

A TUTELA PENAL DA IMAGEM NA ALEMANHA E EM PORTUGAL  
(ESBOÇO COMPARATÍSTICO, EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA NORMATIVO)\*  
*CRIMINAL PROTECTION OF THE RIGHT TO THE IMAGE IN GERMANY AND PORTUGAL -  
SEARCHING FOR A NEW LEGAL PARADIGM THROUGH COMPARATIVE LAW*

Manuel da Costa Andrade

**Resumo:** O artigo trata do direito à imagem no contexto de uma comparação entre o direito penal alemão e português. Analisa a relação entre ao direito à imagem e o direito à palavras bem como o direito à reserva da vida privada. Sugerem-se perspectivas de evolução da tutela penal da imagem em Portugal e na Alemanha.

**Palavras-chave:** Direito à imagem; Direito à palavra; Direito à reserva da vida privada; Progresso tecnológico; Evolução; Direito comparado.

**Abstract:** *The article is about the right to one's image in the context of a comparison between german and portuguese criminal law. It analyses the relationship between the right to one's image, the right to speak and the right to private life. It concludes by recommending new views in order to develop a new regulation, on the right to one's image, in Portugal and in Germany.*

**Keywords:** *The right to one's image; The right to speak; The right to private life; Technological progress; New developments in criminal law; Comparative law.*

## I. Introdução. Propósito e Sentido do Estudo

1. Como o título sugere, este é um escrito de índole assumidamente comparatística, tendo como objecto da comparação o tratamento jurídico-penal do *direito à imagem*.

Não é esta – recordamo-lo, a benefício de “lealdade” comunicativa – a primeira vez que nos vimos confrontados com os problemas suscitados em direito penal pelo *direito à imagem*. Que têm tido uma presença recorrente nos trabalhos e nos dias que vimos consagrando à investigação, ensino, divulgação e aplicação (na veste de jurisconsulto) do direito penal. Constituindo-se assim num desafio recorrente, a reclamar equação e categorização doutrinal, enquadramento normativo e, não raro, soluções prático-jurídicas. Um percurso que foi deixando atrás de si o rasto de alguns títulos, elaborados em circunstâncias distintas e versando sobre aspectos diferenciados desta área problemática. E que fomos oferecendo à leitura e ao escrutínio crítico dos leitores<sup>1</sup>.

Mesmo modesto, é um acervo bibliográfico, que, pelo menos numa primeira aproximação, permitirá aligeirar significativamente o esforço que aqui nos propomos empreender. Justificará, por exemplo, que nos atenhamos à citação privilegiada dos *topoi* nucleares por onde passa o travejamento basilar do discurso jurídico-penal relativo ao direito à imagem. Por vias disso, um discurso alinhado sob reserva de remissão implícita para os textos anteriores. Que devem, por isso, valer como contexto ou como mancha de fundo sobre que se inscreve o presente texto. A que asseguram o indispensável preenchimento das descontinuidades e das lacunas. E a que, para além disso, oferecem horizonte histórico-cultural, densidade axiológica e racionalidade teleológica.

---

\* O texto corresponde à investigação que o autor levou a cabo no âmbito da linha de investigação sobre os “direitos de personalidade” no Instituto Jurídico da Universidade Portucalense. Será também publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência* e no volume com que juristas portugueses se propuseram prestar homenagem à memória do Professor PETER HÜNERFELD, da Universidade de Freiburg e do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Freiburg).

<sup>1</sup> Para além do comentário ao artigo 199º do Código Penal no contexto do *Comentário Conimbricense do Código Penal*, o tema da tutela penal da imagem foi por nós versado em estudos como: *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992, pp. 262 ss; “Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos Crimes Contra as Pessoas em Geral e das Gravações e Fotografias Ilícitas em Particular”, *RPCC*, 1993, pp. 431 ss; *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, 1996, pp. 131 ss.

Apesar disso, iniciamos este discurso e este percurso convictos de que sempre sobrarão espaço para algum coeficiente de *novidade* – reconhecidamente uma das marcas irredutíveis do trabalho verdadeiramente científico.

A novidade começa por aflorar logo ao nível da forma. Mais concretamente, da impositividade e da intencionalidade comparatística, com as naturais implicações tanto no plano categorial como metodológico. Para além disso, do lado da matéria, sempre nos sobrarão o espaço para referenciar o que se nos afigura ser um *novo paradigma normativo* de compreensão e de tutela – *maxime* constitucional e penal – do direito à imagem (e do direito à palavra). Trata-se 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. O que obriga, noutros termos, a desvincular a imagem e a palavra – no seu conteúdo e tutela – do gravador, a que surgiram historicamente associadas.

Em síntese antecipada: do ponto de vista fenomenológico, o direito à imagem apareceu (em direito penal) como réplica às ameaças do progresso técnico-científico num determinado tempo histórico. A legitimar a expectativa de que novos avanços técnicos – e novas ameaças – poderão revelar novas mostrações do direito à imagem a reclamar (nova) tutela penal. Estimulando ao mesmo tempo um renovado exercício de redução eidética na direcção duma compreensão “numérica” do direito à imagem – vg: *direito de autodeterminação da pessoa sobre a sua imagem na representação com os outros* – postas entre parênteses as singulares dimensões, mesmo as mais expostas. Como o direito de decidir quem pode gravar a imagem e quem pode utilizar os registos fotográficos, o sentido com que o direito à imagem começou historicamente a fazer o seu caminho no direito penal. Mas com o qual não pode hoje pura e simplesmente identificar-se.

2. Isto posto, uma observação preliminar. Para dar conta das razões que nos levaram a escolher esta circunscrita área problemática – a tutela penal da imagem – como referente directo e explícito de um exercício de comparação centrado sobre os ordenamentos português e alemão. Nesta opção pesaram sobremaneira duas ordens distintas mas convergentes de considerações: de um lado, o *carácter paradigmático* da matéria; do outro lado, a sua renovada *actualidade*, expressa em desafios e problemas novos, a ganharem peso nos dias que passam.

Falamos de *carácter paradigmático* da matéria para significar que o direito penal da imagem confronta o estudioso, apostado em lançar um olhar comparativo sobre as soluções lusas e germânicas, com um conjunto de problemas que, no essencial, reproduzem os problemas que se suscitam ao nível mais alargado da comparação dos dois ordenamentos jurídico-penais, globalmente considerados. São fundamentalmente idênticos os momentos de comunicabilidade e de diferenciação; os marcadores da convergência e da aproximação ou, inversamente, do afastamento e da distanciação, ditados pelos momentos do incomunicável-idiossincrático; a direcção e o sentido dos movimentos de influência, etc. Tudo se passando como se o direito penal da imagem emergisse para o comparatista como um microcosmos que, à sua escala, reproduz de forma arquetípica a comparação feita ao nível superior dos dois ordenamentos jurídico-penais, na pleora das suas áreas e institutos, mais ou menos centrais, mais ou menos excêntricos e periféricos.

