



“ESPELHO MEU, ESPELHO MEU...”

Cláudia Fernandes Martins

Para quem possa ser induzido em erro pelo título do artigo, este texto não é sobre a conhecida história da “Branca de Neve e dos Sete Anões”. Não deixa, no entanto, de ser pertinente que uma das mensagens da história, em particular a da importância da imagem – associada à eterna juventude –, se mantenha, cada vez mais, atual.

Na verdade, o retrato físico/imagem – ou, melhor, o uso que dele se faça e os direitos a esse uso associados – têm ganho um novo vigor com o fenómeno da Internet e, em particular, das redes sociais, que se têm tornado um espelho, onde a cada segundo há inúmeras pessoas, tal qual a Rainha Má, a perguntarem “Espelho meu, espelho meu...”.

Para quem não sabe ou sabe, mas, na maioria das vezes, tão-pouco lhe atribui a devida relevância, o retrato físico de uma pessoa, qualquer que seja o seu suporte material (fotografia, filme, pintura, desenho), é um dado pessoal e, enquanto tal, encontra-se tutelado pelas novas regras de proteção de dados pessoais – o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) –, mas não só...

A proteção da imagem tem acolhimento na nossa lei fundamental – a Constituição da República Portuguesa –, que prevê no seu artigo 26.º, n.º 1 que *“a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, (...) ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada (...)”*.

O direito à imagem constitui um direito de personalidade que, a par com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, integra o elenco dos direitos de personalidade do Código Civil. Em ambos os casos, a ordem jurídica visa tutelar a intimidade e reserva das pessoas.

De uma forma simples, o Código Civil – no seu artigo 79.º, n.º 1 – proíbe que, sem o consentimento da pessoa visada, o seu retrato possa ser exposto publicamente ou que dele se façam reproduções ou lhe seja dado um uso comercial. Mas, afinal, será sempre necessário o consentimento?

Nem sempre. Há exceções. Não é necessário obter 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 (artigo 79.º, n.º 2 do Código Civil).

Com a ressalva das exceções acima, a lei civil pressupõe que o consentimento seja expresso. Ou seja, tem de ser assegurado que a pessoa em causa está, sem margem para dúvidas, de acordo com tal intromissão por parte de um terceiro.

Em situações limite, os tribunais têm, porém, admitido que poderá existir uma presunção de consentimento ou consentimento tácito. Nesses casos, será necessário que os sinais exteriores do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida. Pense-se, por exemplo, na situação de um evento (privado) em que o visado sabe que está a ser fotografado para um periódico e que, inclusivamente, colabora com o fotógrafo para obter o melhor ângulo para a fotografia.



Igualmente, o tratamento do dado pessoal «imagem fotográfica (ou filmada)» – ou seja, a sua recolha, conservação, comunicação, divulgação – é permitido pelo RGPD, desde que justificado por algum dos fundamentos de licitude nele previstos, entre os quais, o consentimento, a execução de um contrato, o cumprimento de uma obrigação jurídica, a prossecução de interesses legítimos. Pense-se, por exemplo, na fotografia necessária para a emissão do cartão do cidadão. Obviamente que, nestes casos, não é exigível o consentimento, encontrando-se os Serviços de Identificação Civil legitimados a utilizar o dado pessoal «imagem fotográfica» para tal finalidade.

Embora o consentimento seja, em regra, exigível pelo Código Civil (com a ressalva das exceções mencionadas), poderá já não ser assim ao abrigo do RGPD. O RGPD permite que os dados pessoais, incluindo a imagem fotográfica (ou filmada), sejam objeto de tratamento sem necessidade de consentimento quando essa utilização seja justificada por um daqueles outros fundamentos de licitude.

Nos casos em que, porém, se decida recorrer ao consentimento para legitimar esse tratamento – que, ainda continua a ser o fundamento mais utilizado, muitas vezes, diga-se, de forma excessiva e desnecessária –, o consentimento não valerá ser for tácito ou presumido para efeitos do RGPD.

Coloca-se, pois, a questão de articulação dos dois regimes – o do Código Civil e o do RGPD –, e cuja resposta não se revela fácil.

Formalmente, poderíamos ensaiar que o consentimento a que se refere a lei civil é um consentimento distinto do consentimento enquanto fundamento de licitude para o tratamento do dado pessoal imagem ao abrigo do RGPD. Logo, ainda que um consentimento tácito pudesse justificar a reprodução da imagem para efeitos de acautelar o direito fundamental de personalidade, não legitimaria, por si só, o tratamento do dado pessoal imagem.

É, todavia, pouco plausível essa distinção, pois, num e noutro caso, estamos a falar do mesmo “bem” – a imagem –, merecedor de tutela pelo direito.

No exemplo já referido, se uma pessoa, sabendo que está a ser fotografada por um periódico, pousa para a fotografia, mas sem expressamente referir que autoriza que lhe tirem a fotografia, é claro que deu o seu consentimento (tácito) para aquela finalidade.

No RGPD, o consentimento tácito não é, porém, suficiente. E não é suficiente, precisamente porque o uso da imagem se tornou corriqueiro e daí, possivelmente, a necessidade de uma justificação mais que plausível para o seu uso. É que, pelos vistos (e, bem, em nossa opinião), para o RGPD, «o seguro morreu de velho», ainda que depois possam surgir dificuldades de articulação de regimes, que terão de ser resolvidas com recurso à interpretação, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que as normas foram criadas e as condições específicas do tempo em que são aplicadas.

Neste caso, pela via do interesse legítimo (do periódico que tirou a fotografia) poderia eventualmente o uso da imagem ser justificado ao abrigo do RGPD, mas não deixa de ser uma solução com risco e que tem de ser convenientemente analisada e justificada. Para isso servem os juristas.