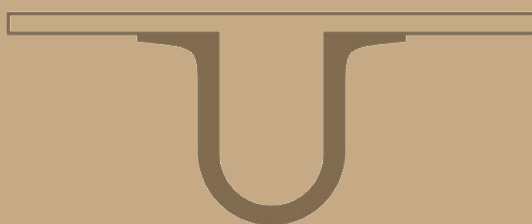




UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Rafaela Cristina Curto Silvério

A TUTELA PENAL DO DIREITO À IMAGEM
EM ESPECIAL: O ARTIGO 199.º, N.º 2, B) DO CÓDIGO PENAL

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2.º ciclo de estudos em Direito, conducente ao grau de mestre, na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pelo Professor Doutor Nuno Brandão e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho, 2019



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RAFAELA CRISTINA CURTO SILVÉRIO

A TUTELA PENAL DO DIREITO À IMAGEM

Em especial: o artigo 199.º, n.º 2, b) do Código Penal

THE CRIMINAL PROTECTION OF THE RIGHT TO IMAGE

In particular: article 199, 2, b) of the Portuguese Penal Code

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º ciclo de
estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na
área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses**

Sob orientação do Exmo. Sr. Professor Nuno Brandão

Coimbra, 2019

Agradecimentos

Quero, desde já, agradecer a todas as pessoas que contribuíram, direta e indiretamente, para este meu percurso académico, mas particularmente aos meus queridos pais. Sem eles não teria tido a oportunidade de alcançar os meus sonhos, nem de conhecer a Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, os célebres professores, os ilustres colegas e a cidade encantadora que é marcada pela saudade.

“A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos.”

- Montesquieu

Resumo

Ao longo das últimas décadas, é manifestamente visível o crescimento e a adesão aos meios de comunicação social, nomeadamente a Internet e as redes sociais. São instrumentos indispensáveis para o nosso dia-a-dia.

Os meios *supra* mencionados têm criado continuamente impacto sobre as infindas convivências humanas, facilitando a comunicação, o acesso e a troca de dados e informações.

Sucedem, porém, que para além das vantagens que derivam do uso da Internet e das subsequentes ferramentas sociais, as desvantagens e os perigos inerentes são incontornavelmente maiores.

Desta forma, foi imprescindível adequar a lei a este fenómeno social, oferecendo mais segurança e proteção dos dados pessoais.

Foi neste contexto que surge a presente obra, “*A tutela penal do direito à imagem*”. Esta analisa o bem jurídico, *in casu*, protegido pela Constituição da República Portuguesa, dissecando o seu conteúdo, essência e razão de ser. Descortina a concretização da tutela deste direito supraindividual domínio jurídico-penal, especificando-se num determinado tipo legal de crime que depende da utilização, exposição e publicação de fotografias e/ou de filmagens, através dos meios de comunicação social, contra a vontade da pessoa retratada.

A identidade pessoal deveria ser perspectivada como inviolável e de acesso restrito, pelo que se apela a uma especial proteção da imagem dos indivíduos.

Palavras-chave

- Direito à imagem;
- Direito supraindividual;
- Tutela penal;
- Fotografias e filmagens ilícitas;
- Meios de comunicação social.

Abstract

Over the last few decades, it is clearly visible the growth and adherence to the social media, such as the Internet and social networks. They are indispensable tools for our daily life.

The aforementioned tools have continuously created an impact on the endless human coexistence, facilitating communication, access and exchange of data and information.

However, in addition to the advantages deriving from the use of the Internet and subsequent social tools, the disadvantages and dangers are unquestionably greater.

In this way, it was essential to adapt the law to this social phenomenon, offering more security and protection of personal data.

It is in this context that the present work appears, "*The criminal protection of the right to the image*". It analyzes the legal good, *in casu*, protected by the Portuguese Constitution, dissecting its content, essence and reason of being. It reveals the fulfillment of the protection of this individual right in the criminal-legal field, specifying in particular one legal type of crime that depends on the use, exhibition and publication of photographs and/or films, through the mass media, against the will of the person portrayed.

Personal identity should be viewed as inviolable and restricted access, and therefore calls for a special protection of the image of individuals

Keywords:

- Right to image;
- Individual right;
- Criminal protection;
- Illegal photographs and films;
- Social media.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. - Conforme

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DLG's – Direitos Liberdades e Garantias

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

e.g. – *exempli gratia* (por exemplo)

ex. - exemplo

i.e. – isto é

ss. - seguintes

TC – Tribunal Constitucional

UE – União Europeia

v.g. – *verbi gratia* (como tal)

Índice

1. Introdução	6
2. O direito à imagem como direito fundamental	7
2.1. Fundamento legal	7
2.2. O conteúdo juridicamente protegido	11
2.3. Âmbito de proteção	16
2.4. Restrição do direito à imagem	19
3. A tutela penal do direito à imagem	22
3.1. O direito à imagem como bem jurídico-penal	22
3.2. As gravações e fotografias ilícitas	25
3.3. Em especial: o artigo 199.º, n.º 2, b) do Código Penal	30
4. Uma breve alusão ao fenómeno da cibercriminalidade	32
5. Análise jurisprudencial	35
5.1. Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães, no âmbito do processo n.º 16/15.2GEVCT.G1, de 21 de novembro de 2016	35
5.2. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no âmbito do processo n.º 2/16.5PAMGR.C1, de 20 de Setembro de 2017	37
5.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no âmbito do processo n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, de 25 de Junho de 2015	41
6. Conclusão	43
7. Bibliografia	44

1. Introdução

No hodierno das tecnologias e meios de comunicação social, receia-se que o direito à imagem esteja a ser empurrado para um “buraco sem fim”, isto é, algo que era estimado como genuíno e autêntico passou a ser vulgarizado pelos membros da comunidade atual.

Tem-se levantado esta problemática desde do impulso revolucionário das plataformas e das redes sociais (*Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat, Youtube, Google+, Badoo, LinkedIn*, entre outras). Cada rede social possui um *modus operandi* distinto e atrativo. O *Facebook* e o *Instagram* são as redes sociais com mais impacto, pois permitem a abertura a novos relacionamentos, eventos, organizações, empresas, marcas e conceitos, efetuando-se uma constante troca de impressões, valores, interesses, informações e objetivos. Segundo os resultados do estudo “*Os portugueses e as Redes Sociais 2018*”¹ da Marktest Consulting, o *Instagram* é a segunda rede de maior penetração em Portugal.

Porém, as desvantagens e os perigos associados são abusivamente evidentes. Os mínimos éticos deveriam ser impreterivelmente transpostos para a realidade virtual, pois cada vez mais as pessoas tendem a estabelecer conexões não físicas e aparências utópicas altamente perigosas, dada a era digital e informática que nos deparamos. O uso diário da Internet e das redes sociais comprometem cada vez mais a privacidade. O ser humano está cada vez mais desprotegido, independentemente dos esforços conjuntos para a criação de opções de segurança e de proteção de dados pessoais.

O legislador português acompanhou paulatinamente a evolução das mentalidades e necessidades sociais, criando vários regimes jurídicos com vista ao respeito pelo próprio ser humano, permitindo uma convivência adequada e justa.

O direito à imagem tem vivido uma realidade vigorosamente mutável e ultrajante, e é neste sentido que se pretende descortinar a proteção constitucional e civilística deste bem jurídico, bem como, a sua relação com o direito penal e a posição deste perante a sociedade de hoje. Tais questões serão substantificadas através da exposição de casos jurisprudenciais de grande relevo para a sensibilização e salvaguarda da tutela do direito à imagem.

¹ Disponível em <<https://www.marktest.com/wap/a/grp/p~96.aspx>>. Acesso em 11 de Julho de 2019.

2. O direito à imagem como direito fundamental

2.1. Fundamento legal

O direito à imagem é um direito verdadeiramente fundamental, tendo acolhimento na Constituição da República Portuguesa, no artigo 26.º, n.º 1: “*A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem (sublinhado nosso), à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

Está em causa um direito inviolável, intemporal e universal, que as pessoas detêm pelo simples facto de serem dotadas de carácter humano, possuindo uma natureza essencial para garantir a existência do indivíduo. É por este motivo que se encontra enquadrado no catálogo dos direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º a 57.º da CRP): “*A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais*”².

O Código de Seabra de 1867, no artigo 359.º, previa alguns direitos como originários: “*Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são: 1º Direito de existência; 2º Direito de liberdade; 3º Direito de associação; 4º Direito de apropriação; 5º Direito de defeza*”.

A constitucionalização deste direito fundamental traduz-se na ideia de que é garantido e protegido “*mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos*”³.

O Dr. Jorge Miranda entende por direitos fundamentais “*Os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material*”⁴, distinguindo os direitos fundamentais em sentido formal dos direitos

² CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003, p. 377.

³ CANTOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003, p. 378.

⁴ MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 4ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 7.

fundamentais em sentido material. Por seu turno, o Dr. Gomes Canotilho refere-se antes à *fundamentalidade material ou formal*⁵. Os direitos formalmente constitucionais são os que se encontram enunciados na Lei Fundamental, ao contrário dos materialmente constitucionais, que embora sejam reconhecidos como fundamentais, não se encontram expressamente positivados, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º da CRP: “*Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional*”, consubstanciando-se numa norma *fattispecie* aberta. O direito à imagem, durante muito tempo, era visto como um direito fundamental sem assento constitucional.

“*Desde a pré-história que a reprodução da imagem decorre da necessidade do homem de se representar enquanto pessoa situada na sua vida quotidiana*”⁶. O direito à imagem já existe desde dos primórdios da humanidade, sobretudo nas civilizações primitivas onde a imagem era significativamente representada através de pinturas rupestres. Este direito foi evoluindo paulatinamente até à sua consagração definitiva como fundamental. Deve-se a uma evolução do direito propriamente dito e da conseqüente mutação das mentalidades humanas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevê no artigo 12.º o direito à reserva da intimidade e da vida privada: “*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei*”. Bem como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar no artigo 8.º, n.º 1: “*Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*” e 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*

⁵ CANTOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, 2003, p. 378 e 379.

⁶ ABREU, Lígia Carvalho de - *O direito à imagem como matéria fundamental do Direito da Moda*, Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, v. 4, n. 4, março de 2014, ISSN 2184-1020. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/4347>>, Acesso em: 28 outubro de 2018.

e das liberdades de terceiros”. Estes tratados internacionais foram decisivos para que o direito *supra* referido fosse introduzido nos demais ordenamentos jurídicos, bem como a ordem jurídica portuguesa, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 16.º da CRP.