São conhecidas as relações de grande proximidade e intensidade que ligam a experiência jurídico-penal portuguesa à alemã. Relações que, em geral, se traduzem na constante e decisiva influência que o direito penal alemão vem, desde há sensivelmente século e meio, exercendo sobre o direito penal português. Onde encontram eco as vozes e as controvérsias que se fazem ouvir do outro lado do Reno. Onde desencadeiam réplicas os movimentos de

reforma ou os abalos de ruptura epistemológica ou de mundivisão que dão suporte ao direito penal e às suas instituições. E onde é fácil refazer, com relativa proximidade e fidelidade, o cortejo das grandes etapas do pensamento penal, dos programas de política criminal, das escolas ou modelos de compreensão e construção dogmática da infracção criminal ou das versões da “gramática dogmática”. Cá como lá, a história do pensamento penal passa obrigatoriamente pelos mesmos mestres. Também entre nós tiveram cátedra vultos cimeiros como BINDING, LISZT, BELING, MEZGER, WELZEL, ROXIN, ou mesmo JAKOBS: nomes que também os estudantes portugueses conheceram nas Escolas de Direito e a que os operadores judiciários se acolhem nos tribunais. Cá como lá, a evolução historiográfica da doutrina e das instituições penais é feita pela sucessão dos mesmos e grandes paradigmas: positivismo-causalista, normativismo neokantiano, finalismo, funcionalismo teleológico-racional ... em que se foi sucessivamente decantando e cristalizando a pulsão criadora dos autores e dos tribunais alemães. Como um elementar exercício de arqueologia deixa a descoberto, não é fácil identificar na experiência jurídico-penal portuguesa um enunciado normativo, uma instituição, uma construção doutrinal, um programa político-criminal que, de forma mais ou menos directa, mais ou menos exposta, não preste homenagem à lição alemã.

3. O reconhecimento da influência germânica significa apenas isso. Ele não leva consigo o reconhecimento ou a asserção duma recepção mecanicista e passiva, como se o direito penal português – na diversidade dos seus rostos: lei, doutrina, *praxis* dos tribunais – mais não fosse do que o resultado duma tradução das fórmulas com que na Alemanha se diz e se faz o direito penal. Uma obra de copistas, a responder acriticamente às sugestões sopradas a partir daquele país. Também deste lado as pedras da calçada impõem uma leitura significativamente outra.

Logo porquanto a influência alemã só o é e só se actualiza mercê da intervenção co-criadora dos juristas portugueses. Tudo se passando como se o direito português operasse como uma espécie de “intelecto agente” (de ressonância aristotélico-tomista), a construir os seus próprios “universais” categoriais a partir das mostrações provenientes do direito erigido em modelo. E face ao qual o direito português emerge como um sistema autónomo e auto-referente, aberto à complexidade ambiente, que só interioriza depois de a reinterpretar (e recriar) segundo os seus próprios códigos. Códigos que espelham uma cultura penal nacional, historicamente plasmada e consolidada. E que, hoje como ontem, persiste como metalinguagem por detrás das leis, das instituições, das teorizações, dos projectos de reforma e das decisões prático-jurídicas que fazem a história do direito penal português.

Não admira, por isso, que, no panorama comparatístico entre os direitos penais alemão e português, a par de extensas áreas doutrinal, político-criminal e normativamente sobreponíveis, sejam igualmente frequentes as soluções de dissonância e, mesmo, de heresia (tomada a expressão, mais uma vez, ao pé do sentido etimológico: do grego *hairein* a significar *escolha*, com possibilidade de a escolha ir no sentido da diferença e do afastamento)<sup>2</sup>. Divergências que, não raro, correm fundo, não sendo visíveis à superfície onde as coisas denotam uma aparente mesmidade traduzida na identidade dos nomes e até das formulações normativas. Não sendo outrossim de estranhar as frequentes constelações em que as respostas dadas pela lei penal portuguesa acabam por ir mais longe do que as soluções homólogas da lei alemã.

Não faltam, na verdade, situações em que as posições da lei portuguesa – a título meramente ilustrativo e atendo-nos a casos paradigmáticos, recordamos os regimes do *erro* e a doutrina da *culpa* que o enquadra e, noutro contexto, o regime dos *tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* – mesmo quando mergulham directamente as raízes na experiência alemã e são alimentadas pela doutrina e pela jurisprudência daquele país, vão mais longe do que os modelos originários. Mais longe, pelo menos, na direcção da assunção positivada das implicações normativas e prático-jurídicas que se deixavam adivinhar nas premissas político-

<sup>2</sup> Seguimos nesta parte a lição da sociologia da religião de PETER L. BERGER, *The Heretical Imperative. Contemporary Possibilities of Religious Affirmation*, N. York, 1980, *passim*, sobretudo, pp.23 ss.

-criminais e dogmáticas avançadas pelos autores e tribunais alemães. Às vezes mesmo levadas aos projectos de reforma legislativa mas que entretanto não lograram a aprovação por parte do legislador alemão. Mas também mais longe no sentido de que configuram irrecusáveis avanços científicos e político-criminais.

4. O quadro que fica sumariamente referenciado e esboçado à medida duma comparação entre os dois ordenamentos jurídico-penais globalmente considerados, repete-se, agora em escala reduzida, na comparação circunscrita à tutela penal que os dois ordenamentos reservam ao *direito à imagem*.

É um domínio em que, ao nível do direito legalmente positivado, os dois ordenamentos seguiram vias claramente diferenciadas. De todo o modo, também aqui sobra líquido que o direito português vigente é, no essencial, tributário da lição alemã. Não sendo arriscado acreditar que não seria fácil explicar nem compreender as soluções legais do direito positivo português posta entre parênteses a influência da experiência alemã. De forma sincopada e apodíctica: o direito penal português relativo à imagem não seria seguramente o mesmo sem a influência da doutrina, da jurisprudência e dos projectos de reforma que, ao longo do último século, foram sendo apresentados e discutidos na Alemanha. Doutrina, jurisprudência e projectos legislativos que, por vias disso, persistem como *topoi* hermenêuticos incontornáveis para o intérprete e aplicador do direito penal português.

