

**Tribunal da Relação do Porto**  
**Processo nº 101/13.5TAMCN.P1**

**Relator:** JOSÉ CARRETO

**Sessão:** 05 Junho 2015

**Número:** RP20150605101/13.5TAMCN.P1

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** REC PENAL

**Decisão:** NEGADO PROVIMENTO

**DIREITO À IMAGEM**

**FACEBOOK**

## Sumário

I - O direito à imagem constitui um bem jurídico-penal autónomo tutelado em si e independentemente do ponto de vista da privacidade ou intimidade retratada.

II - O direito à imagem abrange dois direitos autónomos: o direito a não ser fotografado e o direito a não ver divulgada a fotografia.

III - O visado pode autorizar ou consentir que lhe seja tirada uma fotografia e pode não autorizar que essa fotografia seja usada ou divulgada.

IV - Contra vontade do visado não pode ser fotografado nem ser usada uma sua fotografia.

V - É suscetível de preencher o tipo legal de crime de Gravações e fotografias ilícitas, do art. 199.º nº 2, do Cód. Penal, a arguida que, contra a vontade do fotografado, utiliza uma fotografia deste, ainda que licitamente obtida e a publicita no Facebook.

## Texto Integral

Rec nº 101/13.5TAMCN-P1

TRP 1ª Secção Criminal

Acordam em conferência os juízes no Tribunal da Relação do Porto

No Proc. nº 101/13.5TAMCN do Tribunal da Comarca do Porto Este - Marco de Canaveses - Instância Central - Secção Instrução Criminal - J2 em que é arguida

**B..., e**

## **assistente C...**

foi no final do inquérito, pelo M<sup>o</sup>P<sup>o</sup> deduzida acusação contra a arguida pelo crime de falsificação de documentos, p. e p. pelo artigo 256.<sup>o</sup>n<sup>o</sup>1-e) do Código Penal e ordenado o arquivamento do crime de fotografias ilícitas, p. e p. pelo artigo 199.<sup>o</sup> do Código Penal

O assistente requereu a abertura da instrução em face do despacho de arquivamento, na sequência do que veio a proferir 18/12/2014 despacho no qual decidiu:

“... **não pronunciar** a arguida **B...** pela prática de um crime de fotografias ilícitas, p. e p. artigo 199.<sup>o</sup>/2-b) do Código Penal, e ordeno, nesta parte, o arquivamento dos autos”

Recorre o assistente de tal decisão, o qual no final da sua motivação apresenta conclusões das quais emergem as seguintes questões:

- se a arguida deve ser pronunciada por se verificarem todos os elementos típicos do crime (objectivos - quem tirou as fotografias ou tiradas com o seu consentimento, e subjectivos - dolo e a consciência da ilicitude) e ser a conduta punível (só se conduta contra a vontade do visado: falta de tipicidade)

Respondeu o M<sup>o</sup>P<sup>o</sup>, defendendo a manutenção da decisão

A arguida não respondeu

O ilustre PGA é de parecer que o recurso deve improceder

Foi cumprido o art<sup>o</sup> 417<sup>o</sup>2 CPP

Cumpridas as formalidades legais, procedeu-se à conferência

Cumprido apreciar.

Consta do despacho recorrido na parte que interessa (transcrição):

### **“1.3. O requerimento de abertura da instrução.**

Veio o assistente **C...** requerer a abertura da instrução (fls. 170 e ss) contra a arguida **B...**, inconformado com o referido despacho de arquivamento, afirmando a prática por esta de um crime de fotografias ilícitas, p. e p. pelo artigo 199.<sup>o</sup> do Código Penal.

Para tanto, em síntese, imputa-lhe:

A arguida, entre Janeiro e Fevereiro de 2013, colocou na rede social facebook, na conta pessoal da mesma, fotografias do assistente, sem a autorização deste. Arguida e assistente tiveram um relacionamento amoroso durante o ano de 2011 e até Junho de 2012, tendo desse relacionamento nascido uma filha. Relacionamento que, no caso do assistente, foi extraconjugal, pelo que sempre

o manteve em absoluto sigilo.

Findo o relacionamento amoroso a arguida começou a fazer exigências financeiras, ao que foi acedendo na esperança de manter o sigilo desse relacionamento, mas que levou a arguida a cada vez fazer mais exigências sob a ameaça de divulgar o mesmo.

Perante uma recusa de pagamento de uma quantia exagerada a arguida publicou fotografias do assistente, umas com a arguida e filha, tendo de seguida enviado “pedidos de amizade” aos próprios filhos (nascidos na constância do matrimónio) e amigos do assistente, pedidos que foram aceites, o que fez com que a relação extraconjugal fosse conhecida por todos. Fotografias, relativas ao assistente, que foram colocadas sem o seu consentimento.

