hague, Netherlands, Eleven International Publishing, (2013), pp. 39-40; M. FRIEDEWALD, E. VILDJIOUANE, Y. PUNIE, D. WRIGHT, “The Brave New World of Ambient Intelligence: An Analysis of Scenarios regarding Security, Security and Privacy Issues”, in: *Security in Persuasive Computing. Proceedings of the Third International Conference*, New York, Springer, (2006), p. 3934; na doutrina britânica, A. THIESSEN/E. LOODER, “The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution”, in: *Workshop on Online Dispute Resolution at the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Edinburgh, United Kingdom, (2003), pp. 4-5; na doutrina portuguesa, com acolhimento internacional, D. CARNEIRO/P.NOVAIS/J.NEVES, “Toward Seamless Environments for Dispute Prevention and Resolution, in: *Ambient Intelligence-Software and Applications. Second (2 nd) International Symposium on Ambient Intelligence*, Berlin, Springer, (2011), pp. 27-28; F. ANDRADE/P.NOVAIS/J. ZELEZNIKOW/D. CARNEIRO/J. NEVES, “Using BATNAs and WATNAs Online Dispute Resolution”, in: *New Frontiers in Artificial Intelligence*, (2010), pp. 5-18; D. CARNEIRO/P.NOVAIS/F.ANDRADE/J.NEVES, “Retrieving Information in Online Dispute Resolution Platforms: A Hybrid Method”, in: *Proceedings of the Thirteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, (2011), pp. 224-228.

<sup>2</sup> Neste sentido, ALIAKSANDRA YELSHYNA/FRANCISCO ANDRADE/PAULO NOVAIS, “Um ambiente inteligente de resolução de litígios – Repercussões jurídicas

to informático de dados por dispositivos móveis pessoais, que proporciona, no ciberespaço, a integração e a interacção dos dispositivos ditos “inteligentes”.<sup>3</sup> Esta nova realidade nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau retrata um ambiente (inteligente) onde os jogadores estão rodeados por interfaces intuitivos incorporados em todos os recantos (mesmo os mais inóspitos) do casino.<sup>4</sup>

Por conseguinte, em regra, os casinos dispõem de uma assinalável conjunto de objectos (subsumíveis, pois, à classificação de «ambiente digital») que corporizam uma capacidade de análise de contexto e de adaptação às necessidades dos gamblers dos casinos de Macau.<sup>5 6</sup>

Com efeito, esses interfaces intuitivos captam, recolhem, e armazenam, em tempo real, dados pessoais dos casino patrons, e destinam-se, em última análise, a moldar e padronizar as suas reais necessidades, hábitos, atitudes, permitindo, pois, maximizar e otimizar o ambiente inteligente em vista do qual aqueles interfaces foram, em primeira linha, construídos.

Com esse fim em mente, os sistemas de *AmI* dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau têm de recolher e tratar grandes quantidades de dados pessoais e definir os perfis dos jogadores. Estes dados pessoais são frequentemente recolhidos e processados sem notificação do sujeito passivo,<sup>7</sup> através de dispositivos e técnicas, que efectuam um ras-

na privacidade e protecção de dados”, in: *Scientia Iuridica (SI), Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Janeiro/Abril 2015 – Tomo LXIV – Número 337, Braga, (2015), pp. 113 e seguintes, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>3</sup> Na doutrina norte-americana, E. ARTS/ R. ROOVERS, “Embedded System Design Issues in Ambient Intelligence”, in: *Ambient Intelligence: Impact on Embedded System Design*, Kluwer Academic Publishers, Norwell, (2003), pp. 11-29.

<sup>4</sup> V., na doutrina norte-americana, M. FRIEDWALD, E. VILDJIOUNAITE/Y.PUNIE & D. WRIGHT, “The Brave New World of Ambient Intelligence: An Analysis of Scenarios Regarding Privacy, Identity and Security Issues”, in: *Security in Pervasive Computing. Proceedings of the Third International Conference*, New York, Springer, (2006), p. 119.

<sup>5</sup> Y. PUNIE, “The Future of Ambient Intelligence in Europe: The Need for More Everyday ife”, in: *Communications and Strategies*, Sevilha, (2005), p. 142.

<sup>6</sup> P.NOVAIS/R.COSTA/D-CARNEIRO/J.NEVES, “Inter-Organization Cooperation for Ambient Assisted Living”, in: *Journal of Ambient Intelligence and Smart Environments*, IOS Press, 2, (2010), pp. 179-195.

<sup>7</sup> Em relação ao *data mining*, refere, com razão, a doutrina norte-americana que “*uma captura persistente e generalizada de dados e, segundo, o tratamento e cruzamento em tempo real de dados pouco relevantes pode revelar informações sensíveis permitindo a elaboração do conhecimento sobre a pessoa em causa*”; neste sentido, DANIEL SOLOVE, “Introduction:

treio silencioso e contínuo de hábitos pessoais dos jogadores,<sup>8</sup> violando, pelo menos em tese, um dos seus requisitos fundamentais – a existência do consentimento do titular dos dados pessoais.<sup>9 10 11</sup>

Deste modo, no ambiente inteligente dos casinos existe uma certa opacidade de funcionamento nos sistemas de surveillance (vigilância), que avocam o risco de um processamento indevido e não solicitado de dados pessoais.<sup>12 13</sup>

---

Privacy self-management and the consent dilemma”, in: *Harvard Law Review*, Volume 126, (2012), pp. 1888-1889.

<sup>8</sup> Não abordaremos, neste artigo, a (candente) questão do *data mining* que, no dizer de autorizada doutrina norte-americana, “*data mining allows inferences not only about the direct subject of surveillance, but about other people with whom they live, work and communicate*”; Neste sentido, JACK M. BALKIN, “The Constitution in the National Surveillance State”, in: *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship Series, Paper 225, (2008), p. 13; em sentido aproximado, DANIEL SOLOVE, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, New York, (2004), pp. 42-49.

<sup>9</sup> ALIAKSANDRA YELSHYNA/FRANCISCO ANDRADE/PAULO NOVAIS, “Um ambiente inteligente de resolução de litígios – Repercussões jurídicas na privacidade e protecção de dados”, *cit.*, p. 114.

<sup>10</sup> De acordo com a doutrina portuguesa, “*só é possível considerar como consentimento informado aquele que for dado havendo o titular de dados tomado conhecimento da finalidade e da extensão exacta do seu consentimento*”; neste sentido, monograficamente, CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, (2005), p. 206.

<sup>11</sup> Deixaremos para uma próxima oportunidade o tratamento legislativo desta realidade (dados pessoais) à luz da Lei de Protecção de Dados Pessoais de Macau (Lei n.º 8/2005), o que acontecerá por ocasião da monografia, «*Regime Jurídico da Concessão de Crédito para Jogo ou Aposta em Casino (Anotado e Comentado)*», HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, em preparação.

<sup>12</sup> ALIAKSANDRA YELSHYNA/FRANCISCO ANDRADE/PAULO NOVAIS, “Um ambiente inteligente de resolução de litígios – Repercussões jurídicas na privacidade e protecção de dados”, *cit.*, p. 114.