Mas também aqui a circunstância de a lei penal portuguesa ter assumido e interiorizado com autenticidade o paradigma normativo, axiológico e político-criminal do direito à imagem posto de pé pelos juristas alemães, não impediu que a lei portuguesa consagrasse um conjunto de soluções que se afastam significativamente das que lhe serviram de modelo. Em nossa convicção nem sequer relevará do pecado da *hybris* acreditar e afirmar que, em muitos aspectos, aquelas soluções (portuguesas) se situam à frente das suas congêneres germânicas. E isto, importa sublinhá-lo, mesmo na perspectiva da actualização do paradigma normativo e axiológico do direito à imagem que os juristas alemães ofereceram à cultura jurídica.

Atendo-nos por ora ao mais patente e exposto, recordamos que o direito penal português inscreveu o direito à imagem no “capital dos bens jurídicos” (BINDING) criminalmente tutelados. Convertendo-o assim em bem jurídico típico duma incriminação – *fotografias ilícitas* (artigo 199º, nº 2 do Código Penal Português) – que lhe assegura uma tutela criminal directa e específica. Isto diferentemente do que continua a passar-se no direito penal alemão. Que – ressalvada a tutela limitada e fragmentária resultante do § 33 da velha (1907) *Kunsturheberrechtsgesetz* (*KUG*) – continua a não proteger autonomamente a imagem *qua tale*.

Uma observação válida e pertinente mesmo tendo em conta o § 201a) recentemente (2004) introduzido no StGB, sob a rubrica *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahme* (“Violação da esfera da vida eminentemente pessoal através da fotografia”). Um preceito que, vê-lo-emos com mais cuidado, não incrimina nem pune os atentados arbitrários contra a imagem enquanto tal, mas só na medida em que as fotografias não consentidas produzam uma lesão efectiva da *área nuclear e inviolável da privacidade/intimidade*. Resumidamente, e ao contrário do que sucede em Portugal, o § 201 a) do StGB só assegura à imagem uma protecção derivada e reflexa: tal só se dá quando, *inter alia*, a fotografia e a sua utilização ou transmissão arbitrárias lesem a área nuclear da *intimidade*.

5. São, por seu turno, óbvias as razões e os marcadores da *actualidade* de um estudo (no caso um estudo comparatístico) centrado sobre os problemas da *tutela penal da imagem*.

A actualidade advém, desde logo, da ostensiva novidade da matéria, certo como é que a protecção penal da imagem tem atrás de si uma história relativamente curta. Com antecedentes que remontam aos princípios do século XX (como a já citada *KUG*) e cujo significado não pode ser olvidado, a verdade é que só nas últimas três ou quatro décadas daquele século se ganhou a perspectiva necessária à consideração da imagem como um autónomo bem jurídico-penal, sc. como um direito cujas lesões são, só por si, portadoras da dignidade penal

e da carência de tutela penal bastantes para justificar a punição como crime. E, como tal, um bem jurídico legitimado a bater à porta do ordenamento jurídico-penal e a reivindicar a sua tutela directa. Na certeza de que este é um programa político-criminal, ainda longe de contar com o reconhecimento e sancionamento generalizados. Como teremos oportunidade de assinalar, no panorama comparatístico actual soam, pelo contrário, a excepção os ordenamentos jurídico-penais que asseguram expressão positivada a uma incriminação das fotografias ilícitas votada à tutela da imagem como bem jurídico típico. A este nível os problemas do direito penal da imagem reconduzem-se ainda no essencial à questão da criminalização.

A actualidade do tema decorre também da exposição da imagem às realizações do progresso técnico-científico, em permanente sobressalto. Constantemente a actualizar novas formas de ameaça ou de risco e, por vias disso, a impor constantes alterações da área de tutela das incriminações entretanto sancionadas, se não mesmo a fazer emergir novas incriminações. Seja como for que as coisas acabem por se passar do lado direito penal – como instrumento de *ultima ratio*, o direito penal marcha normalmente atrás, como os *lictors* romanos – as coisas são hoje particularmente claras do lado dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e tutelados. Que têm vindo a densificar-se e desdobrar-se ao ritmo dos progressos técnico-científicos, invariavelmente portadores de novas possibilidades de intromissão e devassa. Ora, sendo certo que o direito geral de personalidade “não pode vergar-se ao desenvolvimento tecnológico” (BGH), importa, parafraseando BINDING, montar guarda do lado das novas “superfícies expostas às intempéries”. Dito com o Tribunal Constitucional federal, importa assegurar “uma tutela sem lacunas (ao direito geral de personalidade), particularmente reclamada à vista das novas ameaças para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de que o progresso técnico-científico se faz acompanhar”<sup>3</sup>. Como de todos os lados se reconhece e acentua, os meios técnicos hoje disponíveis – e disponíveis de forma massificada – trazem consigo ameaças e riscos para o direito à imagem que vão muito para além dos perigos que há três ou quatro décadas estavam associados à máquina fotográfica ou à normal câmara de filmar. Uma densificação e alargamento dos perigos que, como entre outros e pertinentemente, sublinha HELLE, se dão tanto em quantidade como em qualidade<sup>4</sup>.

Tudo a convergir em abono da conclusão: ontem como hoje a tutela da imagem persiste como um problema e um desafio para o direito penal. Logo ao nível da *law in book*, *sc.*, da decisão sobre o se e a medida da criminalização. Tarefa de que um legislador como o português não pode considerar-se definitivamente desonerado pela circunstância de um dia ter posto de pé uma incriminação votada à tutela da imagem (artigo 199º, nº 2 do Código Penal). Mesmo em se tratando, como teremos oportunidade de pôr em evidência, de uma incriminação intrinsecamente consistente com o programa político-criminal que está na sua origem: proteger a imagem *qua tale*, isto é, como autónomo bem jurídico-criminal. E, para além disso, sistemicamente congruente com a complexidade-ambiente, concretamente com as incriminações votadas: por um lado, à tutela do *direito à palavra* (artigo 199º, nº 1); e, por outro lado, à tutela da *privacidade-intimidade em sentido material* (artigo 192º).

Como acontece em muitos outros domínios do direito penal, também esta é uma incriminação que não pode assistir, imutável e aproblemática, ao fluir do tempo e da vida. Enquadrar juridico-criminalmente os problemas do direito penal da imagem é, necessariamente, estar a caminho. Tudo havendo a ganhar se o caminho se fizer também à luz da experiência de outros que se vêem confrontados com os mesmos problemas e se propõem enfrentá-los no mesmo horizonte de princípios e valores.

Assim, também pelo lado da *actualidade* sobram patentes os créditos de uma consideração comparatística dos problemas da tutela penal da imagem.