#### **1.4. As diligências instrutórias e debate instrutório.**

Por despacho de fls. 224 foi declarada aberta a instrução.

Indeferidos os actos de instrução (fls. 233), foi designado debate instrutório, o qual se realizou, com observância do legal formalismo, como consta da acta.

#### **2. Saneamento.**

O Tribunal é o competente.

O assistente tem legitimidade.

Não existem nulidades, questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer.

#### **3. Fundamentação.**

##### **3.1 As finalidades da instrução.**

Como se sabe, nos termos do disposto no artigo 286.º/1 do Código de Processo Penal, com a fase processual penal (facultativa) de instrução visa-se a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento, não estando, conseqüentemente, em causa a realização de um novo inquérito, mas a comprovação, por parte do juiz de instrução, da decisão proferida pelo Ministério Público, de acusação ou de arquivamento, sem prejuízo de o juiz instruir autonomamente os factos em apreço - sempre em função das finalidades da instrução - e não se limitar ao material probatório carreado para os autos.

Nos termos do artigo 308.º/1 do Código de Processo Penal se até ao encerramento da instrução tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz, por despacho, pronuncia o arguido pelos factos respectivos; caso contrário profere despacho de não pronúncia.

Estabelece o artigo 283.º/2 do Código de Processo Penal que a suficiência de

indícios encontra-se dependente de deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.

Assim, em primeiro lugar, impõe-se um juízo de indiciação da prática de um crime, ou seja, importa indagar de todos os elementos probatórios produzidos, quer na fase de inquérito, quer na de instrução, que conduzam ou não à verificação de uma conduta criminalmente tipificada.

Caso se opere essa adequação, proceder-se-á, em segundo lugar, a um juízo probatório de imputabilidade desse crime ao arguido, de modo que os meios de prova legalmente admissíveis e que foram produzidos, ao conjugarem-se entre si, conduzam à imputação do(s) facto(s) criminoso(s) ao(s) arguido(s). A finalizar, cabe efectuar um juízo de prognose condenatório, pelo qual se possa concluir a razoável possibilidade do arguido vir a ser condenado por esses factos e vestígios probatórios, estabelecendo-se um juízo indiciador semelhante ao juízo condenatório a efectuar em julgamento.

\*

Fixadas as directrizes que, de acordo com a lei, nos devem orientar na prolação da decisão instrutória, de pronúncia ou não pronúncia, a presente decisão abordará a questão de saber se (in)existe prova indiciária que preencha o tipo de crime de fotografias ilícitas, (p. e p. pelo artigo 199.º/2-b) do Código Penal – como referido no despacho de fls. 233) e da respectiva imputação à arguida.

### **3.2. Factos suficientemente indiciados.**

1. Todos os factos constantes do requerimento do assistente, excepto os abaixo.

### **3.3. Factos não suficientemente indiciados.**

2. A arguida sabia que ao actuar como actuou a sua conduta era proibida e punida por lei.

### **3.4. Motivação.**

Pese embora o despacho de arquivamento se apresente praticamente destituído de fundamentação, o certo é que de forma alguma é possível concordar, do ponto de vista fáctico, com as dúvidas nele avançadas, pela simples razão de a realidade se apresentar cristalina.

Na verdade, tendo as fotografias sido colocadas na página pessoal que a arguida tem e gere na rede social facebook o normal é que seja a mesma a “dona” dessa conta, adicionando, colocando, removendo, etc, o que entende. Mas, para além desta normalidade, o certo é que a publicação das concretas fotografias só seria possível a quem as detivesse (fotografias que reproduzem

a imagem do assistente, arguida e filha de ambos) - no caso a arguida. Ou seja, sendo as fotografias publicadas na página pessoal que a arguida tem no facebook, o normal é que o autor dessa publicação seja o dono da página - no caso a arguida.

Se essas fotografias dizem respeito a um pedaço de vida que retracta um determinado acontecimento e relacionamento, o normal é que só as pessoas aí retratadas tenham acesso às fotografias - no caso a arguida.

Mas se essas fotografias retractam ainda factos que eram da reserva dos intervenientes, o normal acrescido é que só essas pessoas as detenham: no caso a arguida.

Se a publicação dessas fotografias poderia prejudicar alguém e havia interesse em fazê-lo, então a agente da publicação será quem tinha esse interesse - no caso a arguida.

Se quem queria manter em segredo o que as fotografias retractavam e estas acabam por ser publicadas, ainda num contexto de chantagem, então só resta a conclusão que a utilização e publicação das fotografias foi sem o consentimento de quem nelas estava (também) retratado - no caso o assistente.