O Código Civil português de 1966 previa a intromissão na privacidade no artigo 80.º, n.º 1: *”Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”*, e n.º 2: *“ A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”*, bem como o direito à imagem no artigo 79.º, n.º 1: *“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”*. Estas normas jurídicas de cariz civilística conseguiram erguer este direito como intrinsecamente fundamental.

Assim, sentiu-se a necessidade de acautelar tal direito no texto fundamental. A constituição de 1976 salvaguardava o direito à imagem no âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade e da vida privada no artigo 26.º. Mas não foi suficiente para garantir a sua dimensão basilar.

Por fim, o legislador em 1982 positivou o direito à imagem como bem jurídico-constitucional autónomo, separado do direito à reserva da intimidade e da vida privada, sendo que hoje a Lei Fundamental consagra estes direitos no artigo 26.º, tendo como epígrafe *“Outros direitos pessoais”*, que abrange outros direitos para além da vida e da integridade pessoal, reunindo *“(…) num único artigo nada menos do que nove direitos distintos, a Constituição sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere carácter comum, e que consiste em todos eles estarem diretamente ao serviço da proteção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade (cfr. AcTC n.º 110/05)”*⁷. Ao abrigo do disposto no artigo 1.º da CRP, estes direitos pertencem ao núcleo essencial da dignidade humana.

Em França, o direito à imagem nasceu sobretudo com a jurisprudência francesa. *“O Tribunal de Seine foi o primeiro tribunal francês que em 1858 julgou um caso sobre o direito à imagem.”*⁸.

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 461.

⁸ COSTA, Adalberto – *O Direito à Imagem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012, p. 1374, disponível em: www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abb1a8210c4%7D.pdf >, acesso em: 27 de dezembro de 2018.

Na Alemanha, este direito apenas surgiu nos finais do século XIX. “*Em 1907 é publicada uma lei que incorpora no direito alemão a tutela do direito à imagem, e em 1949 é consagrado na Constituição da República Federal, o direito à imagem através de uma cláusula de um direito geral de personalidade. Posteriormente, com a Lei Fundamental de Bonn, esta, ao tratar da liberdade de expressão do pensamento voltou a mencionar o direito à imagem fixando os limites para o exercício dos direitos que previa.*”⁹.

O processo de consagração do direito à imagem na Constituição Italiana foi muito semelhante ao que se verificou em Portugal. “*O Código Civil Italiano de 1942 consagrou de forma expressa o direito à imagem, protegendo este direito contra reproduções, publicações e exposição de imagens feitas por terceiros sem o consentimento do seu titular. Por outro lado, a Constituição Italiana consagrou, tal como acontece em Portugal, uma cláusula geral de personalidade.*”¹⁰.

Nos Estados Unidos da América do Norte, surgiram preocupações legais de proteção do direito à imagem nos finais do século XIX, “*(...) a proteção do direito à imagem inicia-se em 1890, após uma forte discussão doutrinária e jurisprudencial, tendo sido por volta daquele ano de 1890 que um Tribunal do Estado da Geórgia quem primeiro proferiu uma decisão no sentido de proteger o direito à imagem. Em 1903, um diploma publicado no Estado de Nova York relativo ao direito à vida privada, proibia o uso do nome, do retrato ou outra espécie de imagem de qualquer pessoa viva para fins publicitários sem que houvesse o consentimento do próprio.*”¹¹. A ideia de privacidade só foi reconhecida formalmente no comércio jurídico como um verdadeiro direito com a publicação do artigo “*The Right to Privacy*” de Samuel Warren e Louis Brandeis na revista científica de Harvard. Estes ilustres juristas discutiram a origem do direito de ser deixado em paz, “*the right to be let alone*”, face ao direito de publicação e liberdade de imprensa “*right to publicity*”.

Atualmente, o direito à imagem e o direito à liberdade de imprensa e de publicação são matérias que dão origem a inúmeras controvérsias por todo o mundo, “*Nos dias de hoje,*

⁹ COSTA, Adalberto – *O Direito à Imagem*, , in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012, p. 1375, disponível em: www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abb1a8210c4%7D.pdf >, acesso em: 27 de dezembro de 2018.

¹⁰ COSTA, Adalberto – *O Direito à Imagem*, , in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012, p. 1375, disponível em: www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abb1a8210c4%7D.pdf >, acesso em: 27 de dezembro de 2018.

¹¹ COSTA, Adalberto – *O Direito à Imagem*, , in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012, p. 1375, disponível em: www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abb1a8210c4%7D.pdf >, acesso em: 12 de Julho de 2019.

esta questão é bastante pertinente devido a um aumento de ações judiciais (...) intentadas por modelos contra revistas, jornais ou agências de publicidade em virtude do uso abusivo do Photoshop contra a sua vontade expressa, constituindo, como veremos, autênticas violações do seu direito à imagem com consequências nefastas na sua integridade psicológica.”¹².

2.2. O conteúdo juridicamente protegido

O artigo 26.º, n.º 1 da CRP apenas se limita a enunciar quais os “*Outros direitos pessoais*”. O legislador não esclarece o conteúdo destes direitos, nem como é que efetivamente são protegidos.

Desta forma, é imprescindível recorrer a uma guia de interpretação e de integração, sendo que o Código Civil, alterado recentemente pela Lei n.º 13/2019, de 12 de Fevereiro, é suficiente para elucidar o sentido de alguns destes direitos, nomeadamente, os direitos de personalidade, assim como o direito ao bom nome, o direito à imagem (sublinhado nosso), o direito à honra e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, previstos nos artigos 70.º e seguintes do Código Civil, apesar de não oferecer uma noção legal.

A problemática do direito à imagem surgiu “*a partir do século XIX, com o início da vulgarização da fotografia – reflexo direto da «comunicação entre a norma e a vida»*”¹³. Sentiu-se necessidade de proteger este direito de personalidade e fundamental. A salvaguarda deste bem jurídico “*radica na essencialidade de estar «considerado no círculo dos fins que se propõe como simples ser humano»*”¹⁴. Cada pessoa possui a sua própria imagem, sendo certo que os direitos que daí advêm só ela pode dispor, acarretando várias dimensões: a física que se refere à própria existência do ser humano, desde do seu nascimento, a ideal que está assente no desenvolvimento do ser humano, evoluindo com ele, a moral que representa o íntimo de cada ser humano, aquilo que ele verdadeiramente é:

¹² ABREU, Lúcia Carvalho – *O direito à imagem como matéria fundamental do direito da moda* – Porto, 2014, p. 48. Disponível em <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rdulp/article/view/4347/2956>> Acesso em: 12 de Julho de 2019.

¹³ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 184.

¹⁴ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 184.

pessoa consciente da sua imagem e capaz de tomar decisões quanto ao uso da mesma, e a económica que carece de autorização do titular do direito à imagem, em conformidade com a Dr.^a Lígia Carvalho Abreu, no artigo “*O direito à imagem como matéria fundamental do direito da moda*” na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, em 2014.

O artigo 79.º, nº 1 do Código Civil estatui o seguinte: “*O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela*”. Retira-se a ideia principal de que ninguém pode ser exposto sem o consentimento dela. O “retrato” de uma pessoa permite visualizar a aparência física e externa desta. Trata-se de uma representação da imagem de alguém, que não se cinge apenas ao aspeto visual e físico da pessoa, pois também incorpora a personalidade desta - “*A imagem individual é uma refração externa da personalidade humana, cuja atenção é devida, por um lado, à emergência da proteção da individualidade – enquanto reconhecimento da essencialidade do ser humano único – e, por outro, da significação e construção social: «o corpo é essa realidade (...) que acontece na perceção individual que se transforma em imagem não exclusivamente física, na autoconsciência»*”¹⁵. A imagem é muito importante na vida da pessoa, “*(...) é fonte de vida, capaz de perpetuar na memória de outros a existência física e psicológica do ser humano. Ela é também uma atividade do nosso cérebro.*”¹⁶

Este preceito legal assegura a proteção da imagem contra quaisquer formas de exibição, uma vez que nos deparamos numa era “digital” onde existem inúmeros mecanismos de captação, reprodução e de edição de imagem.

O direito à imagem abrange “*o direito de definir a sua própria autoexposição, ou seja, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento; e, depois, o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel («falsificação da personalidade»)*”¹⁷.

¹⁵ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 185.

¹⁶ ABREU, Lígia Carvalho – *O direito à imagem como matéria fundamental do direito da moda* – Porto, 2014, p. 47. Disponível em <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rdulp/article/view/4347/2956>> Acesso em: 12 de Julho de 2019.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 467.

Se a pessoa retratada falecer, a autorização para que este possa ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio cabe às pessoas indicadas e segundo a ordem prevista no artigo 71.º, n.º 2 do CC: “(...) o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido”.

O consentimento *supra* referenciado compreende duas modalidades, a primeira consiste em dar o consentimento para que se seja fotografado ou filmado, e a segunda diz respeito ao consentimento na divulgação, exposição e publicação da fotografia ou filmagem. Constatam-se que estamos perante duas realidades distintas. A pessoa pode ter autorizado em ser fotografada ou filmada, mas pode não ter permitido a difusão destas. Por outro lado, a pessoa pode não saber que está a ser filmado ou fotografado, e mais tarde consentir como não. Existem vários cenários possíveis que merecem ser precavidos pela lei.

O n.º 2 do artigo 79.º do Código Civil estabelece uma exceção: “*Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.*”. Esta norma está pensada para os casos em que a pessoa retratada é uma figura pública, v.g., atores, apresentadores de televisão, políticos, etc. “(...) quem ocupe cargo ou desempenhe função em que a publicidade (isto é, o conhecimento e a relação com o público) seja elemento essencial, havendo aí uma espécie de «acordo» ou «consentimento» implícito”¹⁸.

Sem prejuízo do preceituado pelo legislador, a doutrina e a jurisprudência maioritária entendem que nestes casos deve-se obter o consentimento da pessoa ilustrada quando se retira benefício económico da sua imagem, salvo os casos em que se tenha procedido à celebração de contratos que versam sobre o aproveitamento económico da imagem.

Por fim, o n.º 3 do artigo 79.º do Código Civil prevê uma contra-exceção: “*O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.*”. Desta norma jurídica extrai-se o direito à honra ou reputação, que se configura igualmente num importantíssimo direito de personalidade. É proibido a divulgação da imagem quando do

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 467.

facto resultar prejuízo para a honra da pessoa retratada, mesmo quando tenha dado o consentimento nos termos do n.º 1, ou, quando estiver em causa uma figura pública, não sendo necessário o assentimento, ao abrigo do disposto no n.º 2.

O direito à imagem foi durante muito tempo incluído no âmbito de proteção do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Hoje, estes direitos encontram-se separados, pois são bens jurídicos autónomos, embora previstos na mesma norma constitucional (artigo 26.º da CRP). Porém, continuam a ter imensos pontos de contacto que revelam para o nosso estudo.