<sup>13</sup> Como bem afirma, a este propósito, autorizada doutrina norte-americana, “*With countless eyes and ears piercing through the smoke-filled casino floors, the questions become: what information are they capturing and what information are they capturing and what are they doing with it? It might surprise casino goers to learn that the Vegas-sized surveillance is not just to monitor the room for an unscrupulous gambler or two. It is not just that every camera in a casino is connected to recorders that document the life of a casino non-stop. Specialized software tracks chips and specific cards. Pit bosses know which tables are*

Contudo, mais do que essa opacidade no tratamento informático dos dados pessoais dos jogadores dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, surpreende-se um outro perigo: a frustração do fim,<sup>14</sup> emergente da utilização de dados pessoais para um fim diferente do inicialmente pressuposto pelos casino patrons, ainda que essa utilização tenha sido precedida de consentimento por parte do gambler - é o caso paradigmático dos *player's club cards*.

Como afirma a doutrina norte-americana, “the player’s club cards-similar to airline loyalty programs – allow subscribers to earn credits each time the card is used in a casino that participates in the program.<sup>15</sup> Cardholders can put credit on the card and use it in lieu of cash to gamble. Purveyors of the cards urge participants to keep the card inserted in the slot machine or to hand it off to a dealer for table games”.<sup>16</sup>

“But the cards are more than just a means to earn points toward hotel nights, free diners, and spa treatments. Casinos track their customers’ habits and preferences by monitoring the card. The cards may also be linked to records that maintain the customer’s win/loss history and even his or her credit rating”.

Neste âmbito, a questão que se coloca é a de saber, *quid iuris* quando parte dessa informação recolhida e armazenada pelo casino, acerca do

---

*turning a profit and which ones are losing. Moreover, casino patrons can be tracked via players’*; Neste sentido, na doutrina norte-americana, JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, in: *UNLV Gaming Law Journal*, Volume 3, Spring 2012, Nevada, Reno, (2012), p. 41.

<sup>14</sup> Esta questão será analisada *infra* mais detidamente, no apartado temático da *secondary use* dos dados pessoais dos *gamblers* dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau.

<sup>15</sup> A título exemplificativo refira-se que o *Harrah’s Entertainment Inc.* utiliza o “*Total Gold Card*” “*that operates similar to the discount cards issued by grocery and drug store chains. Patrons use the card to gamble, buy food and drinks, etc. The customer receives dividends redeemable toward other services in Exchange. Trump, Bellagio, and Mandalay Bay all have similar programs, which operates to identify high rollers, so that these valued customers can be cultivated*”; neste sentido, JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 41 nota 20.

<sup>16</sup> JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 41.

gambler, é canalizada para um fim diferente do inicialmente pressuposto pelo casino patron, aquando da subscrição do *player's club card*.

Essa frustração do fim, em matéria da análise económica das decisões jurídicas das partes contratantes, significa que, na arquitectura da escolha (choice architecture), o agente económico (o gambler) investe em investigação até que o custo de uma acrescida investigação seja igual ao retorno marginal.<sup>17</sup> Nesse ponto, o agente económico termina a sua investigação.<sup>18</sup>

Deste modelo, decorre que um agente económico frequentemente adoptará decisões num estado de ignorância racional sobre as alternativas e consequências de que se poderia ter apercebido, caso a investigação tivesse continuado.<sup>19 20</sup>

O fenómeno descrito por George Stigler desempenha um papel fundamental em matéria de cláusulas contratuais gerais inerentes à subscrição do *player's club card* e, no âmbito destas, nos efeitos jurídicos que emergem da sua incompreensão (consubstanciado na possibilidade de utilização, pelo casino, dos seus dados pessoais para outros fins). A opção do consumidor ou não – profissional (one –shot player), por oposição ao profissional (repeat player), de não tomar conhecimento das cláusulas contratuais gerais será frequentemente racional.<sup>21 22</sup>

---

<sup>17</sup> Ver, por todos, HUGO LUZ DOS SANTOS “O contrato de *swap* de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros e o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 2013: a “*alteração anormal das circunstâncias*” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “*Unconscionability*” e da “*Bounded Rationality*”: Um “estranho caso” de aliança luso-americana?”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI, (2014), n.º 2, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2015), pp. 411-443.

<sup>18</sup> Na doutrina norte – americana, GEORGE STIGLER, “The economics of information”, in: *Journal of Political Economy*, Volume 69, (1961), pp. 213-225.

<sup>19</sup> PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Comissão Organizadora:, Coimbra, Almedina, (2011), pp. 524-525.

<sup>20</sup> Na doutrina norte – americana, A. MELVIN EISENBERG, “The limits of cognition and the limits of contract”, in: *Stanford Law Review*, Volume 47, (1995), pp. 214-216.

<sup>21</sup> Na doutrina norte – americana, TODD D. RAKOFF, “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, in: *Harvard Law Review*, Volume 96, (1983), p. 1226.

<sup>22</sup> PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, *cit.*, p. 525, que vimos acompanhando de muito perto, mesmo textualmente.

Os custos de investigação do aderente<sup>23</sup> tendem a ser elevados e o seu retorno marginal tende a ser diminuto.<sup>24</sup>

Por outro lado, a compreensão das cláusulas contratuais gerais inerentes ao *player's club card* reclamam conhecimentos jurídicos, dada a sua linguagem técnica e redigidos em letra minúscula; em linguagem técnica dificilmente acessível a um consumidor ou não – profissional (one – shot player), neste sentido, afirma, com razão, a doutrina norte – americana que o consumidor (casino patron) actua com a sua racionalidade limitada (bounded rationality).<sup>25 26 27 28</sup>

Por outro lado, dessa frustração do fim, por perturbação da base negocial subjectiva, emerge a importância da categoria doutrinal norte-americana da “Opression”.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Com razão, a doutrina alemã refere-se, neste âmbito temático, à *assimetria informativa* que separa o *one-shot player* e o *repeat player*; WELLER, “Die Dogmatik des Anlageberatungsvertrags – Legitimation der strengen Rechtsprechungslinie von Bond bis Ille.// Deutsbank”, in: *ZBB*, (2011), pp. 191 e ss.

<sup>24</sup> Neste sentido, muito recentemente na doutrina norte-americana, JOSHUA D. WRIGHT/DOUGLAS H. GINSBURG, “Behavioral Law and Economics: Its origins, Fatal flaws, and Implications for liberty”, in: *Northwestern University Law Review*, Volume 106, N.º 3, (2012), p. 23.

<sup>25</sup> Neste sentido, na doutrina norte – americana, RUSSEL KOROBKIN, “*Bounded rationality, standard forms contracts, and unconscionability*”, in: *University of Chicago Law Review*, Volume 70, (2003), pp. 1271-1272.

<sup>26</sup> Neste sentido, na doutrina norte – americana, no âmbito dos Direitos de autor, V. JUSTIN HUGHES, “Copyright and its rewards foreseen and unforeseen”, in: *Harvard Law Review*, Volume 122, April 2009, Number 6, (2009), pp. 81-91.

<sup>27</sup> Neste sentido, na doutrina eslovena, MARKO POLIC, “Decision Making: between rationality and reality”, in: *Interdisciplinary Description of Complex Systems* 7 (2), (2009), pp. 79-89.

<sup>28</sup> Neste sentido, na doutrina norte – americana, BRIAN ARTHUR, “Complexity in Economic Theory: Inductive Reasoning and Bounded Rationality”, in: *The American Economic Review*, Volume 84, Issue 2, *Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of The American Economic Association*, (1994), pp. 406-411.