Tudo para se afirmar que as regras da experiência não deixam qualquer margem para dúvida de que o autor da publicação foi a arguida, a qual assim actuou sem o consentimento e autorização do assistente.

Como tal, a factualidade vertida no requerimento de abertura da instrução, na sua objectividade, tem de ser toda considerada suficientemente indiciada, independentemente de a mesma ser ou não suficiente para afirmar o preenchimento objectivo do tipo de crime imputado

Já ao nível subjectivo, desde logo na vertente da representação ou previsão pelo agente do facto ilícito típico com todos os seus elementos integrantes, as coisas são diferentes, porquanto, como abaixo se verá, a arguida não poderia saber que a sua conduta fosse proibida por lei, porquanto não era.

### **3.5. O crime imputado.**

Dispõe o artigo 199.º do Código Penal que:

“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 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 no artigo 197.º e 198.º”.

Trata-se de um crime que protege o bem jurídico imagem.

Ora, a factualidade constante do requerimento de abertura da instrução não é desde logo suficiente para permitir afirmar o preenchimento dos elementos objectivos do tipo de crime em causa. Na verdade, de acordo com a letra e o espírito do artigo 199.º/2-b) do Código Penal, a utilização e divulgação de fotografia pré-existente, apenas terá relevância criminal na medida em que, originariamente, essa mesma fotografia tenha sido tirada contra a vontade do ofendido, em consonância, aliás, com a posição do Prof. Manuel da Costa Andrade, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, pág. 832, onde é referido que “só assumem relevância típica as fotografias ou filmes de outra pessoa: quem se fotografa ou filme a si próprio não preenche a factualidade típica. Por via disso, também não é típica a utilização sem consentimento destas fotografias” .

Assim, tal como se refere no Acórdão do TRL de 11/03/2004, CJ-II-127, “temos para nós que a utilização e divulgação de uma fotografia, ainda que contra a vontade do fotografado, não constitui qualquer ilícito criminal, quando essa mesma fotografia foi originariamente tirada pelo próprio fotografado, ou por terceiro a pedido e com o consentimento do fotografado, pelo que a divulgação de uma fotografia, contra a vontade do fotografado, só pode ser considerada como um ilícito criminal, ao abrigo do art. 199.º, n.2 alínea b), quando a fotografia foi elaborada originariamente contra a vontade daquele”.

Ora, como acima se referiu, dos autos não resulta, tal como não consta do requerimento de abertura da instrução, quem tirou as fotografias e/ou se as mesmas foram tiradas com ou sem o consentimento do assistente, quer relativamente à que o mesmo figura apenas com a arguida, quer onde figura conjuntamente com a mesma e a menor, pelo que não pode considerar-se a posterior utilização de reproduções das fotografias originariamente tiradas como tipicamente relevante.

Aliás, considerando o enquadramento fotográfico que das mesmas resulta, parece evidente que houve consentimento do assistente na realização fotográfica, aparentemente tirada por um terceiro ou mesmo pelos retractados, neste caso por meios automáticos, pelo menos nas duas fotografias onde aparece arguida e assistente. Aliás, na posição do assistente, ou a arguida ficava pura e simplesmente impedida de publicar fotografias

obtidas ao tempo de comum acordo ou, se pretendesse publicá-las, deveria ocultar a imagem do assistente assim apagando e amputado o quadro e motivação que levou à realização da fotografia.

Trata-se de uma pretensão que pode ser legítima do seu ponto de vista, mas que não configura como típica a conduta da arguida.

Como diz o Prof. Manuel Costa Andrade, Comentário Conimbricense, Tomo I, 2.ª ed. p. 1210 “Aquele que grava as suas próprias palavras e não quer que elas sejam ouvidas, mais do que apelar para a intervenção protectora do direito criminal, deve actualizar as medidas de auto-tutela ao seu dispor”.

O que é referido para a palavra, vale para a imagem, ob. cit. p. 1212.

Consequentemente, será a arguida não pronunciada quanto a este crime.

#### **4. Decisão:**

##### **4.1. De não pronúncia.**

Assim, tendo em conta o acima exposto, decido **não pronunciar** a arguida **B...** pela prática de um crime de um crime de fotografias ilícitas, p. e p. artigo 199.º/2-b) do Código Penal, e ordeno, nesta parte, o arquivamento dos autos”

+

São as seguintes as questões apreciar:

- se a arguida deve ser pronunciada por:

se verificarem todos os elementos típicos do crime (objectivos - quem tirou as fotografias ou tiradas ou não com o seu consentimento, e subjectivos - dolo e a consciência da ilicitude)

e ser a conduta punível (só se conduta contra a vontade do visado: falta de tipicidade)