O artigo 80.º, n.º 1 do Código Civil diz o seguinte: “*Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.*” o que significa que existe um dever geral de abstenção de ingerência na vida privada e familiar das pessoas. Este direito pode ser desfragmentado em dois direitos menores: o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Assim, fotografar ou filmar alguém e a divulgação destas captações podem consubstanciar-se igualmente numa violação de direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dessa pessoa, para além da ofensa do direito à imagem propriamente dito. Trata-se de um *direito especial de personalidade*¹⁹ que é articulável com outros direitos de personalidade.

Há direitos fundamentais que funcionam como garantia deste, v.g., o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º da CRP), a proibição do acesso a dados pessoais de terceiros e do tratamento de dados referentes à vida privada (artigo 35.º, n.ºs 3 e 4 da CRP), a nulidade das provas obtidas através da intromissão abusiva na vida privada no âmbito do processo penal (artigo 32.º, n.º 8 da CRP) e a restrição ao acesso aos arquivos e registos administrativos (art. 268.º, n.º2 da CRP). Também o sigilo profissional e o dever de reserva das cartas confidenciais e documentação pessoal são considerados “*Instrumentos jurídicos privilegiados de garantia deste direito*”²⁰ previstos nos artigos 75.º a 78.º do Código Civil.

¹⁹ NETO, Luísa – *Nota sobre o capítulo em geral, Livro I, Título II, Capítulo I, Código Civil anotado*, volume I (artigos 1.º a 1250.º), coordenadora PRATA, Ana, Almedina, Coimbra, 2017, p. 119.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 468.

Coloca-se a questão de saber o que é a «*vida privada*», surgindo muitas teorias a este propósito, pois é impossível enumerar as situações que abrangem a vida privada. Rita Amaral Cabral “O Direito à Intimidade da Vida Privada (breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil)”, in Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, utiliza a teoria de três esferas concêntricas, que compreende a esfera íntima, a esfera privada e a esfera pública. Existem outros autores que entendem estar em causa uma escala progressiva e gradual. Mas, na linha de pensamento do Dr. Gomes Canotilho e do Dr. Vital Moreira o conceito de vida privada tem de ter em conta três aspetos: o respeito dos comportamentos; o respeito do anonimato; o respeito da vida em relação.

A doutrina alemã entende que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada deve ser equiparado ao direito à autodeterminação, pelo que a pessoa tem o direito de fazer as suas próprias escolhas que concernem à sua intimidade e ao direito ao segredo, no sentido de que ninguém tem o direito de divulgar a sua vida íntima e privada.

Os juristas norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis formularam o conceito de direito à privacidade “*The right to be let alone*” e “*The right of privacy*” que foi publicado na *Harvard Law Review*, sendo que este direito era considerado como *the most valued by civilized men*²¹.

Este direito de personalidade em análise é um direito absoluto e oponível, impõe um dever geral de abstenção, e por essa razão tem eficácia absoluta, *erga omnes*, produz efeitos em relação a todos. É um direito moral e naturalmente intransmissível, não podendo ser transferido para a esfera jurídica de outrem. Sendo evidente a “*imprescritibilidade, a impenhorabilidade, vitaliciedade e necessariedade*”²².

É clara a controvérsia na doutrina portuguesa em relação ao facto de existirem vários direitos de personalidade ou, por outro lado, existir apenas um direito de personalidade. Segundo o Dr. Rabindranath Capelo de Sousa, in livro *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, existe apenas um direito geral de personalidade, podendo ser desfragmentado em outros.

²¹ NETO, Luísa - *Nota sobre o capítulo em geral, Livro I, Título II, Capítulo I, Código Civil anotado*, volume I (artigos 1.º a 1250.º), coordenadora PRATA, Ana, Almedina, Coimbra, 2017, p. 118.

²² NETO, Luísa - *Nota sobre o capítulo em geral, Livro I, Título II, Capítulo I, Código Civil anotado*, volume I (artigos 1.º a 1250.º), coordenadora PRATA, Ana, Almedina, Coimbra, 2017, p. 96.

2.3. Âmbito de proteção

O n.º 2 do artigo 26.º da CRP estabelece que *“A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”*, mas não clarifica como é que efetivamente esta proteção se realiza.

A tutela geral da personalidade prevista no artigo 70.º do Código Civil, prevê uma garantia cível em caso de violação dos direitos de personalidade. O n.º 1 estabelece que *“A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física e moral.”*. Assim, se existir objetivamente uma ofensa à personalidade física e/ou moral de certa pessoa, pode-se acionar o instituto da responsabilidade civil por factos ilícitos, pelo risco ou por factos lícitos, nos termos do n.º 2 do artigo *supra* aludido.

Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, *“Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*, podendo estar em causa danos patrimoniais, morais e futuros.

Em conformidade com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no âmbito do processo n.º 46/15.4T8FCR.C1, de 6 de Dezembro de 2016, *“I - Os pressupostos da responsabilidade civil vivelassentam na violação do direito, de interesses alheios, na ilicitude, na imputação do facto ao agente, na existência do dano e no nexo de causalidade entre o facto e o dano. II – Como se sabe, o fundamento da responsabilidade assenta numa causa que vise diretamente a proteção do interesse do lesado e que o dano se produza no bem jurídico que aquela norma pretendia justamente proteger.”*.

Independentemente do direito à indemnização pelos prejuízos sofridos, o ofendido pode sempre requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso. Estas providências visam a proteção dos direitos de personalidade contra uma ameaça de ofensa ou a atenuação, dentro do possível, dos efeitos da ofensa já cometida ou consumada, e podem funcionar mesmo em situações puramente objetivas, não sendo necessário a verificação de culpa do agente. Recorrem-se frequentemente a estas providências quando em causa estiver um conflito ou colisão de direitos de personalidade ou de determinação de conteúdo e limites dos direitos de personalidade, sendo certo que é necessário proceder-se a uma ponderação e concordância prática dos bens jurídicos em apreço.

As providências “(...) devem ser adequadas, o que exclui o excesso. Deve, assim, entender-se que, ao decretar as providências, o juiz não deve exceder o que for suficiente e deve atuar com moderação, de modo a lesar ou perturbar o menos possível terceiros. Há que encontrar caso a caso, um equilíbrio entre o mínimo possível de lesão ou incómodo a terceiros e a eficácia necessária”²³.

No caso de se esgotarem todas as vias cíveis, o direito penal intervém na regulação e resolução de litígios emergentes na comunidade como *ultima ratio*, o que significa que a lesão de bens jurídicos assume uma gravidade justificativa da intervenção do sistema jurídico-penal que se rege sobretudo pelos princípios gerais de direito, entre os quais o princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem jurídica axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Só as finalidades de prevenção geral ou especial previstas no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal, a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, podem justificar a aplicação de uma pena ou medida de segurança, porque as restrições à liberdade que resultem do direito penal só podem ter como base a proteção dos bens jurídicos tutelados pela CRP.

O sistema sancionatório português só recorre às medidas privativas da liberdade quando as não privativas da liberdade não conseguem colmatar a ilicitude. Existe claramente uma preferência, pois deve-se, na medida do possível, limitar o efeito negativo da privação da liberdade, oferecendo-lhe um sentido positivo, prospetivo e socializador, nos termos dos artigos 70.º e seguintes do Código Penal. Desta forma dá-se cumprimento aos princípios político-criminais da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade.

O Código Penal divide os crimes contra a reserva da intimidade da vida privada dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais.

O artigo 199.º do Código Penal, “*Gravações e fotografias ilícitas*”, consubstancia-se num tipo legal de crime com extrema relevância para o nosso estudo, como iremos ver adiante. Este procede à salvaguarda do direito à palavra no n.º 1 alíneas a) e b) e do direito à imagem no n.º 2 alíneas a) e b).

²³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do processo n.º 3446/14.3TBSXL.L1.S1, 1.ª secção, de 14 de Julho de 2016.

Para além da lei civilista e penalista, existem outras leis que garantem de certa forma a tutela do direito à imagem. O Código do Trabalho, nos artigos 17.º e seguintes, salvaguarda os direitos eminentemente pessoais. O empregador tem acesso às informações da vida pessoal do trabalhador, tendo a obrigação de fazer uma recolha adequada e necessária dos dados pessoais e biométricos, sob pena de incorrer numa contraordenação grave ou muito grave.

Neste sentido, é forçoso realçar o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Entrou em vigor em 25 de maio de 2018, e diz respeito à proteção das pessoas singulares no tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, aplicando-se sobretudo a empresas que estabelecem a sua atividade na União Europeia, independentemente de se localizarem fora do território da União Europeia. Este regulamento respeita todos os direitos fundamentais, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais (sublinhado nosso), a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística. Este regulamento revoga a Diretiva 95/46/CE que foi transposta para a ordem jurídica portuguesa através da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais).

Em Portugal, existe uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, tendo como competência o controlo e a fiscalização de processamento de dados pessoais, dando expressão às normas constitucionais reguladoras dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Esta autoridade nacional coopera com outros Estados na defesa e no exercício dos direitos das pessoas residentes no estrangeiro²⁴. Qualquer cidadão tem o direito de apresentar queixa à Comissão Nacional de Proteção de Dados, não obstante à possibilidade de poder recorrer aos meios administrativos ou jurisdicionais para garantir os seus respetivos direitos, nos termos do art. 33.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro alterada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

²⁴ Disponível em: < <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm> >. Acesso em: 23 de dezembro de 2018.

2.4. Restrição do direito à imagem

A Constituição da República Portuguesa estabelece a possibilidade de se proceder à restrição de direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º, n.º 2: *“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”*

Face ao exposto, a restrição dos direitos, liberdades e garantias só pode operar mediante autorização expressa. No entendimento do Dr. Gomes Canotilho, *“Há três “universos” de restrições de direitos recortados por atos normativos com valor de lei: (1) restrições feitas diretamente pela Constituição; (2) restrições feitas por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição; (3) restrições operadas através de lei mas sem autorização expressa da Constituição.”*²⁵.

Porém, também existem as chamadas intervenções restritivas, que consistem na aplicação de medidas por autoridades nacionais, que permitem a restrição de certos direitos fundamentais.

Contudo, para que as restrições a direitos fundamentais possam operar têm de obedecer a certos requisitos formais e materiais. Estão em causa os limites dos limites ou *Schranken der Schranken*²⁶.