<sup>29</sup> Sobre a *frustration of purpose* e sobre a *alteração das circunstâncias*, na doutrina alemã, LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, München, (2004), num 25, p. 704; KARSTEN SCHMIDT, *HGB § 105 Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage, Köln, (2006), nm 164-167, pp. 65-67; ROTH, § 313/*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, (2007), nm 117-120, pp. 1777 e ss; ROTH, “Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen”, in: *Festschrift für Heinrich Honsell*, (2002), pp. 576-585; TOBIAS LETL, *Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen (GfB, oHG) aufgrund von Zustimmungspflichten der Gesellschafter*, AcP, 202, (2002), pp. 5-35.

Com efeito, uma vez que o fim da recolha dos dados pessoais, emergente da subscrição do *player's club card*, foi autorizada pelo casino patron (somente) para fins comerciais (e não quaisquer outros, dentre os quais a devassa da sua vida privada), a frustração desse fim respeitante à utilização dos dados pessoais dos casino patrons, é relevante para a frustração da base do negócio subjectiva, pela verificação do requisito das “expectativas razoáveis”<sup>30</sup> de utilização (meramente) comercial dos dados pessoais do gambler: é a consagração da “*Oppression*”, de matriz originária do direito das sociedades comerciais, mas aplicável neste âmbito.<sup>31</sup>

## II. A temática da recolha e armazenamento de dados pessoais dos casino patrons: a privacidade temática e a privacidade espacial no cruzamento reflexivo com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade: (breves subsídios à luz da doutrina e da jurisprudência alemã - o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) enquanto entreposto valorativo

Esclarecido o âmbito do ambiente inteligente, vigente nos casinos da Região Administrativa, coloca-se a questão da recolha e armazenamento dos dados pessoais dos casino patrons e, no âmbito desta, da eventual violação da privacidade temática, e para a privacidade espacial, quando vistas à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau).

<sup>30</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*TEDH*), introduziu a noção de “razoável expectativa de privacidade”, que congloba “o direito à privacidade do indivíduo que não se estenderia apenas à sua casa ou aos seus documentos, mas também a qualquer lugar (público) no qual pudesse ter razoável expectativa de privacidade; Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*TEDH*), *Copland contra Reino Unido*, de 3/4/2007, disponível em [hudoc.echr.coe](http://hudoc.echr.coe).

<sup>31</sup> Neste sentido, na jurisprudência norte-americana, *In Re Kemp & Beatley, Inc*, 484, N.Y.S.2d 799, 473, N.E. 2d 1173 (N.Y. 1984). O primeiro caso a articular o requisito das *expectativas razoáveis* foi o caso *In re Topper* 433 N.Y.S. 2d 359, 361 (Sup. Ct 1980); ver, com muito interesse, na doutrina portuguesa, que vimos seguindo de muito perto, DIOGO PEREIRA DUARTE, “A relevância da base negocial subjectiva nos actos constitutivos do *status socii*: análise de dois casos reais”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014) – Números ¾, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2015), pp. 623-624.

Com efeito, é consabido, que o processo dinâmico de recolha e armazenamento dos dados pessoais (*Big Data*) dos casino patrons implica, não raro, um conjunto de limitações ao seu direito de autodeterminação informacional, consubstanciado na perda do controlo do destino (e posterior utilização) dos dados pessoais que transportam a essência da intimidade dos gamblers.

Por aqui se percebe o «perigo constante» de violação do direito de autodeterminação informacional dos casino patrons, quando (e se) esses *Big Data* são canalizados para fins estranhos ao (legítimo) fundamento comercial que presidiu à sua recolha e armazenamento – é o caso modelar do *blackmail*.

O que significa, que, nos casos de utilização de dados pessoais para os fins ilícitos acima referidos viola-se a privacidade temática e a privacidade espacial dos jogadores casino patrons.

Seguindo de muito perto a lição do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht – BVerfGE), a privacidade temática, a que é reconduzido precisamente o mesmo universo de constelações fácticas cobertas pela privacidade em sentido material, reporta-se àqueles dados ou realidades que o portador do direito fundamental pretende subtrair à curiosidade e à discussão públicas,<sup>32 33</sup> tais como a sexualidade, os comportamentos desviantes, as doenças.<sup>34</sup>

Por outro lado, a esfera da privacidade em sentido espacial, pertence a uma área de entrincheiramento do indivíduo que lhe assegura a possibilidade de se encontrar e estar consigo mesmo, e de evasão,<sup>35</sup> o que normalmente acontece no interior do quarto de hotel dos casino patrons.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*), in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2008), p. 1794.

<sup>33</sup> Na doutrina portuguesa, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Domicílio, intimidade e Constituição”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 138.º, N.º 3953, Novembro-Dezembro de 2008, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), p. 110.

<sup>34</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*), in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2000), p. 1022.

<sup>35</sup> Ver, na doutrina alemã, sobre a contraposição *esfera da privacidade temática/esfera da privacidade espacial*, ENGELS/JÜRGENS, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2007), p. 2517.

<sup>36</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*), in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2008), p. 1794.

O que significa que existe um núcleo intangível de privacidade,<sup>37</sup> que emerge dos dados pessoais dos casino patrons, que abrange – e se identifica com – o universo de coisas, factos, eventos, vivências, emoções, lugares que, por serem portadores de lastros irredutíveis de subjectividade, individualidade e pessoalidade, o *casino patron* quer legitimamente guardar para si e para um número circunscrito de “outros”,<sup>38</sup> sendo esse, pois, um espaço de tutela da privacidade, convertido em lugar de realização da vida privada.<sup>39 40</sup>

<sup>37</sup> Por essa razão se compreende que a doutrina refira que, com a *esfera íntima* e a *esfera privada* da pessoa humana, seja enquanto *pretensão de isolamento, tranquilidade e exclusão* do acesso dos outros a si próprio (*direito à solidão*), seja, enquanto impedimento à ingerência dos outros (*direito ao anonimato*), seja ainda, mais modernamente, e perante a insuficiência protetora das referidas dimensões, enquanto *controlo das informações que lhe dizem respeito e de subtração ao conhecimento dos outros os factos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada (autodeterminação informacional)*. Como refere JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, esta última dimensão, hoje a de maior relevo, «*impede que o “eu” seja objeto de apropriação pelos outros, como matéria de comunicação na esfera pública. Nela conjuga-se o direito ao segredo (à intromissão dos outros na esfera privada, com tomada de conhecimento de aspetos a ela referentes) e um direito à reserva (proibição de revelação)*» – “A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas”, in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 853.

<sup>38</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Domicílio, intimidade e Constituição”, *cit.*, p. 110.

<sup>39</sup> Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Alemão (BGHS), 50, 206, JR, (2006), p. 216. No mesmo sentido, BGHS 42, 372, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (1997), p. 1018.

<sup>40</sup> O artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), estabelece que «*qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*». Nos termos do n.º 2, «*não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros*». O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem desenvolvido uma ampla jurisprudência sobre a *proteção do acesso a dados de comunicações*, afirmando expressamente que os mesmos se encontram abrangidos pela proteção de “*vida privada e familiar*” insita no n.º 1 do artigo 8.º da CEDH. Assim, no caso *Malone c. Reino Unido*, referiu que o *acesso e uso de dados respeitantes a tráfego de comunicações* constituem matéria que é abrangida pelo âmbito de proteção do n.º 1 do artigo 8.º da CEDH (*Acórdão de 02/08/1984, queixa n.º 8691/79*).