+

O recurso é delimitado pelas conclusões extraídas da motivação que constituem as questões suscitadas pelo recorrente e que o tribunal de recurso tem de apreciar (artºs 412º, nº1, e 424º, nº2 CPP, Ac. do STJ de 19/6/1996, in BMJ n.º 458, pág. 98 e Prof. Germano Marques da Silva, in “Curso de Processo Penal” III, 2.ª Ed., pág. 335), mas há que ponderar também os vícios e nulidades de conhecimento oficioso ainda que não invocados pelos sujeitos processuais - artºs 410º, 412º1 e 403º1 CPP e Jurisprudência dos Acs STJ 1/94 de 2/12 in DR I-A de 11/12/94 e 7/95 de 19/10 in DR. I-A de 28/12 o que no caso não são invocados nem ocorrem.

O assistente reage contra o despacho de não pronuncia por grosso modo entender que se verificam todos os elementos típicos do crime.

O despacho recorrido prestasse a alguma ambiguidade pois dá como não provado que “a arguida sabia que ao actuar como actuou a sua conduta era proibida e punida por lei”, (dando como provados, rectius, indiciados todos os

demais factos constantes do RAI) mas vem a expressar que não existe ilícito. Se bem interpretamos a decisão recorrida esta assenta **na não existência de crime**, porque não se sabe quem tirou as fotografias nem consta do RAI (ou se o foram com ou sem o consentimento do assistente - indiciando-se que o foram com o seu consentimento) e logo se obtidas ilicitamente, e assim sendo a sua utilização **não configura uma conduta típica**, e logo não se demonstra que a conduta da arguida seja proibida e punida.

Afigura-se-nos todavia que a questão a solucionar impõe algo mais, desde logo a nível teórico e depois a nível prático em face do concreto RAI apresentado.

Assim:

Está em causa o crime previsto e punido do artº 199º 2 b) CP, o qual dispõe: “...quem, contra 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 lícitamente obtidos.” é punido “com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.”.

Tal normativo é a expressão legislativa do direito à imagem, reconhecido e protegido pelo artº 26º1CRP (integrando-se no acervo dos direitos da personalidade e já objecto de regulamentação e protecção pelo artº 79º CC), consubstanciando por essa via o bem jurídico protegido (pois estes são também valores constitucionais), expressão da dignidade da pessoa humana (artº 1º CRP) e da sua personalidade e livre desenvolvimento desta, constituindo também por esta via e pela sua importância limite a outros direitos fundamentais que com ele possam conflitar (cfr. Canotilho JJ Gomes / Moreira, Vital, Constituição da Republica Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª ed. 2007, pág. 461 e ss;

O direito à imagem constitui por isso um bem jurídico-penal autónomo, tutelado em si e independentemente do ponto de vista da privacidade ou intimidade retratada: como afirma Canotilho ob. cit pág. 467 “O direito à imagem (...) tem um conteúdo assaz rigoroso, abrangendo ... o direito a definir a sua própria auto exposição, ou seja o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento ...”.

Como se refere no ac. RE 29/05/2012, proc. 253/07.3 JASTB.E1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) “Trata-se de um bem jurídico eminentemente pessoal com a estrutura de uma liberdade fundamental e que reconhece à pessoa o domínio exclusivo sobre a sua própria imagem.” entendimento este que, a nosso ver,

deve prevalecer pelo menos em face da alteração ocorrida em 1995 em que a expressão “ aspectos da vida particular de outrem” foi substituída por “ outra pessoa” abrangendo toda a sua individualidade e todo o campo de acção, não devendo “a dimensão de publicidade legitimadora de algumas restrições ao direito à imagem” transferir-se para a esfera da intimidade (Canotilho, ob. cit. pág. 467).

No citado normativo penal, temos que a conduta ali incriminada não é uniforme pois que:

- na al. a) está em causa o fotografar uma pessoa, sendo por isso ilícita a conduta do agente (terceiro) que fotografa outra pessoa sem o seu consentimento (mesmo num evento e em local em que tenha legitimamente participado (isto é de modo não furtivo) sendo punida a conduta de quem fotografe outra pessoa contra a sua vontade.
- na al. b) está em causa a utilização, (vg: a divulgação) contra a sua vontade, de uma fotografia de outra pessoa mesmo que lícitamente obtida (ou seja com o seu consentimento), sendo punida a conduta de quem utilize uma fotografia de outra pessoa contra a sua vontade.

Do confronto entre estes normativos temos que de um lado está o facto de terceiro tirar a fotografia (o que só é permitido com o consentimento do visado, sendo proibido se “ contra a vontade”), e do outro está o divulgar / usar a fotografia (tanto a tirada sem consentimento como a tirada com consentimento).