Cumprir verificar os seguintes pressupostos: - a autorização expressa de restrição pela Constituição; a existência de uma lei restritiva, que tem de ser uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado do Governo, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, b) e 2 da CRP; - a generalidade e abstração da lei restritiva, nos termos do artigo 18.º, n.º 3 da CRP; - a não retroatividade da lei restritiva; - a observância dos princípios da proibição do excesso (princípio da proporcionalidade em sentido amplo) e da salvaguarda do núcleo essencial. A inobservância destas exigências gera a inconstitucionalidade do ato normativo.

Diferente é o regime previsto no artigo 19.º da CRP *“Suspensão do exercício de direitos”*. Aqui suspende-se o exercício dos direitos, liberdades e garantias em caso de estado de sítio ou estado de emergência.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003, p. 450.

²⁶ *Schranken der Schranken* quer dizer limites dos limites em alemão.

Neste âmbito, estando em causa o direito à imagem, é oportuno referir o disposto no artigo 81.º do Código Civil, uma vez que estabelece que toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. Todavia, se o ofendido der o seu consentimento na lesão, exclui-se a ilicitude do ato, nos termos do artigo 340.º, n.º 1 do Código Civil, salvo se for contrário aos bons costumes e violar uma proibição legal.

Coloca-se a questão de saber quando é que o direito à imagem é objeto de restrição, dado que os direitos de personalidade “*constituem igualmente limite de outros direitos fundamentais, que com eles possam conflitar (v.g., limite à liberdade de informação e de imprensa).*”²⁷.

O artigo 79.º, n.º 2 do Código Civil estabelece, desde logo, uma restrição ao direito à imagem. Quando estiver em causa uma figura pública (apresentador de televisão, ator, músico, deputado, político, jogador de futebol, entre outros), não é necessário o consentimento da pessoa para que a sua imagem possa ser exibida ou divulgada para o público, dado a sua notoriedade ou o cargo que desempenhe.

Sucedem, porém, que este preceito legal também restringe o direito à imagem das pessoas quando existirem “*exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.*”²⁸.

Independentemente desta causa de exclusão de ilicitude, não significa que se pode invadir a esfera íntima da pessoa, i.e., não pode resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada, ao abrigo do disposto no artigo 79.º, n.º 3 do Código Civil.

Existem várias leis restritivas do direito à imagem, para além dos artigos *supra* aludidos.

O Código Processo Penal prevê ao longo do texto normativo várias restrições aos direitos fundamentais, nomeadamente, o direito à imagem. Sendo certo que tais restrições são expressas e legalmente admitidas. O artigo 167.º, n.º 1 e 2 do CPP, estabelece o valor probatório das reproduções mecânicas, isto é, em princípio, as fotografias e filmagens podem ser valoradas como meios de prova, desde que lícitamente obtidas. O mesmo artigo

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

²⁸ Artigo 79.º, n.º 2 do Código Civil.

estabelece, desde logo, uma proibição de prova: é proibida a valoração de quaisquer reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou resultantes de processo eletrónico e quaisquer reproduções mecânicas que sejam criminalmente ilícitas.

Não podem ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. As proibições de prova, previstas no artigo 126.º do CPP, constituem meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que têm em si subjacentes o fim de tutela de um direito. Nesta perspetiva, as proibições de prova visam prevenir determinadas manifestações de danosidade social e garantem a integridade de bens jurídicos iminentemente pessoais e fundamentais. O n.º 3 do artigo 126.º do CPP estabelece o seguinte: “*Ressalvados os casos previstos na lei*”, nos quais é permitido restringir direitos fundamentais, “*são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular*”.

As autorizações legais permitem a utilização das fotografias para efeitos de identificação de dado sujeito, é suficiente para afastar a ilicitude, nos termos do artigo 250.º, n.º 6²⁹ do CPP. Mas, também podem ser concedidas no âmbito da “*gravação de imagens por sistemas de segurança privada, acautelados por avisos de funcionamento*”³⁰.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, alterada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que regula as medidas de combate à criminalidade organizada, estabelece igualmente uma restrição a este bem jurídico, especificamente no artigo 6.º, que permite o registo de imagem para a investigação destes crimes, sem o consentimento do visado.

Outra lei restritiva deste bem jurídico é a Lei n.º 51/2006, de 29 de agosto, regulamenta os sistemas de vigilância eletrónica rodoviária e restringe este direito nos artigos 16.º, n.º 3 e 19.º, n.º 1, tendo como *ratio* a salvaguarda da prevenção e da investigação criminal, da segurança do Estado e direitos de terceiros.

²⁹ **Art. 250.º, n.º 6 do CPP:** “*Na impossibilidade de identificação nos termos dos n.ºs 3,4 e 5, os órgãos da policia criminal podem conduzir o suspeito ao posto policial mais próximo e compeli-lo a permanecer ali pelo tempo estritamente indispensável à identificação, em caso algum superior a seis horas, realizando, em caso de necessidade, provas datiloscópicas, fotográficas ou de natureza análoga e convidando o identificando a indicar residência onde possa ser encontrado e receber comunicações.*”.

³⁰ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 205.

Também a Lei n.º 1/2005, de 10 de janeiro, alterada pela Lei n.º 9/2012, de 23 de fevereiro, é relevante em matéria de restrição deste direito fundamental, pois incide sobre a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos.

A videovigilância tem sido um tema bastante controverso no seio da Doutrina e da Jurisprudência, nomeadamente a utilização das imagens obtidas através da videovigilância “(...) a qual, para além de uma aparente linearidade, coloca questões transversais ao ordenamento jurídico-constitucional e processual. Na verdade, a videovigilância surge, simultaneamente, como uma imposição das exigências de segurança; uma forma do desenvolvimento da tecnologia da segurança e também uma consequência de novas formas de abordagem do fenómeno de criminalidade. Efetivamente, a segurança é um dos temas em que se reflete com maior intensidade a forma como evoluiu o pensamento das sociedades democráticas em que nos inserimos, colocando em causa o próprio modelo de Estado que tínhamos por adquirido há largos séculos (...)”³¹.

Para o nosso estudo, é imperativo reforçar a proteção do direito à imagem em termos jurídico-penais.

3. A tutela penal do direito à imagem

3.1. O direito à imagem como bem jurídico-penal

“O direito penal constitui uma área jurídico-normativa que se caracteriza, primacialmente, pela existência de normas incriminadoras. Isto é: pela positivação de normas que consagram a proibição penal de condutas ou de comportamentos, ou seja, que definem os crimes”³². Este ramo do direito estrutura-se através de duas realidades: o crime e a pena (ou a medida de segurança).

O direito penal tem como finalidade a realização da justiça e, conseqüentemente, a paz jurídica. Em razão de tais, tem como função a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos que mereçam dignidade penal e, ainda, a ressocialização do agente na sociedade, nos termos do artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal.

³¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do processo 22/09.6YGLSB.S2, 3.ª secção, de 28 de Setembro de 2011.

³² COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2015, p. 6 e 7.

A CRP estabelece alguns limites na aplicação da lei criminal, de acordo com o artigo 29.º da CRP, pelo que o direito penal é um direito infraconstitucional, devendo acatar as imposições constitucionais, especialmente, o que está determinado no artigo 18.º do CRP em matéria de direitos fundamentais.

Os bens jurídicos correspondem a valores pessoais, comunitários e cristalizados. São condições necessárias para que possamos viver em sociedade. O primeiro autor que utilizou a expressão «*bem jurídico*» foi um autor alemão, Johann Michael Franz Birnbaum³³, no século XIX. Para ele o bem jurídico consistia num direito subjetivo. Este conceito tem relevância para a dogmática penal, dado que constitui o substrato do tipo legal de crime, que influencia e determina a norma incriminadora. Conquanto, nem todos os bens jurídicos têm dignidade penal, visto que o direito penal apenas intervém em “*ultima ratio e ainda de tutela subsidiária de bens jurídico-penais*”³⁴.

Segundo o princípio da necessidade de intervenção penal, a restrição da liberdade só é legítima para a salvaguarda de outros bens ou interesses constitucionalmente protegidos. A pena de prisão tem de ser necessária e servir de fundamento para as finalidades preventivas. Por esta razão, devemos sempre preferir as penas não privativas da liberdade, e mesmo quando seja indispensável aplicar penas privativas, deve-se escolher as menos restritivas, dando expressão ao artigo 70.º³⁵ do Código Penal.

O direito à imagem “*conhece igualmente, a par da expressa consagração constitucional (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) uma direta e consistente tutela juscivilística (artigo 79.º do Código Civil). Sendo outrossim consabido que a autonomização desta expressão da personalidade se deu antes de tal acontecer com o direito à palavra.*”³⁶.

Estamos perante um bem jurídico autónomo e eminentemente pessoal que merece firmemente dignidade penal, pois “*«foi a divulgação generalizada e incontrolável de instrumentos cada vez mais sofisticados e potentes de captação e registo da palavra ou da*

³³ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2015, p. 165 e ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 432.

³⁴ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2015, p.173.

³⁵ **Artigo 70.º – (Critério de escolha da pena)**

Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades de punição.

³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 494.

*imagem, com o seu potencial de devassa, reificação e manipulação, que fez surgir a palavra e a imagem como autónomos bens jurídico-penais»*³⁷ e porque revela “*embora timidamente, a carência de tutela penal, reclamando a intervenção da sanção penal para a sua proteção, quando outros ramos jurídicos sancionatórios não o logram eficazmente*”³⁸.

O Código Penal de 1982 previa o direito à imagem no Capítulo VI, respeitante aos crimes contra a reserva da vida privada, no artigo 179.º. Mais tarde, procedeu-se a uma reforma do Código Penal em 1995, dado que houve uma controvérsia no Governo, no sentido de reforçar a força jurídica das normas incriminadoras e, por outro lado, colmatar a amenidade das penas. Esta proposta de reforma, que respeita à parte geral e à parte especial, foi formulada pelo Professor Figueiredo Dias, conjuntamente com outros juristas, tornando o “*«law book» em «law action»*.”³⁹. Do título dos crimes contra as pessoas, foram elaborados novos capítulos, e dentro destes, um capítulo reservado aos crimes contra outros bens jurídicos pessoais, o Capítulo VIII, devido à “*constante emergência de novos bens jurídicos, correspondentes à descoberta de novas dimensões da pessoa, autonomizáveis na sua dignidade e carência de tutela penais; - e, por outro lado, as sequelas de uma civilização de progresso e de risco, a multiplicar exponencialmente as manifestações de danosidade social, sob a forma de atentados à integridade e autonomia pessoais*”⁴⁰, o que desvinculou o direito à imagem do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Hoje, este direito é protegido no artigo 199.º, n.º 2 do Código Penal. Desenvolveu-se a incriminação de fotografias ilícitas “*prescrevendo-se a punição da utilização contra a vontade de quem de direito de fotografias «mesmo que licitamente obtidas» - resulta de um*

³⁷ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 184.