<sup>3</sup> BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, p. 3621. No mesmo sentido, BVerfGE 101, 361 = NJW, 2000, p. 1021.

<sup>4</sup> J. HELLE, “Die heimliche Videoüberwachung – zivilrechtlich betrachtet”, JZ, 2004, pp. 340 ss.

## II. O Direito Penal Alemão. Enquadramento Histórico e Comparatístico

### §1. A tutela penal da imagem no panorama europeu

6. No panorama comparatístico (aqui e agora circunscrito ao espaço europeu) são diferenciadas e centrífugas as respostas ao problema da tutela penal do direito à imagem. Um mosaico de soluções que, apesar de tudo, é possível arrumar em dois modelos básicos.

De um lado, os ordenamentos jurídico-penais que adscvem ao direito à imagem o estatuto de autónomo bem jurídico penal. E que, nesta linha, incriminam e punem as violações do direito à imagem, em si e de per si, independentemente da sua relevância por atentado a outros bens jurídicos, nomeadamente à *área de reserva e de privacidade*. É um modelo de que o direito positivo português oferece, desde 1982, uma expressão acabada, porventura a única.

Esta não é, com efeito, uma solução que colha os favores da generalidade dos direitos europeus. Que, em geral, apenas concedem relevância criminal típica às violações do direito à imagem (registo, utilização e transmissão arbitrárias) se e na medida em que elas impliquem uma qualquer afronta à *privacidade/intimidade*.

É o que podemos ilustrar com o artigo 179 *quater* do Código Penal suíço, um dispositivo recorrentemente citado como exemplo de protecção penal da imagem. A verdade é que também aqui o que, em rigor, está em causa é a punição de acções de devassa, sc. de intromissão na área da privacidade. É o que o teor literal do preceito claramente inculca, ao prescrever a punição de “*wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne deren Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einem Bildträger aufnimmt*”<sup>5</sup>. Na clarificadora observação de STRATENWERTH, “a extensão do tipo é em primeira linha determinada pelo universo dos factos protegidos contra a devassa”<sup>6</sup>.

O mesmo valendo para o preceito homólogo (artigo 226º) do código penal francês, ao punir “*le fait de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...) en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celui-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé*”. Ou do artigo 197º da codificação espanhola, que, não obstante integrar um Título (X) da parte especial que tem como rubrica “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*”, se limita a incriminar: “*el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen*”.

Esta posição do direito penal espanhol vigente tem como reverso o reconhecimento pacífico e consensual do direito à imagem como um direito fundamental, e mesmo como um bem jurídico autónomo, a gozar como tal de inequívoca consagração e tutela tanto por parte da Constituição como da lei civil (nomeadamente nos termos da *Ley orgánica de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen*, 1982). Só que, com o apoio de uma parte significativa da doutrina, o legislador espanhol tem considerado que a imagem não carece da tutela penal. Sendo para o efeito bastante a protecção assegurada pelo direito civil. Nesta linha, refere GÓMEZ PAVÓN: “podemos afirmar que, embora na ordem constitucional e civil os três direitos apareçam enunciados de forma separada, a protecção penal do direito à própria imagem só será possível se, além disso, o facto constituir um ataque a qualquer dos outros bens jurídicos. Assim, apesar de poderem ser diferentes, do ponto de vista penal o direito à própria imagem perde a sua dimensão substantiva e o seu reconhecimento constitucional cumpre a função, na óptica punitiva, de assinalar a sua pertinência à honra e intimidade, quando se lesem também estes bens jurídicos, e a sua categoria de direito da

<sup>5</sup> Em versão portuguesa: “*quem, sem consentimento, observa ou regista com uma máquina fotográfica um facto da área de segredo de outra pessoa ou um facto da área de reserva de outra pessoa, não acessível a qualquer pessoa*”.

<sup>6</sup> G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. BT. Straftaten gegen Individualinteressen*, Bern, 1993, p. 229.

personalidade”<sup>7</sup>. Em sentido convergente considera FERMÍN PRATS que “a tipificação de um delito aberto e indeterminado de atentado à própria imagem representaria uma violação dos princípios de intervenção mínima e de tipicidade, configurando para além disso uma solução não aconselhável político-criminalmente, tendo nomeadamente em conta que tais condutas já merecem resposta sancionatória em sede civil”<sup>8</sup>.

Projectado sobre este pano de fundo de redução tipológica dos modelos de tutela penal da imagem oferecidos pelo direito comparado, o direito alemão vigente sobressai por conjugar: a par de soluções fragmentárias de tutela directa e autónoma da imagem (constantes dos dispositivos combinados dos § 22, 23 e 33 da *KUG*); um regime geral que apenas assegura à imagem uma tutela subsidiária e reflexa, num quadro de protecção penal da *privacidade/intimidade* (nos termos do § 201 a) do StGB). Esta última tem sido, de resto, uma marca da experiência alemã: a tendência para punir as violações do direito à imagem na medida da sua relevância como atentado à reserva da vida privada.

É o que um apressado exercício historiográfico permite pôr a descoberto.

## §2. Evolução legislativa

7. Apesar da reconhecida novidade do tema, é já relativamente longa a história da presença das fotografias ilícitas nos tribunais alemães<sup>9</sup>.

Sem procurar afloramentos mais remotos, recordamos o caso conhecido como “*Dame im Badekostüm*”, que remonta aos fins do século XIX (1898). Em que o Tribunal do Império condenou por difamação o autor que fotografou às ocultas uma mulher que se encontrava na praia em fato de banho, divulgando depois a fotografia. Entre os *leading cases* citamos ainda o caso *Bismarck*, ocorrido já nos primeiros anos do século XX: na noite a seguir à morte do governante, os autores entraram sem autorização no quarto onde se encontrava o cadáver, que fotografaram. O Reichsgericht deu provimento ao pedido dos filhos do defunto, decretando a proibição da publicação e ordenando a destruição das fotografias. Na falta de dispositivo legal de reconhecimento e tutela da imagem, o Tribunal fez, desta feita, prevalecer a *violação do domicílio*.

E foi precisamente este caso que, fazendo avultar as lacunas da legislação, precipitou a aprovação da *KUG* (1907) e, com ela, o primeiro reconhecimento positivado do *direito à imagem qua tale* e a primeira incriminação (§ 33) da sua violação sob a forma da *divulgação* ou *exposição* não consentidas da fotografia. Como de todos os lados se acentua<sup>10</sup>, uma solução legal que enferma de uma comprometedora limitação: pune a *divulgação* e a *exposição* arbitrárias da fotografia de outra pessoa, mas não a *produção* arbitrária da fotografia. Isto é, deixa impune a forma basilar – e, em princípio, a primeira – de atentado à imagem. De todo o modo, na medida do que prevê e regula, a verdade é que a *KUG* assegura a tutela jurídico-penal da imagem *qua tale*, isto é, como bem jurídico autónomo, criminalmente protegido em si e de per si, independentemente de relevância do ponto de vista de outros bens jurídicos, nomeadamente da *privacidade/intimidade*.