A autorização (ou a ausência de, contra a vontade) é e tem de ser específica para cada um dos actos, ou seja é necessária quer para tirar a fotografia quer para usar / divulgar fotografia. Pois a norma pune como crime quem utilizar, contra a vontade do fotografado, uma fotografia ainda que lícitamente obtida. Na verdade o visado pode autorizar/ consentir em que lhe seja tirada uma fotografia ou até não se importar com isso, e pode não consentir que essa mesma fotografia seja usada/ divulgada e nisso ter interesse relevante, pelo que o uso contra a sua vontade é ilícito.

Por isso, em nossa opinião, não faz sentido actualmente, face à norma legal, pretender-se que deve o arguido prevenir-se e exercer a auto tutela não tirando fotografias que não pretende que sejam usadas, pois o que se visa também nesta norma é proibir a intromissão não consentida de outrem no seu direito à imagem (e não a mera preservação da sua área de reserva/ tutela da vida privada), pois se o faz é para si e não para que outrem se apodere delas e delas faça um uso por si não consentido e contra a sua vontade.

Não sendo essa a doutrina expressa por Costa Andrade, quer no Comentário, cit., (quer na 2ª ed. do mesmo Comentário pag.1213), quer na RLJ ano 131, 16 onde escreve “Só assumem relevância típica as fotografias ou filmes de “ outra pessoa”. Quem se fotografa ou filma a si próprio não preenche a factualidade típica. Por vias disso, também não é típica a utilização - por outrem - e sem consentimento destas fotografias” certo é que aquela consideração faz e fazia sentido quando a norma incriminadora exigia (artº 179º al. d) CP 1982) o uso das fotografias indevidamente obtidas, tal como fazia e faz ainda hoje quanto as gravações (nº 1 al b) ... se utilizem as gravações referidas na alínea anterior” - cf. Comentário cit., 2ª ed, pág.1210

Na verdade o normativo em causa (CP 1982 redação originária - artº 179º CP) visava o agente que sem justa causa e sem consentimento de terceiro “ utilizar ... **as** fotografias, os filmes ou os registos indevidamente obtidos, a que se refere a alínea anterior” ou seja a al d) remetia expressamente para as fotografias tiradas por outrem sobre aspectos da vida particular de outra pessoa (que era objecto de incriminação na al.c).

Não é essa a situação actual (artº 199º 2b), em que se pune todo o comportamento que consista em “ utilizar ... fotografias ou filmes referidos na alínea anterior...” remetendo apenas e só para fotografias de outra pessoa (que é a situação prevista na al.a) do nº2, expressando a ideia de quaisquer que elas sejam: qualquer fotografia), e não remete como fazia a primitiva redacção para **as** fotografias da alínea anterior (utilizar ... as fotografias a que se refere a alínea anterior”) ou seja apenas as tiradas por terceiro (e proibidas)

e por isso cremos que a consideração de que como expressão do seu direito de personalidade “ É ... à pessoa que assiste o poder soberano de decidir quem pode gravar, registar, utilizar ou divulgar a sua imagem. Isto em, consonância com o disposto no artº 79º nº1 do CC (Direito à imagem) “ o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comercio sem o seu consentimento” como escreve Costa Andrade no Comentário Conimbricense cit., I, pág. 823, (ou 2ª ed. pág. 1199) só assim adquire plenitude, e a normatividade do artº 199º2 a) e b) CP que separa o acto de fotografar do acto de divulgar a fotografia (seja esta a fotografada anteriormente ou a já existente), adquire toda a sua força reguladora, pois é proibido utilizar fotografias - sejam elas quais forem - de outra pessoa (que não a pessoa que as utiliza) - tiradas mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado, contra a vontade (real ou presumida - cf. Comentário Conimbricense ..., cit. pág. 833) do visado, traduzindo uma nova e autónoma lesão (para usar as palavras de Costa Andrade, Comentário cit. 2ª ed. pág. 1210) do direito à imagem.

Até porque não se compreenderia que fosse proibido tirar fotografias / fotografar, e já fosse permitido divulgar fotografias (fosse qual fosse o meio pela qual vieram à posse do difusor) já tiradas de outra pessoa, estando em causa o mesmo bem jurídico e sendo que neste caso a exigir até especial protecção por se vislumbrar maior danosidade;

Veja-se por comparação que no nº1 do artº 199º CP (gravação da palavra) a al. b) que incrimina a divulgação da gravação remete expressamente para a gravação da al. a) - proibindo assim a divulgação da mesma conversa gravada, o que não ocorre no nº2 em que a al. b) não refere a fotografia tirada.