³⁸ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 190 e ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 824.

³⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 429.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 434.

alargamento óbvio da tutela penal da imagem”⁴¹. Esta última tem sido objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, da qual esta investigação se especificará.

3.2. As gravações e fotografias ilícitas

O artigo 199.^o⁴² do Código Penal prevê duas proibições legais distintas: as gravações e fotografias ilícitas. O n.º 1 prende-se com o direito à palavra e o n.º 2 com o direito à imagem. Existem diferenças entre estas duas incriminações “*que resultam na redução da área de tutela típica reservada à imagem que aparece, por isso, comparativamente mais rarefeita e descontínua*”⁴³, “*ainda que próximos do bem jurídico da privacidade, não se confundem com ele*”⁴⁴, estando o direito à privacidade reservado no Capítulo VII – dos crimes contra a reserva da vida privada - do Título I do Livro II da parte especial do CP. São ilícitos típicos muito próximos dos previstos nos artigos 190.º e seguintes do CP, v.g., a devassa da vida privada (artigo 192.º) e a devassa por meio informática (artigo 193.º).

O direito à palavra é tutelado de uma forma mais ampla do que o direito à imagem, “*uma vez que a gravação da palavra é ilícita logo que obtida sem consentimento, enquanto a fotografia só será ilícita desde que produzida contra a vontade*”⁴⁵.

Nem todos os ordenamentos jurídicos conferem a mesma proteção penal ao direito à imagem, “*Por exemplo, nem o §120 do Código Penal Austríaco («Missbrauch von*

⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 452.

⁴² **Artigo 199.º – (Gravações e fotografias ilícitas)**

1. Quem sem consentimento:

a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou
b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que licitamente produzidas;

é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2. Na mesma pena incorre quem, contra a vontade:

a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou
b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos.

3. É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 197.º e 198.º.

⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1185.

⁴⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2008, artigo 199.º, anotação n.º 2.

⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1185.

*Tonaufnahme-oder Abhörgeräten») nem o §201 da codificação germânica («Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes») conhecem qualquer dispositivo homólogo preordenado à tutela penal do direito à imagem”⁴⁶. Mas a ordem jurídica espanhola desde os finais do século XX começou a afirmar a proteção penal deste direito. O *Proyecto* espanhol de 1992 autonomizou um capítulo: “*Delitos contra el derecho a la propia imagen*”⁴⁷, mas integrado no título destinado aos crimes contra o direito à reserva da intimidade da vida privada.*

Estão em causa crimes de dano, dos quais emergem de uma lesão do bem jurídico protegido, e de mera atividade, que dependem da prática de uma determinada conduta causadora de prejuízos para o titular do bem jurídico, constituindo o elemento material do facto ilícito típico. Em ambos os casos, existem modos técnicos próprios: o registar, o gravar, o captar, e o utilizar.

O direito salvaguardado no n.º 1, é um “*bem jurídico típico, o direito à palavra – “o direito à própria palavra” de que falam os constitucionalistas MAUNZ / DÜRIG – identifica-se com o “poder soberano de domínio acústico sobre a própria palavra falada” (SCHMINDHÄUSER). E ainda: “a plena disponibilidade da pessoa humana sobre a palavra falada, como expressão direta da sua personalidade e da sua dignidade”*. Na compreensão já recenseada e convergente do Tribunal Constitucional federal (supra § 14) o direito à palavra assegura à pessoa a autodeterminação no campo da comunicação oral.”⁴⁸. Deste modo, entende-se que o direito à palavra é o direito de permitir que alguém possa gravar a sua palavra bem como, ouvir e utilizar a gravação. É, sem dúvida alguma, digno de ser protegido pela lei criminal. Também este encontra acolhimento na lei fundamental, ao abrigo do disposto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, configurando-se como um direito próprio da pessoa humana.

Ao passo que no n.º 2, estreita-se outro crime, as fotografias e filmagens ilícitas, no qual está enraizado o bem jurídico da imagem anteriormente dissecado. Estamos diante uma proibição legal que ainda hoje é manifestamente debatida em sede doutrinária e jurisprudencial.

⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 488.

⁴⁷ Cfr. A ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 488.

⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1197.

Este preceito legal está dividido em duas vertentes: a) fotografias e filmagens obtidas sem o consentimento e contra a vontade da pessoa visada; e b) a utilização ou difusão destas captações, ainda que licitamente obtidas.

O direito à imagem abrange: o direito a não ser fotografado ou filmado e o direito a não ver divulgada a fotografia ou filmagem. A pessoa retratada pode consentir que lhe seja tirada uma fotografia e pode não permitir que a mesma seja exposta. Este tipo legal de crime «*fotografias e filmagens ilícitas*» depende da inexistência de consentimento da pessoa visada e contra a vontade desta, ou seja, extrai-se a proibição de que ninguém pode ser fotografado ou filmado e que tais fotografias e filmagens sejam utilizadas contra a sua vontade.

Se um dado suspeito da prática do crime *supra* referenciado preencher estes pressupostos legais de aplicação, incorre numa pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias, o mesmo estatuído para o n.º 1 relativo às gravações ilícitas.

Em harmonia com o artigo 167.º do CPP, as fotografias são consideradas reproduções mecânicas “*suscetíveis de captar e de registar a imagem (filmes, registos videográficos, etc.) e a sua ulterior utilização através de meios de divulgação (v.g., jornais, televisão) ou valoração como meio de prova em processo penal*”⁴⁹, as quais podem ser obtidas através de câmaras fotográficas ou de vídeo, telemóveis, computadores, drones, tablets, etc.

Para que esta norma incriminadora possa dar lugar, é necessário esclarecer qual o tipo objetivo deste facto ilícito. Assim, é necessário que o agente adote uma determinada conduta suscetível de causar prejuízos para a pessoa retratada, sendo exigível na prática de um ato material, de forma a preencher este pressuposto objetivo – “*Também a tutela penal da imagem está vinculada à utilização de processos técnicos (fotografia, vídeo, cinema, televisão, etc.) de captação ou divulgação. Nestes termos, a incriminação não abrange formas (arbitrárias) de captação, registo ou exposição como a pintura, o desenho ou a caricatura.*”⁵⁰.

Todavia, é igualmente exigível que o agente tenha o domínio do facto, segundo a teoria do domínio do facto, teoria dominante em Portugal, desenvolvida por Klaus Roxin em 1963, que foi defendida pelo Professor Figueiredo Dias entre 2005 e 2007, admitindo a

⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993, p. 487.

⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1202.

instigação como uma verdadeira modalidade de autoria. O artigo 26.º do Código Penal resulta de uma negociação entre as propostas do Dr. Figueiredo Dias e do Dr. Eduardo Correia.

A par do tipo objetivo, há que averiguar o tipo subjetivo deste ilícito-típico. *“O tipo subjetivo dos crimes admite qualquer modalidade do dolo. Não se exige a intenção adicional de devassa da privacidade. O agente que (...) filma a imagem do ofendido na convicção de que este autoriza a (...) filmagem age em erro sobre uma circunstância do facto, que exclui o dolo (artigo 16.º, n.º 1).”*⁵¹. O dolo pode ser direto, necessário e eventual, nos termos do artigo 14.º do Código Penal, *“sendo em qualquer dos casos bastante o dolo eventual”*⁵².

Bastará o dolo nos casos em que a fotografia ou filmagem de outra pessoa tenha sido feita contra a sua vontade. O agente tem a intenção criminosa, tem vontade de cometer tal ato, mesmo sabendo que se trata de uma ilicitude. Porém, o dolo pode ser excluído quando se verificar o erro (artigos 16.º e 17.º do Código Penal). A problemática do erro não se confunde com as causas de justificação da culpa ou da ilicitude. Existe o erro sobre a factualidade típica, sobre a proibição e sobre as causas de justificação, o que significa que *“no direito penal o erro só pode ser apreendido e tematizado como erro que se expressa na desconformidade com a realidade jurídico-penalmente relevante.”*⁵³.

À luz da letra da lei, parece-nos evidente que este tipo legal de crime não tem aplicação quando existir vontade da pessoa visada, isto é, quando esta tenha dado o seu assentimento na prática de tais atos (ser fotografada/filmada e que as fotografias/filmagens possam ser divulgadas). *“O acordo (expresso ou presumido) do portador do bem jurídico afasta a tipicidade da conduta do agente”*⁵⁴.

No caso do artigo 79.º, n.º 2 do Código Civil, estando em causa pessoas com certa notoriedade em função do cargo que despenham e *“quando a imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido*

⁵¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, artigo 199.º, anotação n.º 14.

⁵² ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1221.

⁵³ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2015, p. 406 a 426.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, artigo 199.º, anotação n.º 15.

publicamente”⁵⁵, existe um acordo presumido. Pense-se no caso do célebre jogador de futebol, o Cristiano Ronaldo. Parte-se do pressuposto de que este permita que seja fotografado e filmado e que estas captações possam efetivamente ser divulgadas. Diferente será se este for fotografado ou filmado em sua casa a jantar com a família ou em momentos mais íntimos.

Neste âmbito, é fundamental distinguir o que são fotografias lícitamente obtidas e ilicitamente obtidas. O direito processual penal procede à distinção de provas lícitas e ilícitas. O artigo 125.º do CPP determina o que são provas lícitas e o artigo 126.º do CPP enuncia quais os métodos proibidos de prova: “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação, ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” e o n.º 2 estabelece que “São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) a e)”. Mas, se o meio de obtenção de prova constituir um crime, neste caso, o crime previsto no n.º 2 do art. 199.º do Código Penal, podem estas serem utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra o agente do mesmo, nos termos do artigo 126.º, n.º 4 do CPP.

O n.º 1 do artigo 31.º do Código Penal consagra expressamente o princípio da unidade da ordem jurídica, estando em causa uma ponderação e concordância prática dos valores dos vários ramos do direito. A legítima defesa, o exercício de um direito, estado de necessidade (justificante), e o consentimento consubstanciam-se em causas de exclusão de ilicitude. De qualquer dos modos, podemos encontrar causas de justificação fora da ordem jurídico-penal, assim como a ação direta prevista no artigo 336.º do CC, o instituto jurídico *agere pro magistratu*⁵⁶, o facto de consciência defendida por certos autores, e o estado de necessidade defensivo ou desculpante.

A aplicação destas causas de justificação nos crimes de gravações e fotografias ilícitas revela-se complexa e insegura. “Para além das causas gerais e tradicionais de justificação (...) têm sido invocadas aqui dirimentes como: adequação social (...), ponderação dos interesses (...), prossecução de interesses legítimos (...) e quase situação-de-quase-legítima defesa”⁵⁷.

⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1215.

⁵⁶ Previsto no art. 225.º/1, b) do CPP.

⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 1221 e 1222.

3.3. Em especial: o artigo 199.º, n.º 2, b) do Código Penal

Ao abrigo do disposto no artigo 199.º, n.º 2, b) do CP: “*Na mesma pena incorre quem contra vontade: a) (...); b) utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos.*”. É uma norma incriminadora que depende da utilização de fotografias e de filmes ou permissão de utilização destas a terceiros contra a vontade da pessoa retratada.

O direito à imagem é também uma expressão da liberdade, de autodeterminação, de livre desenvolvimento pessoal e de personalidade que compreende uma dimensão positiva e negativa, em conformidade com o Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães, no âmbito do processo n.º 16/15.2GEVCT.GI, 21 de Novembro de 2016: “*(...) a total liberdade e legitimidade do concreto titular para, sem restrições, tanto autorizar como recusar o registo e o uso da sua própria imagem, assistindo-lhe, na expressão plena desse direito, o poder de decidir quem pode, não apenas registar, mas também utilizar ou divulgar a sua imagem.*”.

A fotografia ou filme sem consentimento pelo titular do direito à imagem não preenche o tipo ilícito objetivo, tem de ser feita contra a sua vontade, para que se possa estar perante uma conduta típica ilícita, e ser penalmente relevante. O “*consentimento autorizante só é válido se disser respeito a um concreto retrato, e não toda e qualquer reprodução mecânica ou artística da imagem de uma pessoa*”⁵⁸.

O problema que se coloca prende-se com o consentimento ou o acordo presumido, que se configura numa causa de exclusão de ilicitude, nos termos dos artigos 31.º, n.º 2, d) e 38.º do CP. “*No caso de se tratar de uma ação lesiva de um jornalista, no exercício da liberdade de imprensa, lançar-se-á mão das causas gerais de justificação do art. 31.º do Código Penal, à exceção do consentimento - «não porque a concordância do portador concreto do bem jurídico seja aqui ineficaz. Antes, estando em causa bens jurídicos [como o direito à imagem] com a estrutura de manifestações de liberdade que se realizam na comunicação intersubjetiva à margem de coerção e arbítrio, a concordância do portador concreto tende a assumir o estatuto dogmático do acordo.*”⁵⁹.

⁵⁸ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 204 e cfr. Acórdão do STJ de 8 de novembro de 2001.

⁵⁹ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal*

Nem sempre se consegue presumir que o visado ceda a utilização e o uso da sua imagem, independentemente de ter autorizado em ser fotografado ou filmado, ou seja, além de serem captações licitamente obtidas, não significa que também se possa difundir-las pelos vários meios possíveis de divulgação (televisão, jornais, revistas, internet, etc.). Não estamos no campo da alínea a) desta disposição legal, na qual há a possibilidade de obter fotografias e filmagens lícitas em lugares e eventos públicos, mesmo que o titular do bem jurídico protegido não queira ou não saiba, estamos antes no domínio do uso destas, do qual pode resultar uma perigosidade para a integridade física e moral deste.

É neste sentido, que se alude à fortificação e densificação desta proteção jurídico-penal da alínea b), uma vez que vivemos numa sociedade moderna digital onde as tecnologias e meios de comunicação social são cada vez mais utilizados e geradores de inúmeros perigos.

Na maior parte dos casos, cometem-se vários ilícitos, mas o agente é punido por um só crime. *“Por exemplo, comete um só crime o agente que fotografa às escondidas uma pessoa e permite que essa fotografia seja vista (rectius, utilizada) por terceiros.”*⁶⁰, dando expressão ao princípio da proibição da dupla valoração *“ne bis in idem”* (artigo 29.º, n.º 5 da CRP). Diferente será se este agente fotografar às escondidas duas pessoas distintas, dando lugar a um concurso efetivo ideal de crimes, nos termos dos artigos 30.º, 77.º e 78.º do Código Penal.

No caso de o agente cometer um crime de devassa da vida privada, nos termos do artigo 192.º do Código Penal, e simultaneamente difundir pelos meios de comunicação social fotografias ilícitas, está em causa um concurso aparente de crimes, recorrendo a um critério de unidade de sentido do ilícito global. Neste último caso, existe uma relação de subsidiariedade e de especialidade entre as normas incriminadoras, sendo apenas punido pelo crime cujo ilícito seja mais dominante. Já no concurso real de crimes, v.g., o crime de furto (artigos 203.º e 204.º do CP) e o crime de utilização de fotografias ilícitas, o agente é punido pelos dois crimes. O sistema sancionatório português pune o agente através de uma pena única conjunta.

Hoje: novos desafios e novas respostas, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 205.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, artigo 199.º, anotação n.º 25.

Ao abrigo do disposto no artigo 199.º, n.º 3 do Código Penal, a moldura penal é agravada caso o agente pratique o crime de forma a obter algum proveito económico, ou através de meio de comunicação social. A utilização das fotografias e filmagens contra a vontade do visado é um crime punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. Se este último for praticado por alguma das hipóteses traçadas pelo artigo 197.º do Código Penal, a pena será elevada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Em causa está um crime semipúblico, o qual depende de queixa do titular do direito à imagem, para que se possa dar lugar a um procedimento criminal.

4. Uma breve alusão ao fenómeno da cibercriminalidade e o direito à imagem

Face à crescente importância das tecnologias da informação e comunicação na organização e funcionamento das relações económicas, culturais e sociais, o fenómeno da criminalidade informática foi “(...) associado à questão da compatibilização do direito dos cidadãos exercerem as suas liberdades e de serem respeitados os seus direitos, nomeadamente de privacidade, com a necessidade da sociedade recolher informação acerca dos indivíduos que a compõem, com vista ao seu melhor funcionamento e segurança.”⁶¹.

O artigo 35.^{o62} da Constituição da República Portuguesa consagra expressamente a

⁶¹ VENÂNCIO, Pedro Dias – *Lei do cibercrime, anotada e comentada* – Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição, 2011, p. 13.

⁶² **Artigo 35.º - (Utilização da informática)**

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.

2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente.

3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

proteção das pessoas contra o tratamento informático indevido de dados pessoais.

As práticas e as capacidades informáticas potenciam exponencialmente a internacionalização da criminalidade. São facilidades que têm gerado “(...) *uma deslocação criminosa para a Web, fazendo com que cada vez mais as pessoas se sintam tentadas a utilizar a internet para as suas práticas criminosas, ou mesmo a arriscar-se na consumação de crimes que por outros meios não praticariam.*”⁶³.

A generalização do uso da *Internet* e das redes sociais, como o *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Snapchat*, *Whatsapp*, *Linkedin*, entre outras e, por outro lado, o aumento da capacidade e da conectividade dos equipamentos de computação intensificaram a divulgação de conteúdos suscetíveis de violarem a honra, a reputação, o bom nome, a imagem e a privacidade das pessoas. Estes tipos de atividades têm vindo a dar origem a um número crescente de processos nos tribunais.

Assistimos diariamente a ilícitos típicos que correm termos nas redes sociais, A ferramenta *insta story* ou “história” e as publicações no *Feed* notícias ou “mural” permitidas pelo *Facebook* e *Instagram* são utilizadas constante e diariamente pelos respetivos aderentes sociais. Atualmente, são indispensáveis para a socialização do ser humano e para a obtenção de determinado estatuto social.

Não restam dúvidas que as redes sociais dão expressão a vários direitos, assim como o direito ao livre desenvolvimento pessoal e de personalidade, o direito à autodeterminação, a liberdade de expressão e de opinião, mas que acarretam consigo inúmeros perigos.

Nesta sequência, foi completamente necessário proceder-se à criação de novos tipos legais de crimes informáticos. O Código Penal sempre previu a possibilidade de crimes informáticos, mas só com a Lei da Criminalidade Informática, aprovada pela Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, revogada pela Lei do Cibercrime Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, se veio completar a criminalidade informática, tendo sido positivados mais tipos legais.

A Lei do Cibercrime não se limitou a rever os tipos legais de crime previstos na Lei da Criminalidade Informática, veio introduzir alterações significativas, assim como novos meios de investigação e produção de prova específicos, as chamadas “provas digitais” para o combate à criminalidade informática.

A Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa adotada em Budapeste

⁶³ VENÂNCIO, Pedro Dias – *Lei do cibercrime, anotada e comentada* – Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição, 2011, p. 15.

em 23 de Novembro de 2001, tornou mais eficazes as investigações e as ações penais, permitindo uma recolha de provas eletrónicas, atendendo às exigências preventivas do direito penal e direito processual penal. Foi objeto de ratificação por vários ordenamentos jurídicos.

Sucedem, porém, que com o aparecimento da Lei da Proteção de Dados Pessoais, aprovado pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que transpõe a Diretiva Europeia n.º 95/46/CE, tendo sido alterada pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (*vide* ponto 2.2 *supra*), procedeu-se a um reforço da proteção de dados pessoais. Dados pessoais, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento, são informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores em linha ou um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

O direito à imagem, em conformidade com o que foi anteriormente descrito, é um direito natural, inalienável, intransmissível, fundamental, elementar, supraindividual e eminentemente pessoal. Assim, é um verdadeiro dado pessoal que tende a circular nos diferentes espaços virtuais sem consentimento do titular e contra a vontade deste.

O ilícito-típico previsto no artigo 199.º, n.º 2 alínea b) do Código Penal, a utilização, difusão, exposição e publicação de fotografias e filmagens de outrem, na maior parte dos casos, é consumado na *Internet* e nas ditas cujas redes sociais, onde há uma grande abertura e facilidade para a prática deste crime.

Aparentemente estamos perante um fenómeno de descriminalização do crime *in casu*. Gradativamente se expõe a intimidade e a vida privada de terceiros nas redes sociais, através da captação e reprodução da imagem e, conseqüentemente, o desenvolvimento de perigos inerentes à sua utilização de forma ilícita. Tem sido difícil delinear o âmbito de proteção do direito à imagem. Todas estas questões foram adquirindo importância, o que levou à reflexão e sensibilização por parte dos tribunais portugueses.

5. Análise jurisprudencial

5.1. Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães, no âmbito do processo n.º 16/15.2GEVCT.G1, de 21 de Novembro de 2016

É um acórdão imprescindível para ampliar a compreensão face à tutela penal do direito à imagem, dado que o recurso penal em causa tem como objeto o tipo legal de crime previsto no artigo 199.º, n.º 2, b) do CP.