Uma posição de que viriam a distanciar-se as ulteriores soluções consagradas pelo legislador ou apenas propostas nos projectos de reforma legislativa. Que, embora ao arripio

<sup>7</sup> GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, 1989, p. 28.

<sup>8</sup> FERMÍN PRATS, in: GONZALO OLIVARES/FERMÍN PRATS, edit, *Comentarios al código penal*, T. II, 2008, p. 455.

<sup>9</sup> Para uma síntese, J. EISELE, “Strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen zur Einführung eines § 201 a) in das Strafgesetzbuch”, *JR* 2005, pp. 6 ss.

<sup>10</sup> Cf., neste sentido, EISELE, *ob. loc. cit.*; N. BOSCH, “Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi”, *JZ* 2005, p. 378; KARGL, “Zur Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes”, *ZStW*, 2005, pp. 324 ss.

da reivindicação de vozes significativas da doutrina<sup>11</sup>, nunca sancionaram positivamente ou ao menos advogaram programas de tutela penal do direito à imagem como bem jurídico autónomo.

8. Tal vale sobremaneira para o Projecto Governamental de Código Penal de 1962. Que previa a protecção da *palavra* como autónomo bem jurídico típico, incriminando e punindo a gravação e a audição arbitrárias sem mais, *sc.* sem qualquer exigência de dano ou perigo para a privacidade. Mas era completamente omisso quanto à *imagem*, cuja tutela criminal considerava desnecessária<sup>12</sup>. Uma compreensão das coisas a que, no essencial, se manteria fiel a *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB, 1974)* que introduziu no código penal alemão o § 201 (*Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*), que pune *inter alia* a gravação e a audição não consentidas da palavra de outra pessoa. E, mais uma vez deliberadamente, recusou dar guarida à imagem, que continuou fora do código penal. No que, de resto, mantinha no essencial o regime até então vigente e que constava do § 298 (*Abhörverbot*) do mesmo StGB. Que também punia a gravação e audição não consentidas da palavra, mas era inteiramente omisso quanto à imagem.

Entretanto (1971) tinha sido publicado o Projecto Alternativo, cujo §146 (*Unbefugtes Abhören und Abbilden*), propunha a incriminação e a punição, a par das gravações ilícitas (nº 1), das fotografias ilícitas (nº 2). Só que tal acontecia, porém, com uma diferença significativa: enquanto a palavra era protegida, em si e de per si, em termos substancialmente sobreponíveis aos adoptados pelo Projecto de 1962, as fotografias ilícitas só eram punidas desde que elas actualizassem a intromissão ou devassa da vida privada. É o que decorre directamente do teor literal do articulado proposto. Que previa a punição de: “1. *Quem fotografar outra pessoa nos seus espaços privados*”; e “2. *Quem fotografar outra pessoa ou os seus espaços com lesão da exigência de respeito da área eminentemente pessoal*”<sup>13</sup>. Este desígnio de punir as violações do direito à imagem como forma de tutela da *privacy* é, de resto, claramente assumido na fundamentação apresentada pelos autores do Projecto Alternativo. Que justifica a punição das fotografias feitas às ocultas, isto é, sem consentimento nem conhecimento da pessoa concretamente atingida considerando que, “por essa via se atinge a área da intimidade”<sup>14</sup>.

De qualquer forma, nem a doutrina do Projecto Alternativo nem o pensamento político-criminal que o inspirava encontraram eco no curso da legislação alemã. Por ser assim – e descontados os dispositivos fragmentários da *KUG* – a partir de 1974 o direito penal alemão codificado continuou a assentar (e reproduzir) numa tão ostensiva como incompreensível assimetria entre a tutela dispensada, respectivamente, à palavra e à imagem. Tanto mais quanto é certo tratar-se de direitos “da mesma geração”, com a mesma trajectória histórica, com o mesmo étimo axiológico e constitucional, com a mesma estrutura normativa, porque ambos recondutíveis a manifestações de liberdade que se actualizam na comunicação intersubjectiva<sup>15</sup>. Num e noutro caso “garante-se a autodeterminação sobre a própria representação da pessoa na comunicação com os outros”<sup>16</sup>. Esta proximidade e comunicabilidade teleológico-axiológica tende a repetir-se do lado da danosidade e do ilícito material das pertinentes violações. Como de todos os lados se reconhece, “a área da reserva pessoal pode ser lesada através de fotografias da mesma maneira que tal se dá através das gravações”<sup>17</sup>. Um enunciado à vista

<sup>11</sup> Cf., por exemplo, B. SCHÜNEMANN, “Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnisse”, *ZStW*, 1978, p. 33.

<sup>12</sup> Cf. *Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962*, p. 327.

<sup>13</sup> Na versão original: “unter Verletzung des Anspruchs auf Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs”.

<sup>14</sup> *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Person, 2 Hb*, Tübingen, 1971, p. 33.

<sup>15</sup> Sobre o tópico da fundamentação comum ao direito à palavra e à imagem – ambos emanação da *Menschenwürde* e do *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, consagrados respectivamente nos artigos 1, I e 2, I da Lei Fundamental – tópico recorrente na doutrina e na jurisprudência constitucionais, cf., por todos, *BVerfGE* 34, 238 = *JZ*, 1973, pp. 504 ss; *BVerfGE* 101, 361 = *NJW*, 2000, pp.1011 ss; *BVerfGE* 106, 28 = *NJW*, 2002, pp. 3619 ss.

<sup>16</sup> *BVerfGE*, 106, 28 = *NJW*, 2002, p. 3621.

<sup>17</sup> KARGL, *ZStW*, 2005, p. 338.



do qual resulta dificilmente justificável a resposta que vinha sendo dada pelo ordenamento jurídico-penal alemão: do mesmo passo que punia as gravações arbitrárias, silenciava praticamente os atentados à imagem.