Por fim, no contexto da *União Europeia*, cabe mencionar os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Note-se que, antes de a mesma produzir efeitos vinculativos, o *Tribunal de Justiça da União Europeia* já havia proclamado a existência de um «*princípio geral de direito comunitário que consagra a proteção contra as*

A esta luz se compreende, que a utilização dos dados pessoais dos casino patrons, para fins estranhos (v. g., blackmail) à comercialização de serviços e de funcionalidades oferecidas pelos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, configure uma “grande devassa” (*grosser Lauschangriff*).<sup>41 42 43</sup>

Mais: corporiza uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>44</sup>

---

*intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de uma pessoa singular ou coletiva» (Acórdão de 22/10/2002, Roquette Frères, processo n.º C-94/00). Atualmente, o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais consagra o respeito pela vida privada e familiar, dispondo, inspirado nas demais normas internacionais, que «todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações». Este direito vale, nos termos do artigo 52.º, n.º 3 da Carta, com o mesmo sentido que é conferido ao artigo 8.º da CEDH. Por seu turno, o artigo 8.º da Carta contém uma norma específica relativa à proteção de dados pessoais, proteção essa que recebe, assim, uma consagração expressa e autónoma face ao artigo 7.º. A norma em causa estabelece que «todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito». O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) referiu que este direito está «indissociavelmente relacionado com o direito ao respeito pela vida privada» (Acórdão de 09/11/2010, Volkerund Markus Schecke, processo n.º C-92/09 e C-93/09). Por outro lado, esclareceu que a proteção de dados de tráfego das comunicações se encontra abrangida pelo âmbito de proteção deste direito fundamental (assim, o Acórdão de 08/04/2014, Digital Rights Ireland Ltd., processos n.º C-293/12 e C-594/12, que, anulou a Diretiva 2004/26/CE, por violação dos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais); neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 403/2015, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).*

<sup>41</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, DUTTGE, in: *Juristischen Zeitung (JZ)*, (1999), pp. 262 e ss; HERDEGEN, *Bonner Kommentar GG*, art.º 13, Rn. 26; BÖCKEN-FORDE, in: *Juristischen Zeitung (JZ)*, (2008), p. 926.

<sup>42</sup> Neste sentido, o *leading case* do Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*) 109, 279 = in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2004), pp. 1000-1002.

<sup>43</sup> A noção, jurisprudencialmente recortada, da *grosser Lauschangriff* foi retomada no Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*), conhecido como *Carolina II*, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2008), pp. 1793 e ss; sobre esta seminal decisão jurisprudencial, ver, na doutrina alemã, S. ENGELS/U. JÜRGENS, “Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz. Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des “Caroline” – Urteils in deutschen Recht”, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2007), p. 2520.

<sup>44</sup> Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 141.º, N.º 3972, Janeiro-Fevereiro de 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 143-144.

Porquanto, como bem refere o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht – BVerfGE), este direito fundamental (direito ao livre desenvolvimento da personalidade) protege também posições jurídicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade.<sup>45</sup>

Na verdade, o direito ao desenvolvimento da personalidade, na dimensão de liberdade de acção de um sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, naturalmente que comporta a liberdade de comunicar livremente os seus dados pessoais e de dominar o seu circuito comunicativo.<sup>46</sup>

Todavia, servindo para proteger vários bens jurídico-constitucionais, ele é hoje «um dos núcleos essenciais do direito à autodeterminação comunicativa, juntamente com a protecção de dados pessoais constantes de ficheiros informatizados ou manuais».<sup>47 48 49</sup>

Por isso, faz sentido referir-se à tutela da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica da Macau).

Com efeito,<sup>50</sup> estamos na época do neo – constitucionalismo, da constitucionalização dos direitos fundamentais (Die Konstitutionalisierung

<sup>45</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfGE*) 34, 238= in: *Juristischen Zeitung (JZ)*, (1973), p. 505.

<sup>46</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 403/2015, que seguimos de muito perto, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>47</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO, “Privatização e Direitos, Liberdades e Garantias. A propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações”, in: *Estudos de Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), p.162.

<sup>48</sup> Neste sentido, no âmbito da (candente) questão da “*data protection*” e da “*cloud computing*”, que não desenvolveremos, HON, W.KUAN/HÖRNE, JULIA/MILLARD, CHRISTOPHER, “Data protection jurisdiction and Cloud Computing – When are Cloud users and providers subject to EU data protection Law?”, in: *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 2-3, Special Issue: *Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 129-169.

<sup>49</sup> Referindo que “*a sociedade da informação, onde as pessoas estão permanentemente ligadas à rede (home connectus), exigiu a necessidade de uma maior protecção de dados pessoais e foi responsável pelo surgimento da moderna legislação nessa área*”; neste sentido, monograficamente, TERESA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação. contributo para um estudo dos limites do poder do controlo electrónico do empregador*, dissertação de doutoramento, Colecção Teses, Alameda, Coimbra, (2010), pp. 119-120.

<sup>50</sup> Neste apartado seguiremos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do direito civil, em HUGO LUZ DOS SANTOS, “O recente Acórdão do Supremo Tribunal

zung der Menschenrechte),<sup>51</sup> em que o constitucionalismo de direitos,<sup>52</sup>  
<sup>53 54 55</sup> a par do princípio da dignidade da pessoa humana, vale indistintamente como referência<sup>56</sup> e como representação de um valor.

O que significa, natural e necessariamente, que cada pessoa humana constitui um valor eminente, de onde resulta um equivalente e imediato reconhecimento de uma igualdade de princípio entre todos os seres humanos,<sup>57</sup> como expressão de reconhecimento recíproco de sujeitos.<sup>58</sup>

Uma vez que o reconhecimento traduz-se numa obrigação de respeitar, o que implica, na prática, obrigação de proteger e obrigação de cumprir - através da adopção de medidas judiciais adequadas à pros-

de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014: Concurso entre o risco do veículo e a culpa do lesado? Um passo atrás no padrão de jusfundamentalidade do Direito da União Europeia?”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, (2015), em curso de publicação; reflexão que projectámos igualmente, no âmbito do direito da família, em artigo doutrinal recente, HUGO LUZ DOS SANTOS, “A verdade biológica, o direito ao conhecimento das origens genéticas, o direito à historicidade pessoal, à luz do art.º 1656.º, art.º 1722.º, art.º 1727.º do Código Civil de Macau”: crónica de três disposições legais modelares e avançadas”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, n.º 111, (2016), em curso de publicação.

<sup>51</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, SOMMERMAN, “Völkerrechtlich garantierte Menschenrecht als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtfreundlichkeit des Grundgesetzes”, in: *AöR* 1989, (1989), pp. 395 e ss.

<sup>52</sup> Neste sentido, na doutrina italiana, GUSTAVO ZAGREBELSKY, “El Juez Constitucional en el siglo XXI”, in: *Revista Ibero – Americana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, Julho – Setembro de 2008, (2008), p. 249.

<sup>53</sup> Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 229 e ss.

<sup>54</sup> MANUEL ATIENZA, “Argumentación e Constitución”, in: *Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y Ministerio de Justicia de España*, .º 24, (2007), pp. 197-224.