Afigura-se-nos por isso que este será mais um dos casos em que as duas incriminações homólogas (dto à palavra e dto à imagem do artº 199 1 e 2 CP) não são inteiramente sobreponíveis, ocorrendo desvios e diferenças (Comentário... cit., 2ª ed. pág. 1185)

O bem jurídico (no artº 199º2 CP) é o mesmo - a imagem - e a carência de tutela se não é a mesma, afigura-se-nos acrescida.

É que o direito à imagem abrange dois direitos autónomos: o direito a não ser fotografado, e o direito a não ver o seu retrato exposto em público.

Essa autonomia entre os dois actos (fotografar e divulgar a imagem fotografada) está em consonância com a realidade em que hoje existe em que assume mais relevo o fotografar-se a si mesmo (selfie) do que o contratar terceiro para se deixar fotografar, como modo de registar rostos ou acontecimentos que presencia ou de locais onde vai ou está;

É que fotografar é fixar imagens de modo a poderem ser vistas em ocasião posterior (sendo que a razão porque se fotografa é irrelevante), e no artº 199º2 CP protege-se o direito à imagem independentemente da sua valência directa do ponto de vista da privacidade e inclusivamente do seu conteúdo - Garcez, M. Miguel Garcez / Rio, Castela, J.M. Código Penal, Parte Geral e Especial, Almedina, Março 2014, pág. 809;

E a utilização da fotografia, tanto pode ser a sua divulgação física / impressa, como por via digital como constitui utilização da imagem fotografada a sua colocação na internet (Garcez, M Miguel, Rio/Castela JM. Ob. cit. pág. 812) como foi o caso de colocação das fotos no facebook pela arguida;

Regressando ao caso concreto.

Não se diz efectivamente quem tirou as fotografias reproduzidas/ divulgadas no facebook e é legítimo até considerar que foram tiradas pelo visado e ou com o seu acordo e vontade (como se faz no despacho recorrido), e isso seria importante para o crime do artº 199º 2 a) CP, porque dizem respeito à sua outra vida íntima (com a arguida e filha) ou até de devassa da vida privada (artº 192º1 b) CP), mas de tal crime a arguida não vem acusada (ter tirado

fotografias contra a vontade do fotografado).

Todavia está apenas em causa a utilização/divulgação contra a sua vontade das fotos em que o mesmo é retratado o que integra o artº 199º2 b) CP, em consonância com a “tese dualista” que se “projecta numa descontinuidade normativa entre a gravação e a utilização. Por vias dela, tanto pode ser ilícita a utilização de uma gravação ilícita (sc. licitamente obtida) como a inversa”- Costa Andrade, Comentário cit, pág. 831 em face do que, a nosso ver, não se aceita que uma fotografia tirada pelo visado/ ofendido a si próprio (ou com o seu consentimento) possa legitimamente/ licitamente ser divulgada por terceiro contra a sua vontade (como supra se expressou), procedendo assim ao “alargamento arbitrário do universo de pessoas a tomar conhecimento das coisas ou dos factos pertinentes à área de reserva” através da divulgação ou transmissão de informação que a fotografia revela - C. Andrade, RLJ cit. ano 131, pág.15, por contrariar essa tese dualista, pois “a utilização não consentida da fotografia representa só por si “uma nova e autónoma lesão do direito de personalidade” ob. cit., pág. 17, o que não ocorreria ao permitir-se que terceiro divulgue contra a vontade do visado fotos por si próprio tiradas. Não pode esquecer-se e citando em obra mais actual (2012) Costa Andrade que o direito à imagem também ele começou “... por se afirmar como o poder que, em exclusivo, assiste à pessoa de ser ela a decidir quem, se, como, quando ... pode registar a sua imagem e, depois, quem (se, como, quando...) pode utilizar os registos fotográficos ou fílmicos. (sublinhados nossos) - Andrade, M. C. (2012). A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal (esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo). Revista Jurídica, 15, 161-186. ISSN 0874-2839, acessível em [http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1084/1/manuel\\_andrade.pdf](http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1084/1/manuel_andrade.pdf)

Assim a leitura que fazemos do normativo incriminatório em face da actual redacção, por estar em causa por um lado uma intromissão não consentida (fotografar) e por outro uma divulgação (utilizar) contra a vontade, em face da autonomia de cada uma delas é a de que como tal se apenas a fotografia tirada contra a vontade da outra pessoa fotografada é ilícito penal (e não por isso a tirada pelo próprio a si mesmo) já a divulgação feita por terceiro contra a vontade do fotografado de uma fotografia sua (mesmo que tirada pelo próprio) constitui facto típico ilícito, única maneira, cremos de considerar actualmente que a divulgação, por terceiro de uma fotografia licitamente obtida (como pondera a norma legal) é crime, feita contra a vontade do fotografado (constituindo crime quer essa fotografia divulgada seja licita ou ilicitamente obtida pelo divulgador), pois só assim se pode dar a autonomia que a lei exige entre o acto de fotografar e o de divulgar fotografias (ambos a exigir que

ocorra contra a vontade do visado para cada um dos actos), razão pela qual o agente que fotografa e o agente que divulga não tem de ter a mesma identidade (ser a mesma pessoa, antes é indiferente que a divulgação seja pelo autor da foto ou por terceiro) nem o objecto (fotografia) tem de ser o mesmo. Afigura-se-nos que assim esta interpretação se harmoniza com a proibição do artº 79º CC que nos diz no nº1 que “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem consentimento dela”, e nunca o poderá “se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada” nº3.