E foi precisamente animado pelo propósito de colmatar a lacuna e ultrapassar os desequilíbrios normativos subsistentes que o legislador alemão se decidiu (36. *Strafrechtsänderungsgesetz*) por aditar o novo § 201 a) ao código penal, que viria a entrar em vigor em Agosto de 2004. Com isso colocando a última pedra no edifício normativo jurídico-penal que cabe levar à comparação com o direito penal positivo português. Tarefa que passa naturalmente por um exercício hermenêutico centrado sobre o citado § 201 a) e tendente a clarificar o seu sentido e alcance. E, particularmente, para indagar se efectivamente ele logrou ou não colmatar o fosso que separava a tutela penal da imagem da que era assegurada à palavra. Ou se, inversamente, preservou, ou alargou mesmo, as distâncias. E se, nesta medida e acolhendo-nos à denúncia de WOLTER, a nova incriminação do StGB não passa, afinal, de um “preceito praticamente falhado”<sup>18</sup>.

### §3. A doutrina e a jurisprudência (constitucional)

9. Começando por buscar a luz do horizonte constitucional, retenha-se que no direito alemão o reconhecimento do direito à imagem como um autónomo direito fundamental, correspondente a uma específica dimensão da personalidade, soa hoje a evidência. Apesar de, diferentemente do que faz a Constituição Portuguesa (artigo 26º nº 1), a Lei Fundamental germânica não reconhecer expressamente o direito à imagem, mesmo assim, os juristas e os tribunais alemães não têm deixado de, consensual e sistematicamente, o afirmar, fazendo-o decorrer da dignidade humana e do direito geral de personalidade. Um percurso que, em geral, vem sendo feito sob a liderança do Tribunal Constitucional federal, a que ficaram a dever-se as mais clarificadoras proclamações do direito à imagem. Com a particularidade de o fazer associando sistematicamente o direito à imagem ao direito à palavra, a que atribui a mesma topografia na relação com a *dignidade humana* e com o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* e a que adscribe idêntica estrutura normativa e igual densidade axiológica.

Na afirmação apodíctica do que ficaria conhecido como o *Assassínio dos militares de Lebach* (1973): “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana compreendem o direito à própria imagem e o direito à palavra”<sup>19</sup>. Numa formulação que remonta ao *caso do gravador*, do mesmo ano (1973), e a que o mesmo Tribunal viria recorrentemente a acolher-se em sucessivos e ulteriores pronunciamentos, é a partir do direito à imagem que argumenta a favor do direito à palavra: “este direito fundamental (direito ao livre desenvolvimento da personalidade) protege também posições jurídicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade. A que pertence, dentro de certos limites e à *semelhança do que se passa com o direito à imagem*, o direito à palavra falada. Por vias disso, em princípio, cada um pode determinar em exclusivo quem pode gravar a sua palavra bem como, depois de gravada a sua voz, quem (ou perante quem) a pode ouvir”<sup>20</sup>. Na mesma linha, mas agora em sentido inverso (da palavra para a imagem): “o direito à própria imagem garante ao indivíduo a possibilidade de influenciar e decidir sobre a produção e a utilização de fotografias ou retratos da sua pessoa por parte de outrem. À semelhança do que acontece com o direito à palavra, em cuja esteira o direito à imagem se afirmou na jurisprudência constitucional, a necessidade da tutela resulta sobretudo da possibilidade de a imagem de uma pessoa numa dada situação

<sup>18</sup> J. WOLTER, “Der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs in § 201 a) StGB – Ein Kommentar zu Kristian Kühl”, *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Berlin, 2005, p. 234.

<sup>19</sup> JZ, 1973, p. 509.

<sup>20</sup> BVerfGE 34, 238 = JZ, 1973, p. 505. No mesmo sentido e em formulação no essencial sobreponível, BVerfGE 106, 28 = NJW, 2002, p. 3621.

se desligar dela, ser fixada como um objecto e ser reproduzida a todo o tempo perante um universo incontrolável de pessoas”<sup>21</sup>.

Esta compreensão das coisas leva consigo uma clara separação das águas entre *privacidade* e *imagem* (ou, sendo caso disso, o *direito à palavra*). E tanto no plano estritamente categorial como nos planos axiológico e jurídico-normativo. A fazer emergir o *direito à imagem como um bem jurídico autónomo*, reconhecido em si e de per si, como referente autónomo de danosidade social e de ilicitude material, distintas e independentes da danosidade social e do ilícito da indiscrição e da devassa em que se actualizam os atentados contra a *privacidade*. Tudo decorrências ou implicações que o mesmo Tribunal Constitucional federal não deixa de expressamente subscrever e sublinhar. Como pode ler-se no aresto acabado de citar, conhecido como *Carolina I* e que alguns autores referem como “*Magna-Charta-Urteil*”<sup>22</sup> sobre o registo e utilização de fotografias de outra pessoa: “diferentemente do que sucede com o direito à própria imagem, a tutela da esfera privada, que radica no direito geral de personalidade, reporta-se não às fotografias, mas é determinada de forma *temática e espacial*”<sup>23</sup>.

Também não será arriscado acreditar que este paradigma assente na distinção entre *imagem* e *privacidade* configura hoje um dado pacífico e consolidado da cultura e da ciência jurídica alemãs<sup>24</sup>. Tudo legitimaria assim a expectativa de ver o direito germânico global e sistematicamente alinhado com aquela compreensão das coisas e a assegurar-lhe uma expressão concretizada. A começar pelo direito que se actualiza e se dá a conhecer sob a forma de *lei* e, no que aqui mais directamente nos ocupa, de lei penal. Esta é, porém, uma expectativa “cognitiva” que os “factos” se encarregam de frustrar e infirmar. Factos que, em vez disso, oferecem uma experiência com a marca irredutível da equivocidade e ambiguidade.

É o que teremos oportunidade de assinalar a propósito do exame crítico que votaremos ao § 201 a) do StGB.

10. Para se ganhar uma adequada perspectiva sobre os problemas, importa ter presente que a tendência para a inscrição – e subordinação – da tutela penal da imagem no programa de protecção da privacidade, que atinge a sua expressão acabada precisamente no § 201 a) do StGB, está longe de aparecer como uma surpresa ou um *novum* na experiência jurídica alemã. De algum modo, o regime do § 201 a) StGB representa mesmo o ponto de chegada “natural” e alinhado com uma outra e dissonante compreensão, que vinha fazendo um curso paralelo ao do paradigma exposto, com ele concorrendo e com ele intimamente imbricado. E, vistas bem as coisas, a ele acabando por se sobrepor.

É o que procuraremos demonstrar, sinalizando alguns lugares históricos da sua manifestação e revelação.

<sup>21</sup> BVerfGE 101, 361 = NJW, 2000, p. 1022.