<sup>55</sup> Na doutrina italiana, RICARDO GUASTINI, *La Costituzionalizzazione de ordenamento jurídico: el caso italiano*, Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 49-75.

<sup>56</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3. Auflage, Heidelberg, (1983), p. 345.

<sup>57</sup> JOSÉ MELO DE ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana”, in: *Discurso dos Direitos*, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), p. 45.

<sup>58</sup> Na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main. (1992), p. 504.

secução desse escopo de respeito, *protecção dos dados pessoais dos casino patrons*.<sup>59 60 61 62</sup>

Por essa razão se compreende que um direito, para ser fundamental, terá de ser suficientemente importante para oferecer razões que obriguem os demais, dentre os quais se inclui o poder judicial – enquanto entreposto valorativo-, a prestar-lhe uma séria atenção,<sup>63</sup> precisamente porque na génese da emergência desse direito fundamental, encontra-se o reconhecimento recíproco do homem enquanto pessoa que constitui a base do direito,<sup>64</sup> sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina norte – americana refere que “there are benefits that are hard or impossible to quantify (such as human dignity)”.<sup>65</sup>

Por isso se compreende que, imbuída pelo espírito de aceitação irrestrita do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), a constituição da Região Administrativa Especial de Macau seja regida pelo princípio do nível de protecção mais elevado, que deve ser compreendido como um princípio de preferência pela norma mais favorável à protecção da reserva da intimidade da vida privada dos casino patrons e que resulta também do respeito pela sua privacidade temática e privacidade espacial.

Por conseguinte, se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental,

<sup>59</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), p. 290.

<sup>60</sup> Neste sentido, VAN ALSENOY, BRENDAN / KOSTA, ELENY/BUMMORTIN, JOS, “Privacy notices versus informational self-determination: minding the gap”, in: *International Review of Law, Computer & Technology* (2013), pp. 1 e ss.

<sup>61</sup> Neste sentido, BONNICI, JEANNE P. MIFSUD, “Exploring the non-absolute nature of right of data protection”, in: *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), pp. 1-3.

<sup>62</sup> Neste sentido, GONZÁLEZ FUSTER, GLORIA/RAPHAËL, “The fundamental right of data protection in the European Union: in search for an uncharted right”, in: *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 1, pp. 3-10.

<sup>63</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, *cit.*, p. 290.

<sup>64</sup> NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Os princípios de um “personalismo ético” como projecto de “materialização” do direito privado”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 480.

<sup>65</sup> Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, “The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)”, in: *Columbia Law Review*, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014), p. 177.

será aplicável o que ofereça uma protecção mais elevada ao titular do direito em causa:<sup>66 67</sup> o direito de autodeterminação informacional dos casino patrons.<sup>68 69 70 71</sup>

<sup>66</sup> ALESSANDRA SILVEIRA, “Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, Outubro/Dezembro de 2010, Cejur, Braga, (2011), p. 10.

<sup>67</sup> Neste sentido, na jurisprudência do *Tribunal de Justiça da União Europeia*, *Acórdão Mary Carpenter*, de 11/07/2002, proc.º C-60/00; *Acórdão Yunying Jia*, de 09/07/2007, proc.º C-1/05; *Acórdão Metock*, de 25/07/2008, proc.º C-127/08.

<sup>68</sup> Neste sentido, no âmbito da (candente) questão das “*legislative measures taken against online intermediaries*”, tais como os gigantes “Google”, “Ebay”, “Facebook”, “Wikipedia” que (também) não desenvolveremos, KOHL, UTA, “The rise and rise of online intermediaries in the governance of the internet and beyond – Connectivity intermediaries”, in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), Volume 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 185-210; Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, *cruzando reflexivamente* o “*informational self-determination*” com a jurisprudência em matéria de “*privacy policy*”, J.SOLOVE, DANIEL/HARTZOG, WOODROW, “The FTC and the New Common Law of Privacy”, in *Columbia Law Review*, Volume 114, (2014), pp. 683-765; Neste apartado acompanharemos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do Direito Comercial, no que se refere aos *deveres de protecção* do património da sociedade comercial, pelos gerentes e administradores das pessoas colectivas; SANTOS, HUGO LUZ DOS, “Os *fiduciary duties* dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7 do RGIT e do (repristinado) art.º 7-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in *Revista Fiscal (RF)*, Vida Económica, Porto, Maio/Junho de 2014, (2014), pp. 25-26; Neste sentido, na doutrina alemã, TEUBNER, GÜNTHER, “Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, II, *Luchterhand, Neuwied*, 980, & 242, n.º 58; Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, BASTOS, MIGUEL BRITO, “Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), p. 275; Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, (2013), p. 217.

<sup>69</sup> Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo jurisprudencial do *direito de auto-determinação informacional (informational self-determination)*, para efeitos da *privacy*, o acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*Us Supreme Court*), *United States v. Jones*, de 24/01/2012, disponível em <http://www.supremecourt.gov/>

<sup>70</sup> Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo dogmático do *direito de auto-determinação informacional (informationelle Selbstbestimmung)* no âmbito da *Abschirmung der private sphere*, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*), de 24/01/2012, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2012/1>.

Por isso, em sede do framework originalism,<sup>72</sup> esse é o *original meaning* da norma constitucional que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, da Lei Básica de Macau), na medida em que “the interpreters must be faithful to the original meaning of the constitutional text and the principles that underlie the text”.<sup>73</sup>

### III. A proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) enquanto forma de legitimação jurídico-constitucional da secondary use of big data, for law enforcement purposes — a Lei da Ponderação e a Fórmula do Peso (Weight formula)

Os casinos captam, recolhem e conservam, em tempo real, quantidades assinaláveis de dados pessoais dos casino patrons.

Por conseguinte, a questão que se coloca é a de saber, de que forma é partilhado essa informação, com quem, e para que fins.

A este propósito, a mais autorizada doutrina norte-americana refere-se a um circuito reflexivo da informação que engloba, em síntese, 5 (cinco) fases, a saber: i) invasions (intrusion; decisional interference); ii) data subject; iii) information collection (surveillance; interrogation); iv) information processing (aggregation; identification, insecurity; secondary use, exclusion; e, por fim, a v) information dissemination (breach of confidentiality; disclosure; exposure; increased accessibility; blackmail; appropriation, distortion).<sup>74</sup>

Neste capítulo, analisada que está a questão da blackmail, centraremos a nossa atenção na *secondary use of Big Data*, no âmbito da *information processing* e da *information dissemination*.

A este respeito, e como bem refere a doutrina norte-americana, “the information that casinos collect on both their customers and employees

<sup>72</sup> Neste sentido, aduzindo que “a privacidade significa a protecção de dados”; VICTOR CORREIA, “Sobre o direito à privacidade”, in: *O Direito*, Ano 146.º, I, (2014), Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 13.

<sup>73</sup> Na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, “Framework Originalism and The Living Constitution”, in: *Yale Law Journal*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 82, February 2008, (2008), p. 4.

<sup>74</sup> JACK M. BALKIN, “Framework Originalism and The Living Constitution”, *cit.*, p. 4.