Como expressou o STJ ac. 6/11/96 RLJ ano 130, 364 referindo-se ao artº 199º CP “A acção de fotografar ... outra pessoa é punível se levada a cabo contra a sua vontade. A utilização ... de fotografias prescinde da sua ilícita obtenção.” cremos assim que a divulgação, não consentida, de imagem é ilícita mesmo que a fotografia tenha sido feita legitimamente

Pois que:

- o bem jurídico é o mesmo quer no acto de fotografar quer no acto de divulgar a fotografia estando em causa o direito à imagem

- a danosidade social do acto se não é o mesmo é superior na divulgação da fotografia (elevando a ilicitude do acto),

- e a carência de tutela é a mesma ou até essa necessidade se projecta com maior acuidade na necessidade de evitar a divulgação de uma foto danosa, pois esta só adquire relevância efectiva quando publicada ( pois só nesta perspectiva se pode considerar significativa o entendimento de que “...a fotografia só se torna ilícita quando publicada contra a vontade de quem é retratado “Felisbela Lopes, As Fontes, os jornalistas e as leis, in Comunicação e Sociedade 2, Cadernos do Noroeste, Série Comunicação, Vol. 14 (1-2), 2000, 339-349, acessível em [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5511/1/CS\\_vol2\\_flopes\\_p339-349.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5511/1/CS_vol2_flopes_p339-349.pdf);

e sendo a tutela penal dirigida ao próprio direito à imagem, pois não importa o fim da acção lesiva (e por isso independentemente de afectar a privacidade) existiria a nosso ver uma grave lacuna na protecção penal do direito à imagem, se fosse lícita a divulgação contra vontade de uma fotografia do lesado, tirada pelo próprio a que outrem teve acesso ainda que lícito.

Isso seria esquecer afinal “que a utilização configura, só por si, uma forma autónoma e nova de danosidade social como atentado ao direito ... à imagem, tenha a produção sido ou não realizada de forma tipicamente relevante”- Costa Andrade, Comentário, cit. 2ª ed. pág. 1225;

Acresce que a nosso ver o próprio teor da norma permite que assim seja, pois que ali é crime a acção do agente que utiliza fotografias (que retrata) de outra pessoa, (não só ilicitamente obtidas como mesmo lícitamente obtidas);

Ora licitamente obtidas são as fotografias que se publicam, e se são obtidas é porque podem não ser as fotografias tiradas pelo agente do crime (as da al. a) pois que obter uma fotografia (não é apenas fotografar, tirar uma fotografia) é também ter acesso à fotografia já tirada (mas que não apenas não se tem, como não se tirou, incluindo por isso a tirada pelo próprio fotografado), e assim “ainda que as gravações e as fotografias sejam licitamente obtidas é censurável a sua utilização ou a permissão para o seu uso quando não for dado o consentimento para tal.”

E com isto - em face do teor literal da norma - cremos estar no que Costa Andrade entende tratar-se já “... de um paradigma em boa parte provocado pelos novos desenvolvimentos técnico científicos que trouxeram consigo a massificação de instrumentos que ameaçam e põem em perigo a imagem (ou a palavra) para além dos atentados “clássicos”, actualizados sob a forma de gravação/ registo/armazenamento/perpetuação e utilização arbitrárias das gravações e registos. O que obriga a densificar o direito à imagem para além do mero domínio sobre o registo fotográfico e a utilização das fotografias ou filmes. E a estender a sua protecção a outras formas de atentado à autonomia da pessoa sobre a imagem, levadas a cabo sem a mediação necessária da máquina fotográfica.” - Andrade, M. C. (2012). A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal, cit.; e tal será assim o caso da divulgação de uma foto através da internet.

Por outro lado, utilizar uma fotografia (para os fins do artº 199º2 b) CP) não pode ser apenas “ a sua visualização pela mesma pessoa que produziu a fotografia”- Albuquerque, Paulo P., Comentário do Cód Penal, Ucp, pág.537, pois o modo de uso e o agente não apenas não é restrito à visualização e ao fotógrafo, como não pode deixar de abranger a visualização por outrem, e assim abarcar o uso por outra pessoa de uma fotografia com ou sem permissão do fotógrafo (“utilizar ou permitir que se utilizem”).