<sup>22</sup> Neste sentido, por exemplo, S. ENGELS/U. JÜRGENS, “Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz. Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des ‘Caroline’-Urteils in deutsches Recht”, NJW, 2007, pp. 2520. A designação *Carolina I* advém do facto de este ter sido um aresto pronunciado sobre um dos muitos processos com que Carolina de Hannover, mais conhecida como Carolina do Mónaco, e os seus familiares e acompanhantes, como o ex-marido (Ernst August von Hannover) confrontaram os tribunais alemães, nomeadamente o Tribunal Constitucional e o BGH bem como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Do lado do Tribunal Constitucional, merece ser desde já convocado o veredicto proferido em 2008, que ficaria conhecido como *Carolina II* (NJW, 2008, pp. 1793 ss) e em que aquele Tribunal respondeu ao TEDH e confirmou, em aspectos essenciais, a doutrina que vinha fazendo vencimento nos tribunais alemães, nessa mesma medida se afastando das posições tomadas pelo Tribunal de Estrasburgo. Sobre a controvérsia, *infra*.

<sup>23</sup> BVerfGE 101, 361 = NJW, 2000, p. 1022. Esta distinção entre privacidade *temática* e *espacial* vem sendo nos últimos tempos recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Do mesmo Tribunal, cf, ainda a título de mera ilustração, as decisões de 04.04.2000 (NJW, 2000, p. 2189) ou de 13.04.2000 (NJW, 2000, p. 2193). A classificação é, no essencial, sobreponível a uma outra distinção que contrapõe à *privacidade em sentido material*, a *privacidade em sentido formal*. Para uma referência sumária às duas categorizações e os respectivos pontos de convergência e dissonância, C. ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, T.I, 2ª edic, comentário ao artigo 192º.

<sup>24</sup> Cf, neste sentido e a benefício de ilustração, H. BONARENS, “Anfertigung von Lichtbildern für Zwecke des Strafverfahrens und Persönlichkeitsschutz”, *Dünnebieber—FS*, 1982, pp. 216 ss.

Esta doutrina é abertamente sustentada por K. PETERS no 46. Congresso dos Juristas Alemães (1966). Segundo o autor, “uma fotografia feita sem consentimento ou qualquer outra legitimação lesa seguramente o direito de personalidade, mas ela só constitui um atentado à dignidade humana quando (...) à luz da concepção dos valores ético-pessoais, *releve da esfera da intimidade no seu conteúdo humano* típico (...) Tal vale seguramente para a expressão íntima da vida sexual”<sup>25</sup>. Como já tivemos oportunidade de recordar, ela voltou a aflorar claramente no Projecto Alternativo (1971), em geral referenciado como um dos marcos históricos da afirmação do direito à imagem no contexto do direito penal. E tem também uma presença indisfarçada (e indisfarçável) na própria doutrina do Tribunal Constitucional federal, a este propósito invencivelmente ambígua e equívoca. É certo que, com uma mão, o tribunal adianta uma depurada categorização do *direito à imagem*, compreendido como bem jurídico distinto e autónomo face à privacidade. Só que, com a outra mão, na hora de enquadrar as constelações fácticas e superar os conflitos trazidos à sua consideração, o areópago de Karlsruhe acaba por fazê-lo sob a prevalência dos princípios e das exigências decorrentes da privacidade.

É o que nos permitimos ilustrar com a lição oferecida pelos já citados *Carolina I* (1999) e *Carolina II* (2008). Que sobrelevam logo pelo tratamento privilegiado que reservaram aos problemas da tutela constitucional da imagem. E a que ficou a dever-se a já recenseada categorização do direito à imagem como bem jurídico autónomo. E, todavia, na hora de verter direito sobre os múltiplos casos concretos que opuseram a princesa Carolina (e seus familiares e amigos) às revistas que publicaram notícias e fotografias do seu quotidiano – jantar em esplanadas ou jardins, fazer compras, ir a bailes, andar de bicicleta e treinar equitação, assistir o pai na doença, arrendar uma vila no Quénia, etc. – não foi o direito à imagem que, em primeira linha, emergiu como referente dos juízos de licitude/ilicitude das fotografias e da sua publicação. Em vez disso, o Tribunal Constitucional – como, de resto, o fariam também o BGH e o TEDH – fê-lo invariavelmente à sombra de um paradigma normativo de superação do *conflito entre a liberdade de imprensa* (de que as revistas se reivindicavam) e *a preservação da área de reserva e privacidade*.

Clarificadores a começar, os sumários dos arestos, ao reconduzirem o conflito à antinomia entre liberdade de imprensa e *reserva da vida privada*. Como pode ler-se no sumário do *Carolina I*: “A esfera da privacidade (*Privatsphäre*), protegida pelo direito geral de personalidade dos artigos 2, I e 1, I da Lei Fundamental, não está circunscrita ao espaço do domicílio. O indivíduo deve dispor da possibilidade de também se poder mover noutros espaços reconhecidamente resguardados, sem ser perturbado pela captação de fotografias ... a protecção da esfera privada face às fotografias recua na medida em que a pessoa se mostra estar de acordo em que determinadas coisas, em geral tidas como privadas, se realizem de forma pública”<sup>26</sup>.

De igual modo, e apesar de criticar abertamente alguns dos conceitos nucleares e das soluções sancionadas pelo Tribunal Constitucional alemão, também o TEDH (*Carolina de Hannover versus Alemanha*, 24.06.04) acaba por, em última instância, reconduzir as coisas a uma “ponderação entre a tutela da vida privada (*Privatleben*) e a liberdade de expressão da opinião”<sup>27</sup>.

Uma interpretação das coisas – a saber: os tribunais envolvidos e particularmente o Tribunal Constitucional encaram a tutela da imagem como um *problema de privacidade* – que as fundamentações dos arestos confirmam e consolidam. E isto postos nesta sede entre-parênteses os termos em que os mesmos tribunais utilizaram os sistemas categoriais de que lançaram mão e como equacionaram e solucionaram os conflitos que foram chamados a superar. E a forma como se foram adaptando e respondendo aos novos enquadramentos produzidos pela controvérsia. Controvérsia que, a benefício sobretudo do leitor português, convirá recordar de

<sup>25</sup> K. PETERS, “Beweisverbote im deutschen Strafverfahren”, *Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag*, Bd I, Teil 3A, pp. 91 ss.

<sup>26</sup> *NJW*, 2000, p. 1021.

<sup>27</sup> *NJW*, 2004, p. 2647.

forma sincopada. Atendo-nos, por razões de economia, aos pronunciamentos mais marcantes dos tribunais superiores alemães – Tribunal Constitucional e BGH – e do TEDH.