<sup>74</sup> Ver, na doutrina norte-americana, DANIEL SOLOVE, “Taxonomy of Privacy”, in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, January 2006, n.º 3, (2006), p. 490.

does not always remain within the doors of the casino. Systems such as the Surveillance Information Network managed by Biometrica Systems and corresponding programs like the Non-Obvious Relationship Awareness (“NORA”) allow casinos to share information between and among themselves. In one case, a casino in Atlantic City disseminated information about a man cheating on roulette (by distracting dealers and putting bets down after the ball dropped. Because of information sharing among casinos on a global scale, the man was discovered rigging the same game in Lithuania, where he was arrested”.<sup>75 76</sup>

Assim, nos casos em que à partilha de informação acima referida, preside uma finalidade absolutamente legítima (a de prevenir a prática de jogo fraudulento em todos os casinos), o *secondary use of the information shared*,<sup>77</sup> *mormente para efeitos de law enforcement purposes*, está coberta pelo manto da legalidade.

Porquanto, “the information sharing extends beyond the confines of the casinos community. For instance, casinos can gain access to law enfor-

<sup>75</sup> Ver, na doutrina norte-americana, JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 42.

<sup>76</sup> É consabido, que os sistemas de *Aml* agravam ainda mais o *efeito de agregação* ou “*aggregation effect*” e contribuem, decisivamente, para a *erosão* da fronteira entre a *esfera pública* e a *esfera privada*; neste sentido, na doutrina norte-americana, P. M. SCHWARTZ & DANIEL SOLOVE “PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information”, in: *New York Law Review*, Volume 86, (2011), pp. 1836-1892. Não é de espantar, pois, que esse facto, em si mesmo tomado, demonstre o potencial de algumas aplicações do ambiente inteligente, que pode alterar a natureza dos dados envolvidos; neste sentido, ALIAKSANDRA YELSHYNA/FRANCISCO ANDRADE/PAULO NOVAIS, “Um ambiente inteligente de resolução de litígios – Repercussões jurídicas na privacidade e protecção de dados”, *cit.*, p. 124.

<sup>77</sup> Que, como afirma autorizada doutrina norte-americana, pode ser definida, em apertada síntese, nos seguintes termos “*Secondary use*” is the use of data for purposes unrelated to the purposes for which the data was initially collected without the data subject’s consent (.....) *Secondary use can cause problems. It creates a dignitary harm, as it involves using information in ways to which a person does not consent and might not find desirable. Secondary uses thwart people’s expectations about how the data they give out will be used. People might not give out data if they know about a potential secondary use (.....). The potential for secondary use generates fear and uncertainty over how one’s information will be used in the future, creating a sense of powerlessness and vulnerability. In this respect, secondary use resembles the harm created by insecurity. The harm is a dignitary one, emerging from denying people control over the future use of their data, which can be used in ways that have significant effects in their lives*”; DANIEL SOLOVE, “Taxonomy of Privacy”, *cit.*, pp. 519-520.

cement databases that support its facial recognition software – pioneered by the gaming industry to follow suspected card encounters, thieves, and other unscrupulous scoundrels. Moreover, the flow of information is a two-way street, as law enforcement agencies in areas with robust gaming frequently borrow from casino files (and technology) as well.<sup>78</sup> The NORA software permits casinos to determine quickly if a player and dealer suspected of colluding have ever had a mutual phone number, split room at the casino hotel, or lived at the same address. Although the NORA software was initially created for the gaming industry, the United States Department of Homeland Security adapted it to detect connections between suspected terrorists”.<sup>79</sup>

A esta luz, a da prevenção do jogo fraudulento e repressão da criminalidade a ela subjacente, a partilha de informação entre a comunidade de casinos (entre si) e entre esta e as law enforcement agencies, afigura-se-nos uma solução proporcional, adequada e necessária.

Vejamos porquê.

Como escrevemos noutra local,<sup>80</sup> o princípio da proporcionalidade, que nas últimas décadas obteve assinalável reconhecimento na teoria e na prática do controlo de constitucionalidade<sup>81 82</sup> consiste em três subprincí-

<sup>78</sup> Neste aspecto, Detroit constitui um caso paradigmático. “*The Detroit Police network with private security cameras, including casinos. This network allows the officers to monitor camera images and then use facial recognition to search the felons. Likewise, casinos turn to law enforcement to augment their own databases*”; JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 42, nota 33.

<sup>79</sup> JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 42.

<sup>80</sup> HUGO LUZ DOS SANTOS, “O jogo e a aposta nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: (breves) subsídios para o enquadramento jurídico das *oustanding chips* e para a *distribuição dinâmica do ónus da prova*: o “admirável” mundo novo no *Gaming*?”; in: *Revista de Administração Pública de Macau (RAP)*, n.º 110, Macau, China, (2016).

<sup>81</sup> Ver, na doutrina norte-americana, ALEC STONE/JUD MATHEWS, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 47, (2008), pp. 72-164.

<sup>82</sup> Ver, na doutrina norte-americana, DAVID M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, (2004), pp. 34-49.

pios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Estas três máximas exprimem a ideia de otimização.<sup>83 84</sup>

Na verdade, os princípios como mandados de otimização requerem a otimização relativamente àquilo que seja factual e juridicamente possível.<sup>85</sup>

Os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização quanto às possibilidades factuais existentes (no caso concreto, cabe perfeitamente na esfera de disponibilidade de facto dos casinos, a partilha de informação com outros casinos e com as agências governamentais de law enforcement, para efeitos de prevenção e repressão da criminalidade associada ao *jogo fraudulento*).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização quanto às possibilidades jurídicas existentes (no caso concreto, o regime jurídico do jogo e aposta e do crédito para jogo estão suficientemente sedimentados no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau).

Por conseguinte, a solução normativa preconizada - a partilha de informação para efeitos de prevenção e repressão da criminalidade associada ao jogo fraudulento - passa no teste da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

Na verdade, a referida solução normativa, é adequada (porque não exclui a adopção de meios que impeçam a realização de pelo menos um princípio); é necessária (porque os meios acima adoptados atingem o seu objectivo até certo grau).

A significar, igualmente, que a dita solução normativa, cabe no âmbito do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>83</sup> Sobre o constitucionalismo norte-americano, ver, na doutrina norte-americana, LOUIS SEIDMANN, *Never Mind the Constitution; On Constitution Disobedience*, New York, N.Y., Oxford University, (2012), pp. 12-35.

<sup>84</sup> Sobre o constitucionalismo norte-americano, ver, na doutrina norte-americana, JEREMY WALDRON, *Book Review Never Mind the Constitution; On Constitution Disobedience*, in: *Harvard Law Review*, Volume 127, (2014), pp. 1151 e ss.

<sup>85</sup> Ver, ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, (2002), pp. 47-49.

Na verdade, a ponderação é o objecto do terceiro subprincípio da proporcionalidade, ou seja, da proporcionalidade em sentido estrito. Este subprincípio exprime, como acima se acenou, a ponderação sobre as possibilidades jurídicas existentes.<sup>86</sup> Corresponde a uma máxima que pode ser designada como “Lei da Ponderação”.<sup>87</sup> Esta máxima diz: “Quanto maior for o grau de não realização ou de afectação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio colidente”; e, no âmbito daquela (a Lei da Ponderação) a “Fórmula do Peso” (Weight Formula), define o peso específico de cada um dos princípios colidentes.<sup>88</sup>

No caso concreto, a “Lei da Ponderação”, e a “Fórmula do Peso” (apta à subsunção no caso da secondary use da information processing e da information dissemination),<sup>89</sup> determinam que o princípio prevaLENcente (a prevenção e repressão da criminalidade associada ao jogo fraudulento) legitima jurídico-constitucionalmente a solução normativa da partilha de informação entre os casinos e as agências de law enforcement,<sup>90</sup> sendo

<sup>86</sup> Em recente publicação portuguesa, ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, tradução por Paulo Pereira Gouveia, in: *Revista O Direito*, Ano 146.º, (2014), IV, Almedina, Coimbra, (2015), p. 821.