Sucedem que o arguido “A”, no processo comum singular n.º 16/15.2GEVCT da Instância Local, Secção Criminal, da Comarca de Viana do Castelo, foi acusado de ter criado perfis falsos no *Facebook* abertos ao público com o nome “D... P... Nua”. Publicou fotografias contra a vontade da assistente “B”, nas quais se permite visualizar partes corporais, assim como as pernas da mesma. Não se consegue ver a cara da visada, mas é bastante para preencher o ilícito-típico. Tais fotografias foram captadas quando esta se encontrava a tomar banho, sendo um momento íntimo e dotado de privacidade. O arguido “A” utilizou o nome da assistente “B” nos seus perfis falsos, o que fez com que a titular deste bem jurídico-penal tomasse conhecimento deste crime. Está em causa uma conduta típica ilícita, pois a utilização destas fotografias fora efetuada contra a vontade da pessoa retratada.

O arguido “A” foi julgado e condenado por decisão proferida em 18 de fevereiro de 2016, na pena de 70 dias de multa, tendo sido fixado um quantitativo diário de €5,00 (cinco euros), pela prática de um crime de gravações e fotografias ilícitas, a título de autoria material, ao abrigo do art. 199.º, n.º 2, b) do CP.

Insatisfeito, interpôs recurso da decisão proferida em 1ª instância, alegando o seguinte: os factos dados como comprovados não eram suficientes para preencher o tipo legal de crime, no qual foi condenado; as fotografias apresentadas não permitem proceder à identificação da pessoa retratada, dizendo que o direito à imagem é-nos dado primacialmente pelo rosto da pessoa; as fotografias não dizem respeito à mesma pessoa; não houve qualquer tipo de lesão do bem jurídico da assistente; que a letra e o espírito da norma incriminadora dizem-nos que a utilização da fotografia pré-existente apenas tem relevância criminal caso essa fotografia tenha sido captada ou tirada contra a vontade do visado, ficando excluídos da factualidade típica os casos em que alguém se fotografa a si próprio (por não se tratar de fotografia de “outra pessoa”), não sendo também típica a utilização dessa fotografia, ainda que contra a vontade do retratado; não se apurou quem é que tirou as fotografias, e se foram

tiradas com ou sem consentimento da assistente; por fim, requereu a sua absolvição do crime do que foi condenado e a consequente procedência do recurso.

O Ministério Público entendeu que o recurso deveria ter sido julgado improcedente, por se encontrarem verificados todos os elementos que integram a tipicidade do ilícito, tendo sido cumprido o artigo 414.º, n.º 2 do CPP, sendo que o arguido “A” não reúne as condições necessárias para recorrer da decisão, pois falta-lhe a motivação.

Por fim, o tribunal decidiu julgar o recurso improcedente, mantendo integralmente a decisão recorrida.

- Análise crítica:

Perante o caso descrito, conclui-se que estamos diante um crime de fotografias ilícitas previsto no artigo 199.º, n.º 2, b) do CP, que depende da utilização ilícita das fotografias ou filmes. O bem jurídico-penal protegido é o direito à imagem que pode ser entendido sob duas perspetivas: o direito de não ser fotografado ou filmado, e o direito de não querer ver a sua imagem exposta. Trata-se de um direito fundamental de índole pessoal e individual (artigo 26.º, n.º 1 da CRP) e de um direito de personalidade (artigo 79.º do CC) digno de proteção penal.

A imagem abrange a aparência física da pessoa, o aspeto visual e forma de se vestir, a estrutura, as várias partes corporais, como as pernas, braços, mãos, cabeça, cabelo, rosto, olhos, boca, etc. Como também compreende a personalidade da pessoa, i.e., as suas expressões faciais, gostos, e gestos. O que importa é conseguir-se proceder à identificação da pessoa retratada para que se possa dar lugar à aplicação deste tipo legal de crime, mesmo estando em causa as pernas ou outras partes do corpo. Não se acolhe no Código Penal atual o entendimento do artigo 179.º do Código Penal de 1982, que só permitia a identificação de dada pessoa se na imagem/retrato constasse o rosto desta. O direito à imagem abrange todas as partes do corpo, conforme o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no âmbito do processo n.º 253/07.3JASTB.E1, de 29 de maio de 2012.

A assistente “B” tirou as ditas fotografias a si mesma, pelo que são fotografias lícitas. Qualquer indivíduo tem o direito de se fotografar a si próprio e de definir a sua própria autoexposição, mesmo que tais captações sejam pouco elegantes. No caso concreto, a assistente “B” estava a tomar banho quando estas fotografias foram tiradas.

Está em causa uma conduta típica ilícita praticada pelo arguido “A” que utilizou e publicou as fotografias da assistente “B” no *Facebook* contra a sua vontade e utilizou o nome da ofendida, acrescido do termo “nua”. Independentemente da maneira como estas foram tiradas, a mera divulgação de fotografias de outra pessoa contra a sua vontade consubstancia-se, desde logo, num crime. A pessoa tem o direito a não querer ver a seu retrato exposto e divulgado em domínio público sem o seu consentimento. Bem como, o direito de não ver o seu retrato em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel.

O “arguido “A” praticou um ato material ofensivo a este bem jurídico-penal, pelo que tinha o domínio da ação. No momento em que este criou os perfis falsos na referida rede social, teve oportunidade para refletir e ponderar se queria ou não continuar com a execução do crime. Este sabia que estava a cometer um crime, pelo que agiu de forma deliberada, consciente e livre. Tinha intenção de prejudicar a assistente “B”, expondo-a na Internet, um meio de comunicação social, que de acordo com o art. 197.º, b) do CP, dá lugar a uma agravação da pena.

Deparamo-nos numa era completamente digital e tecnológica, da qual resultam vários perigos de lesão aos bens jurídicos eminentemente pessoais, como o da imagem. Desta forma se alude a uma especial proteção jurídico-penal deste direito.

Perante os factos descritos, é absolutamente evidente a improcedência deste recurso penal, mantendo-se a decisão fixada pelo tribunal de 1ª instância.

5.2. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no âmbito do processo n.º 2/16.5PAMGR.C1, de 20 de Setembro de 2017

Trata-se de um acórdão com especial relevância para a investigação em curso, uma vez que versa sobre a questão controversa se é ou não preciso uma manifestação expressa do titular do direito à imagem para que determinada fotografia não seja divulgada, exposta, difundida ou publicada em domínio público.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no âmbito do processo *supra* mencionado, decidiu manter a decisão proferida pelo tribunal *a quo*, julgando o recurso interposto improcedente. Ora vejamos o porquê:

O Arguido “A” foi acusado da prática do crime de fotografias ilícitas, em autoria material, previsto e punido pelo artigo 199.º, n.º 2 do Código Penal.

No dia 2 de Janeiro de 2016, o Assistente “B” encontrava-se no café sito em Leiria. Este encontrava-se acompanhado, o que mais tarde se fez prova disso através das testemunhas indicadas. Estava a tomar café e a ver futebol na televisão, quando, de repente, surge o Arguido “A” junto dele e a tirar-lhe uma fotografia com o seu telemóvel. Mais tarde, veio-se a saber que o Arguido “A” decidiu, de forma consciente, livre e deliberada, divulgar e expor a dita fotografia por toda a área de residência do Assistente “B” através do seu telemóvel. Os filhos do Assistente “B” no depoimento das testemunhas, esclareceram o Tribunal sobre a forma como o pai reagiu, mantendo-se fechado em casa durante uma semana, nervoso com a situação.

O Assistente “B” deduziu um pedido de indemnização cível contra o Arguido “A”, alegando ter sofrido danos não patrimoniais no valor de €2.000,00 (dois mil euros), tendo pedido ainda a respetiva condenação do Arguido “A” para que este se abstenha de utilizar as suas fotografias, total ou parcialmente representada, bem como de as manipular, divulgar e expor por qualquer meio e em qualquer contexto e a quem quer que seja. O Assistente “B” pediu ainda a condenação numa sanção pecuniária compulsória, na quantia de €250,00 (duzentos e cinquenta euros), por cada vez que violar tal restrição, bem como a obrigação de destruir todas as fotografias, cópias, arquivos e reproduções que tenha na sua posse.

O Tribunal Judicial da Comarca de Leiria, Juízo Local Criminal – Juiz 2 – condenou o Arguido “A” como autor material do crime de fotografias ilícitas numa pena de 70 dias de multa, fixando-se um quantitativo diário no valor de €7,00 (sete euros), dando um valor total de €490,00 (quatrocentos e noventa euros). O Juiz de direito fixou ainda uma pena de 46 dias prisão subsidiária, no caso de este não efetuar o pagamento da pena de multa.

Quanto ao pedido de indemnização cível, previsto nos artigos 71.º e seguintes do Código de Processo Penal, o juiz fixou uma indemnização no valor de €500,00 (quinhentos euros), a título de danos não patrimoniais, atendendo às circunstâncias socioeconómicas e culpa do agente, tal como a lei obriga, nos termos dos artigos 47.º e 71.º do Código Penal, bem como às preocupações e estado emocional do Assistente “B”.

Foi condenado na abstenção de utilização das fotografias nas quais se permite a visualização e representação física parcial ou total do Assistente “B”, na qualidade de ofendido, bem como as suas respetivas cópias, reproduções e arquivos, bem como na manipulação, divulgação e exposição, em qualquer contexto e a quem que seja, pagando a quantia de €250,00 (duzentos e cinquenta euros, a título de sanção pecuniária compulsória,

sempre que violar tal injunção, e, ainda, ficou com a obrigação de destruir todas as fotografias e análogos que tinha na sua posse.

O Arguido “A” inconformado com a decisão do tribunal a quo, decidiu interpor recurso, tendo alegado o seguinte: que estava apenas em causa o direito de uma pessoa não ser fotografado contra a sua vontade; a lei neste sentido exige que seja necessária uma manifestação de vontade contrária, recusante, ao ato de ser fotografado; a manifestação tem de ser expressa ou implícita, mas inequívoca; não se fez prova dessa manifestação contrária, porque se não existir manifestação, presume-se a autorização do titular do direito à imagem em ser fotografado; nos autos não tinham a fotografia, sendo este um elemento indispensável para a auferir a descoberta da verdade; a tentativa de junção da fotografia aos autos foi recusada pela Meritíssima Juíza, por ser impossível definir os traços físicos da pessoa retratada, bem como, por estar em causa uma inoportunidade processual; a fotocópia da fotografia dava a entender que era outra pessoa retratada e não o Assistente “B”; quanto à indemnização peticionada não tem qualquer fundamento, uma vez que o artigo 79.º, n.º 2 do Código Civil permite a reprodução de imagens a não ser que com tal reprodução se ofenda a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada, nos casos que a fotografia tenha sido obtida em domínio público; o caso concreto não preenche os pressupostos legais de aplicação do tipo legal de crime em causa.