Cremos assim que reorientando e dando um “sentido renovado” - Costa Andrade, Sobre a Reforma do Código Penal Português, RPCC, ano 3, Abril/Dez/1993, pág. 438, - ao direito à imagem, querido e autonomizado pela reforma de 1995 e à norma do artº 199º 2 b) CP (redacção actual), ali deve ser incluído o comportamento que se traduz no uso pelo agente de uma fotografia de outra pessoa, divulgando-se (no Facebook/ internet) contra a vontade da pessoa retratada.

Assim e tendo em conta os actos da arguida e motivação da publicação das fotos no facebook e fim visado com as mesmas, afigura-se-nos insubsistente a manutenção do facto não provado, e a consideração sobre a inexistência do crime por essa via, pois a divulgação das fotos feita pela arguida no facebook

foi-o contra a vontade do retratado nelas - o assistente, - o que a arguida bem sabia e de que tinha perfeito conhecimento, tendo querido fazê-lo e para serem do conhecimento de terceiros visados com essas imagens (cfr mensagens de fls. 32 a 56 em especial fls. 37 sendo as fotos de fls. 19, 20 e 21: foto do casal e da filha, foto do casal e foto da filha respectivamente), pelo que deve ser proferido despacho de pronúncia.

Procederia assim esta questão, traduzindo a conduta da arguida um acto ilícito penal.

+

Todavia o RAI tem de delimitar o objecto do processo - de conhecimento e decisão - o thema probandum, de forma clara e precisa, através da denominada acusação alternativa do assistente (artº 287º2 CPP)

O STJ já decidiu com forma obrigatória geral que não é possível o convite à correcção do RAI: Ac. F. Jurisprudência n.º 7/2005 “Não há lugar a convite ao assistente para aperfeiçoar o requerimento de abertura de instrução, apresentado nos termos do artigo 287.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, quando for omissivo relativamente à narração sintética dos factos que fundamentam a aplicação de uma pena ao arguido.” DR 212 SÉRIE I-A, de 2005-11-04, nem que é possível colmatar deficiências da acusação como se extrai da doutrina expressa no Ac. Jurisprudência nº 1/2015, onde se salienta que “A falta de descrição, na acusação, dos elementos subjectivos do crime, nomeadamente dos que se traduzem no conhecimento, representação ou previsão de todas as circunstâncias da factualidade típica, na livre determinação do agente e na vontade de praticar o facto com o sentido do correspondente desvalor, não pode ser integrada, em julgamento, por recurso ao mecanismo previsto no art. 358.º do Código de Processo Penal.” DR 18 SÉRIE I de 2015/01/27.

Ora um dos elementos essenciais do crime de fotografia ilícita do artº 199º2 CP (e diferenciador da gravação ilícita - artº 199º1 CP) é a necessidade para o cometimento de tal ilícito que o agente fotografe (al.a) ou utilize a fotografia (al.b), contra a vontade do fotografado (Na mesma pena incorre quem, contra vontade: a) Fotografar...; ou b) Utilizar ...”), o que impõe uma pronuncia (embora baste para ser típica a conduta que esta “contrarie a vontade presumida do portador concreto do direito à imagem” - Costa Andrade, Comentário... cita, 2ª ed. pág. 1214.

Ora vista a acusação alternativa constante do RAI, verifica-se que em lado algum se imputa à arguida que tenha agido contra a vontade do assistente / lesado, mas apenas que colocou as fotografias do assistente sem a sua autorização (fls. 177), ou sem o seu consentimento (fls. 178).

Assim sendo, carece a acusação alternativa (RAI) de um elemento típico essencial ao tipo de ilícito em causa (ter a arguida agido contra a vontade), e que o tribunal (juiz de instrução) não pode suprir, pois essa falta se traduz na não existência de todos os elementos típicos do crime e logo na inexistência de crime, o que determina que a arguida não possa ser pronunciada, pois que apenas o pode ser se se tiverem “verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança” - artº 308º1 CPP.

E sendo assim, não pode a arguida ser pronunciada.

Não se suscitam outras questões de que cumpra conhecer.

+

Pelo exposto, o Tribunal da Relação do Porto, decide:

Julgar improcedente o recurso interposto pelo assistente e em consequência mantém o despacho de não pronuncia da arguida quanto ao crime de fotografias ilícitas p.p. pelo artº 199º 2 b) CP;

Condena o arguido no pagamento da taxa de justiça de 04 Uc e nas demais custas.

Notifique.

Dn

+

Porto, 5/6/2015

José Carreto

Paula Guerreiro