<sup>87</sup> ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 102.

<sup>88</sup> ROBERT ALEXY, “The Weight Formula”, in: *Frontiers of Economics Analysis of Law – Studies in the Philosophy of Law*, 3, Cracow, Jagiellonian University Press, (2007), pp. 9-27; ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 97-99; na língua alemã, ROBERT ALEXY, “Die Gewichtsformel”, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Verlag, Köln, (2003), pp. 771-792.

<sup>89</sup> Por essa razão, entende-se que “a Fórmula do Peso está intrinsecamente ligada ao discurso jurídico. Ela exprime uma forma argumentativa básica do discurso jurídico”; por isso, ela é ligada “à Fórmula da Subsunção como a única forma argumentativa básica do discurso jurídico”; neste preciso sentido, em língua inglesa, ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption”, in: *Ratio Juris*, n.º 16, (2003), pp. 433-448; ROBERT ALEXY, *On the Nature of Legal Principles*, *Archives for Philosophy of Law*, vol. Supl. 119, Franz Steiner & Nomos, (2010), pp. 9-18; ROBERT ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon Press, (1989), pp. 221-230; em língua alemã, monograficamente, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFORDE, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur Gegenwartige Lage der Grundrechtesdogmatik”, in: *Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, (1991), pp. 188-190; ROBERT ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*, (1978), 6ª Ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, (2008), pp. 273-283.

<sup>90</sup> Porquanto, como refere a doutrina norte-americana, “There are certainly many desirable instances of secondary use. Information might be used to stop a crime or to save a life”; DANIEL SOLOVE, “Taxonomy of Privacy”, cit., p. 519.

esse um “minimal impairment test of the protected rights” e a “the least restrictive alternative”.<sup>91 92 93 94 95 96</sup>

#### IV. A information dissemination à luz da doutrina norteamericana do Cost-Benefit Analysis e do Breakeven analysis: a importância da teoria da unmonetizable nature of human dignity - brevíssimas notas

A doutrina norteamericana expressa, com razão, preocupações com o secondary use de dados pessoais para fins estranhos ao fim primacial, que esteve na base da sua recolha e armazenamento, – é o caso modelar dos credit bureaus e das collection agencies.

<sup>91</sup> Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norteamericana, VICKI C. JACKSON, “Constitutional Law in a Age of Proportionality”, in: *The Yale Law Journal*, Vol. 124: 3094, (2015), p. 3114, que seguiremos de muito perto.

<sup>92</sup> Neste sentido, na jurisprudência do *Supremo Tribunal do Canadá (Canadian Supreme Court)*, *RJR-MacDonald Inc v. Canada* (A.G.), (1995), 3 S.C.R. 199, 342-343 (Can.) (McLachlin J.) (emphasizing also that “the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary”), acknowledging that “a range of reasonable alternatives may exist exist”, but indicating that “if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law must fail”).

<sup>93</sup> No mesmo sentido, mais recentemente, na jurisprudência do *Supremo Tribunal do Canadá (Canadian Supreme Court)*, *Charkaoui v. Canada*, 2007, SCC 9, (2007), 1 S.C.R. 350, §§ 85-87, (Can.) (finding procedures for the judge’s considering secret service evidence with no access to the respondent or one acting for him failed the *minimal impairment test*, given the *availability of alternatives* such as security-cleared special advocates in use under other regimes in Canada and in the U.K.).

<sup>94</sup> No mesmo sentido, (ainda) mais recentemente, na jurisprudência do *Supremo Tribunal do Canadá (Canadian Supreme Court)*, *Mounted Police Ass’n of Ontario*, 2015, SCC, (2015), § 149.

<sup>95</sup> No mesmo sentido, na jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (Us Supreme Court)*, *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 59 (2010) (the *concept of proportionality* is central to the Eight Amendment); *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct 2537 (2012); *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Solem v. Helm*, 463, U.S. 277, (1983) (assessing the *proportionality* of a sentence of life imprisonment); *Pervear v. Massachusetts*, 72 U.S. (5 Wall.) 475, 480 (1867) (suggesting that the Eight Amendment clauses as a whole prohibited punishments that were *excessive*, or cruel, or unusual); *O’Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 331 (1892) (quoting a lower court opinion construing the Eight Amendment and na analogous state constitutional provision to ban “*excessive*”, “*oppressive*”. Or “*unreasonably severe*” punishments, but for other reasons rejecting and attack on a lengthy sentence imposing cumulative time on multiple counts).

Com efeito, e conforme acima se referiu, nos casos em que à partilha de informação preside uma finalidade absolutamente legítima (a de prevenir a prática de jogo fraudulento em todos os casinos), o secondary use of the information shared, principalmente para efeitos de law enforcement purposes, respeita o princípio da legalidade.

Todavia, a questão que se coloca é a de saber se essa information dissemination é extensível aos casos em que os casinos disseminam essa informação pelas credit bureaus e pelas collection agencies.<sup>97</sup>

A este propósito, aduz a doutrina norte-americana que, “while the type of information collected appears typical and almost routine in the grand context of the data collection in the Marketplace, the more significant piece of the privacy policy is the sharing of information (in predictable fashion) with it other casinos under the Caesars Entertainment brand, the information is also shared with the credit bureaus, collection agencies, and other non-affiliated third parties only permitted by law. Caesars also notes that it shares certain limited information about its customers with other businesses, including the likes of financial services companies, insurance companies, Airlines, car rental agencies, and retailers”.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Na doutrina israelita, numa perspectiva de direito comparado, AHRON BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their limitations*, (2012), pp. 186-204 (describing proportionality doctrine in Germany, Canada and Israel); na doutrina australiana, SUSAN KIEFEL, “Proportionality: A rule of reason”, in: *Public Law Review*, 85, 86 (2012) (describing how proportionality in Australia is not regarded as a general principle, as in many parts of the world, but it is used in constitutional law to test the limits of constitutional legislative authority).

<sup>97</sup> “The privacy policy further details that Caesars Entertainment’s Total Rewards may collect and use Customer information we believe is necessary to administer our business and provide you with the most personalized service and experience. That necessary information includes data received when a customer books a reservation, registers for email notifications, enters an online promotion, requests information, submits an employment application, or fills out a feedback survey. The particular data goes beyond a customer’s name and Total Rewards number to include birth dates, addresses, email addresses, phone numbers, credit card numbers, and even social security numbers (the latter for employment applications”); Ver, na doutrina norte-americana, JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 55; no mesmo sentido, na doutrina norte-americana, STEPHEN J. RANOCOURT, “Hacking, Theft, and Corporate Negligence: Making the Case for Mandatory Encryption of Personal Information”, in: *Texas Wesleyan Law Review*, 18, 183, 184, (2011).

<sup>98</sup> JESSICA D. GABEL, “CSI Las Vegas: Privacy, Policing, and Profiteering in Casino Structured Intelligence”, *cit.*, p. 56.