O Assistente “B” respondeu ao presente recurso, sustentando a sua total improcedência.

O Ministério Público, o Sr. Procurador-Geral Adjunto emitiu um parecer no sentido idêntico às proposições sufragadas pelos recorridos.

O Tribunal da Relação de Coimbra julgou o recurso improcedente, mantendo-se a decisão proferida pelo Tribunal Judicial da Comarca de Leira, de primeira instância.

- Análise crítica:

Os factos alegados pelo Assistente “B” nem todos se deram como provados, nomeadamente, os factos inerentes ao pedido de indemnização cível, nos termos dos artigos 71.º e seguintes do Código de Processo Penal. É muito difícil provar-se a existência de danos não patrimoniais ou morais, ao contrário do que sucede com os danos patrimoniais. A honra, a reputação, o bom nome, a imagem e a privacidade da pessoa humana são direitos de personalidade que não permitem auferir um valor pecuniário preciso e concreto aquando da sua violação ou ingerência alheia, assim como o estado psicológico da pessoa, ansiedade,

depressão, tristeza, vergonha, etc. Há uma grande subjetividade na ponderação e concordância prática destes valores intemporais e inalienáveis. Tais questões têm sido objeto de discussão doutrinal e jurisprudencial.

Está em causa uma vez mais a proteção do direito à imagem de dada pessoa. É um bem jurídico-penal e constitucionalmente protegido, merecedor de uma forte tutela. No âmbito do direito penal, este encontra-se protegido pelo tipo legal de crime “gravações e fotografias ilícitas” previsto no artigo 199.º do Código Penal. Este encontra-se dividido em dois âmbitos de proteção, o primeiro referente ao direito à palavra e o segundo ao direito à imagem (n.º 2, alíneas a) e b) do artigo 199.º do Código Penal).

Reconhece-se à pessoa o domínio exclusivo sobre a sua própria imagem, numa dupla dimensão: a positiva que diz respeito à autorização do registo fotográfico (ou da filmagem) e posteriormente à divulgação do mesmo, e a negativa que corresponde à liberdade e à legitimidade do titular deste bem jurídico impedir e recusar de ser fotografada e filmada.

Se existe uma norma incriminadora que prevê tais situações ilícitas, estas devem ser claramente punidas.

Contudo, a consagração do direito à imagem como bem jurídico-penal autónomo não implica, necessariamente, uma proteção em todos os sentidos e à custa da criminalização de todos os atentados, seja sob forma de lesão ou de perigo.

O direito à imagem só é penalmente protegido na direção do poder de domínio reconhecido à pessoa, isto é, contra as formas de captação e reprodução arbitrárias, deixando a descoberto as dimensões do direito à imagem tão relevantes como as exigências de integridade e de verdade. Por outro lado, a imagem só é penalmente protegida contra os processos técnicos de captação ou divulgação.

Tudo depende do caso concreto e do julgador. É necessário proceder-se ao delineamento do âmbito de proteção do direito à imagem, prevenindo todas as hipóteses práticas, não permitindo lacunas jurídicas e margem para grandes subjetividades.

O Arguido “A” fotografou o Assistente “B” contra a sua vontade e sem o seu respetivo consentimento, como também divulgou e expos a imagem do Assistente. Os pressupostos legais de aplicação do crime de fotografias ilícitas, verificam-se no seu todo.

5.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no âmbito do processo n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, de 25 de Junho de 2015

O presente acórdão revela uma especial complexidade, uma vez que se procedeu a uma imposição aos pais de se absterem de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais, salvaguardando-se o direito à reserva da intimidade da vida privada e da proteção dos dados pessoais e, sobretudo, da segurança da menor no Ciberespaço. Este acórdão serve de exemplo para muitas famílias e tem uma importância extraordinária face à insegurança da *Internet* e das respetivas redes sociais.

No âmbito de uma ação de fixação das responsabilidades parentais da menor “A”, fixou-se um regime de exercício de responsabilidades parentais, no qual vinha determinado especificamente para que os pais da menor se abstivessem de divulgar fotografias ou informações da menor nas redes sociais, assim como o *Facebook*.

Os pais inconformados com o despacho que regulou provisoriamente as responsabilidades parentais relativas à menor, interpuseram recurso de apelação, alegando o seguinte: nunca fizeram uso indevido das fotografias ou informações que permitem a identificação da menor nas redes sociais; não existe fundamento de facto nem de direito para a imposição por parte do Ministério Público do dever dos pais se absterem de divulgar tais fotografias ou informações; o tribunal a quo violou o disposto no artigo 205.º, n.º 1 da CRP, por não ter fundamentado a decisão tomada no regime provisório de exercício das responsabilidades parentais.

O Ministério Público pugnou pela não admissão do recurso, por se tratar de um despacho proferido no uso do poder discricionário e, por outro lado, pela improcedência da apelação.

Foi discutida a questão de saber se os progenitores têm ou não a obrigação de não divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a menor nas redes sociais.

O Tribunal da Relação de Évora julgou improcedente o recurso de apelação, mantendo a decisão proferida pelo tribunal de primeira instância.

- Análise crítica:

Apesar de estar em causa um recurso regulado pelo Código de Processo Civil e não estar em causa nenhuma ação penal ou recurso penal, é um acórdão-exemplo para as tomadas de decisões finais em sede de processo penal.

Está em causa o direito à imagem de uma criança, de uma menor de 16 anos, isto é, os pais têm a obrigação de zelar pelo livre desenvolvimento pessoal desta, bem como pelos restantes direitos inerentes à menor, assim como o sustento, saúde e educação.

Os filhos não são coisas ou objetos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu belo prazer. As crianças continuam a ser pessoas e conseqüentemente titulares dos seus direitos, independentemente não terem capacidade jurídica para tomarem as suas decisões.

Relativamente ao objeto do presente estudo, o perigo que advém da exposição e divulgação das imagens de crianças e jovens nas redes sociais, os diversos ordenamentos jurídicos por todo o mundo têm demonstrado fortes preocupações nesta temática. Como é do conhecimento geral, os predadores sexuais e pedófilos utilizam estas redes sociais para satisfazerem as suas pretensões ilegítimas.

De acordo com o que foi anteriormente dissecado e descrito, a lei tem vindo a moldar-se face estas realidades ultrajantes e maquiavélicas, nomeadamente em proteção das crianças e jovens, atendendo ao forte crescimento de raptos, dos abusos sexuais de menores, de pornografia e prostituição infantil.

As organizações mundiais têm apelado à consciência dos jovens e dos pais para evitarem a exposição dos menores na *Internet*.

O exponencial crescimento das redes sociais nos últimos anos e a partilha de informação pessoal aí disponibilizada, sobretudo pelos jovens (gostos locais que frequentam, escola, família, números de telefone, casa, etc.) suportam a antevisão de que os que desejam explorar sexualmente as crianças e adolescentes recolhem grandes quantidades informação livremente disponibilizada.

Os pais, enquanto representantes legais e progenitores dos seus filhos, devem ser os primeiros a acautelarem estas situações, de forma a assegurar a segurança e a proteção dos menores no ciberespaço e evitando-se assim a cibercriminalidade.

6. Conclusão

A pessoa é que decide o que se pode ou não fazer com a sua imagem, sendo esta a única titular deste bem juridicamente protegido, porque o direito à imagem “*não deverá ser compreendido como uma simples questão formal-instrumental da disposição do retrato, mas antes uma proteção do seu conteúdo, enquanto projeção da personalidade.*”⁶⁴.

A tutela penal do direito à imagem não confere uma proteção plena, “*de tal forma que a norma projetou um tipo obliterado, não escondendo uma excessiva permeabilidade contrafáctica.*”⁶⁵.

Os meios de comunicação social e tecnológicos que nos confrontamos diariamente têm panteado imensos riscos. As constantes publicações de fotografias (as “*selfies*”) e vídeos, parece que estamos perante um fenómeno geral de troca de aparências, tendo como objetivo e ambição alcançar elevados estatutos sociais. A intimidade, a imagem e vida privada é exposta sistematicamente através do recurso a “*snap*s” e “*posts*” do *Instagram* e *Facebook*, fazendo com que um conjunto alargado de pessoas saibam o que estamos a fazer segundo a segundo. Daqui resultam imensos perigos, assim como, a utilização de fotografias e filmes de outras pessoas, a devassa da vida privada, ou por meio de informática, bem como, injúrias, calúnias e difamação. Também no *Youtube*, constata-se a monstruosidade de publicações de vídeo, sendo um centro propício para a prática destes factos ilícitos.

Devem ser reforçadas as finalidades de prevenção geral positiva do direito penal, apelando “*à consciencialização geral da importância social do bem jurídico tutelado e pelo outro no restabelecimento ou revigoramento da confiança da comunidade na efetiva tutela penal dos bens tutelado*”⁶⁶.

⁶⁴ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 218.

⁶⁵ TAVARES, Hugo Alexandre Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009, p. 219.

⁶⁶ Cfr. Ac. do TR de Coimbra 1452/09.9PCCBR.C1, de 10 de março de 2010.

7. Bibliografia

- **ABREU, Lúcia Carvalho de** - *O direito à imagem como matéria fundamental do Direito da Moda*, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 4, n. 4, março de 2014, ISSN 2184-1020.

- **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de** – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008;

- **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Sobre a Reforma do Código Penal Português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 1993;

- **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999;

- **CANOTILHO, J.J. Gomes** – *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003;

- **CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital** – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007;

- **COSTA, Adalberto** – *O Direito à Imagem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2012.

- **COSTA, José de Faria** – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2015;

- **MIRANDA, Jorge** – *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 4ª edição, Coimbra Editora, 2013;

- **NETO, Luísa** – *Nota sobre o capítulo em geral, Livro I, Título II, Capítulo I, Código Civil anotado*, volume I (artigos 1.º a 1250.º), coordenadora PRATA, Ana, Almedina, Coimbra, 2017;

- **PINTO, Paulo Mota** – *A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Jurisprudência Constitucional*, Lisboa, n.º 10, 2006;

- **TAVARES, Hugo Alexandre Matos** – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, Coimbra Editora, 2009;

- **VENÂNCIO, Pedro Dias** – *Lei do cibercrime, anotada e comentada* – Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição, 2011;

Hiperligações bibliográficas:

- <https://www.marktest.com/wap/a/grp/p~96.aspx>: Acesso em 11 de Julho de 2019;

- <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>: Acesso em: 23 de Dezembro de 2018;

- <http://www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abbd1a8210c4%7D.pdf>: Acesso em 27 de Dezembro de 2018.

- <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/4347>: Acesso em 28 de Outubro de 2018;