Numa palavra, devem, ou não, os casinos disseminar essa informação, que incorpora dados pessoais dos gamblers, pelas credit bureaus e pelas collection agencies?

Na afirmativa, como?

Não é possível avançar uma resposta definitiva a esta questão, e a razão de ser da dificuldade tem que ver com a dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), que reúne os dados pessoais dos casino patrons, uma vez que esta- a dignidade da pessoa humana – não se pode medir quantitativamente.

Por conseguinte, torna-se importante fazer referência à teoria da *Cost-Benefit Analysis* (CBA), e da human dignity e, no núcleo desta, da unmonetization da mesma, cujos contornos dogmáticos têm sido traçados pela mais autorizada doutrina norte-americana.

Neste âmbito, refere a doutrina norte-americana, que, “the inclusion of human dignity among facts that agencies are authorized to consider in CBA leads to difficult questions. CBA frequently features strenuous attempts to attach dollar values to the advantages and disadvantages of regulation.”<sup>99</sup> <sup>100</sup> Yet dignity is often viewed as a quintessential example of a value impervious to monetization”<sup>101</sup> <sup>102</sup>

Por isso, concordamos com essa doutrina norte-americana, quando afirma que “efforts to monetize dignity are misguided for three main reasons. First, dignity complex and malleable nature makes this concept difficult to monetize for principled theoretical reasons. Second, the attempt to monetize dignity likely results in the failure to value dignity in the proper way. Third, monetized CBA may tend toward trans-contextual valuation, and it is especially important to resist this trend in the case of dignity”.<sup>103</sup>

<sup>99</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, ARDEN ROWELL, “Partial Valuation in Cost-Benefit Analysis”, in: *Adm. Law Review*, Vol. 64, 723, 734 n.º 45, (2012) (enfatizando que “dignity could arguably lose its value if it is exchanged for money”).

<sup>100</sup> No mesmo sentido, na doutrina norte-americana, MICHAEL LIVERMORE, “A Brief Comment on Humanizing Cost-Benefit Analysis”, in: *Eur. J. Risk. Reg.*, 13, 14, (2011).

<sup>101</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, RACHEL BAYEFESKY, “Dignity as a Value in Agency Cost-Benefit Analysis”, in: *Yale Law Journal*, Vol. 123, 1732, (2014) (frisando que a “CBA can and must include dignity in unmonetized form”).

<sup>102</sup> NEOMI RAO, “American Dignity and Healthcare Reform”, in: *Harvard Law Review*, Volume 35, 171, 178-179, (2012).

<sup>103</sup> RACHEL BAYEFESKY, “Dignity as a Value in Agency Cost-Benefit Analysis”, *cit.*, p. 1765.

A esta luz, os casinos de Macau deverão ponderar casuisticamente a necessidade de proceder à disseminação da informação (information dissemination), pelas credit bureaus e pelas collection agencies.

O que bem se compreende.

Na verdade, a partilha de informação com outras entidades, fora da comunidade de casinos, é uma *two-way street*; a significar que, os casinos têm interesse em saber se determinados gamblers gozam (ou não) de condições financeiras para jogar e apostar nos seus recintos.

Por outro lado, as entidades financeiras (ou até mesmo os tribunais) têm interesse em saber, se determinados gamblers (mormente os insolventes- a quem foi concedido o benefício do *fresh start* - e os que incumprem, por exemplo, o pagamento da pensão de alimentos devidos a menores), frequentam assiduamente os casinos.

E este argumento é particularmente importante no âmbito do crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, uma vez que os casino patrons utilizam, não raro, capital concedido pelos concedentes de crédito para jogar e apostar nesses casinos.

Por outro lado, coloca-se a questão da enforceability das dívidas (de natureza civil) emergentes do crédito para jogo, em estreita ligação com a origem territorial dos concedentes desse capital devolutivamente entregue aos casino patrons: por essa razão (que não é de somenos importância), todo o cuidado é pouco, no que toca à determinação do perfil económico-financeiro dos casino patrons.

A esta luz se compreende, que, em caso de dúvida, a doutrina norte-americana, trabalhando laboriosamente a teoria da unmonetization nature of the human dignity, defenda a mobilização da Cost-Benefit Analysis (CBA), e, no âmbito desta, e do núcleo de *hard cases* que esta convoca, da *Breakeven analysis*.

Mas o que significa a Breakeven analysis?

Acolhendo a magistral lição da doutrina norte-americana, “Breakeven analysis should be seen as a way of engaging in cost-benefit analysis when important information is missing. In ordinary cases, agencies have the information they need to decide whether the benefits justify the costs. When agencies lack relevant information – and in particular, information about the magnitude of the benefits – they can nonetheless specify how

high the benefits would have to be to justify the costs. That specification can help to discipline the judgment about whether to proceed”.<sup>104 105</sup>

Deste modo, em caso de sopesamento entre a protecção de certo tipo de dados pessoais dos casino patrons (mormente a informação económico-financeira dos gamblers), e a defesa preventiva do património dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, devem estes optar pela finalidade que mais adequadamente acautele os seus interesses jurídico-patrimoniais, uma vez que “the central point is that even if an important variable is missing, or if wide ranges are inevitable, an agency can use breakeven analysis to make seemingly intractable problems more manageable”.<sup>106 107</sup>

---

<sup>104</sup> Na doutrina norte-americana, muito recentemente, CASS R. SUNSTEIN, “Financial Regulation and Cost-Benefits Analysis”, in: *The Yale Law Journal*, January 2015, Volume 124, (2015), p. 272.

<sup>105</sup> A bibliografia, em matéria de *Cost-Benefits Analysis*, nomeadamente em língua inglesa, é, hoje, inabarcável, pelo que se indica, sem pretensão de exaustividade ou de hierarquização dogmática, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*, New York, (2014), *passim*; JEFFREY GORDON, “The Empty Call for Cost-Benefits Analysis for Financial Regulators”, in: *Journal of Legal Studies*, Vol. 43, S351, (2014); CASS R. SUNSTEIN, “The Limits of Quantification”, in: *California Law Review*, Vol. 103, 1369, (2014); MATHEW ADLER & ERIC A. POSNER, “New Foundations of Cost-Benefit Analysis”, in: *Regulation & Governance*, Vol. 3, 72, (2006); THOMAS J. MILES & CASS R. SUNSTEIN, “The Real World of Arbitrariness Review”, in: *University of Chicago Law Review*, vol. 75, 761, (2008).

<sup>106</sup> CASS R. SUNSTEIN, “Financial Regulation and Cost-Benefits Analysis”, *cit.*, pp. 272-273.

<sup>107</sup> O entendimento acima referido (que se centra na mobilização da *Breakeven analysis*, em casos de dúvida), mereceu ásperas (e nem sempre serenas) críticas de um sector da doutrina norte-americana; JOHN C. COATES IV, “Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Case Studies and Implications”, in: *Yale Law Journal*, Volume 124, pp. 882-911, (2015); refira-se, todavia, que o entendimento de JOHN C. COATES IV, relativamente a esta (e a outras) questões dogmáticas, no âmbito da *Cost-Benefits Analysis*, foram (acerbamente) criticadas por um *outro* sector (não menos autorizado) da doutrina norte-americana; ver, com muito interesse, ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, “Cost-Benefit Analysis of Financial Regulations: Response to Criticisms”, in: *Yale Law Journal*, January 2015, Volume 124, (2015), pp. 246-265.