11. Comum a um número significativo de processos, o problema de saber em que medida os *media* podem legitimamente captar e divulgar a imagem de pessoas proeminentes (aqui representadas pela princesa Carolina e seus familiares) mesmo em contextos e eventos estranhos ao exercício do respectivo cargo ou título.

Um primeiro passo foi avançado no *Carolina I* (15.12.1999)<sup>28</sup> pelo Tribunal Constitucional federal que, de algum modo, reproduz o paradigma doutrinal e normativo que vinha sendo posto de pé por autores e tribunais alemães. E que, com o risco de alguma simplificação, é possível sintetizar em três enunciados fundamentais; a) o reconhecimento da categoria e do regime específico das *peças da história do tempo em sentido absoluto* (*absoluten Personen der Zeitgeschichte*); b) a licitude da captação e publicação da imagem destas pessoas em quaisquer circunstâncias salvo no interior da habitação ou noutros espaços fisicamente demarcados e separados (*örtliche Abgeschiedenheit*); c) a legitimidade da imprensa de entretenimento (*Boulevard-Presse* ou imprensa “*cor-de-rosa*”), que se alimenta das notícias e sobretudo das fotografias da vida privada das pessoas da história do tempo<sup>29</sup>. Uma compreensão das coisas que levou o Tribunal Constitucional federal a indeferir muitas das pretensões da princesa Carolina contra as revistas que publicavam as suas fotografias.

O que motivou o recurso para o TEDH.

O Tribunal de Estrasburgo adoptou um entendimento significativamente diferente, deslocando o centro de gravidade a favor da preservação da vida privada. O que levou o TEDH a advogar o abandono de conceitos (e das respectivas cargas normativas) como: *peça da história do tempo*<sup>30</sup> em sentido absoluto e *separação espacial*. E, a par disto, uma acentuada redução do significado e da legitimação política da imprensa de entretenimento. Que, segundo o Tribunal, mais não visa do que satisfazer a curiosidade, não oferecendo qualquer contributo para a discussão dos problemas sérios da sociedade (política, economia, arte, desporto, etc.).

Esta doutrina começou por colher o aplauso do BGH, que, nesta linha, decidiu alguns casos em sentido divergente ao que havia sido anteriormente sustentado pelo Tribunal Constitucional federal<sup>31</sup>. E é sobre este pano de fundo que acontece (26.02.08) uma segunda intervenção do Tribunal Constitucional federal (*Carolina II*). Em que, abrindo-se às sugestões de índole metodológica e conceitual defendidas pelo TEDH, no plano material-normativo reafirma, no essencial, a doutrina que já havia firmado no contexto do *Carolina I*. Resumidamente, o Tribunal Constitucional de Karlsruhe aceita abrir mão dos conceitos de *peça da história do tempo* e de *separação espacial*, que segundo o Tribunal deviam encarar-se apenas como sistemas categoriais, considerados normativamente operativos, mas que podiam ser perfeitamente substituídos por “*novos*” *Schutzkonzepte*, funcionalmente equivalentes. O que levou o Tribunal a privilegiar conceitos como *expectativa justificada* (*berechtigte Erwartung*) de reserva e *ponderação* global da situação concreta, no essencial equivalentes, mas portadores de maior abertura e plasticidade. Isto suposta sempre a inviolabilidade de uma área nuclear da vida privada (*Kernbereich der Privatsphäre*) bem como a reafirmação da legitimidade da imprensa de entretenimento, também ela contribuindo para a formação da opinião pública no contexto da sociedade democrática. E, reversamente, a recusa de limitar a liberdade de imprensa à “*imprensa séria*” e à sua celebrada *watchdog-function* sobre o exercício do poder político.

<sup>28</sup> BVerfGE 101, 361 = NJW, 2000, pp. 1021 ss.

<sup>29</sup> Em sentido convergente, do lado da jurisdição ordinária e particularmente do BGH, cf. BGHZ 131, 332 = NJW 1996, pp. 1128 ss.

<sup>30</sup> Propondo para o efeito uma classificação tripartida, distinguindo entre: *políticos* (*politicians/personnes politiques*), *figuras públicas* (*public figures/personnes publiques*) e *peças privadas* (*ordinary persons/personnes ordinaires*).

<sup>31</sup> Cf, por todos, BGHZ, 171, 275 = NJW, 2007, pp. 1977 ss.

De forma apressada, o Tribunal Constitucional aceita mudar de conceitos ou de categorizações para poder manter a doutrina e, no essencial, as soluções prático-jurídicas. O que naturalmente provocou novas ondas de choque do lado da jurisdição ordinária, nomeadamente do BGH. Logo porque o Tribunal Constitucional revogou a decisão de 6.3.07 do BGH, reenviando-lhe o processo para nova decisão. O que levou a mais alta instância da jurisdição ordinária a mudar o sentido do seu pronunciamento anterior e, ao contrário do que antes proclamara, a considerar legítima a notícia de que Carolina e o seu marido Ernst August von Hannover haviam arrendado uma vila de férias (no Quénia). Uma notícia ilustrada com fotografias do quotidiano da princesa e do marido e encimada pelo título: “*Dormir na cama de Carolina, nenhum sonho inalcançável*”<sup>32</sup>.

#### IV. O Direito Penal Alemão Vigente (§ 201 a) do StGB). Exame Crítico

##### §1. Pressupostos normativos de um sistema congruente de tutela penal da imagem

12. Foi sobre este pano de fundo histórico-cultural e político-criminal que o legislador alemão fez introduzir no código penal (2004) a nova incriminação do § 201 a), sob a rubrica *violação da esfera da vida eminentemente pessoal através da fotografia*. A consagração da nova incriminação obedeceu a um programa de política criminal, apostada na satisfação de exigências em duas ordens distintas e complementares de direcções. Pretendia-se, em primeiro lugar, pôr termo às assimetrias subsistentes entre a tutela penal da imagem e da palavra. Em segundo lugar, aspirava-se a clarificar o estatuto e o regime jurídico-penal do *direito à imagem*, inscrevendo-o no “capital dos bens jurídicos” como um bem jurídico autónomo face à privacidade e, como tal, referente específico de danosidade social e de ilícito material.

Duas ordens de exigências cuja satisfação, em termos sistemicamente consistentes e congruentes, postulava que se alcançasse um terceiro objectivo: que se pusesse de pé uma incriminação votada à tutela directa da *privacidade em sentido material* ou, na terminologia do Tribunal Constitucional federal, da *privacidade temática*. Que teria de emergir, também ela, como uma incriminação autónoma face nomeadamente à pletora de incriminações que punem a ultrapassagem de certas fronteiras físicas ou simbólicas (inviolabilidade do domicílio, do sigilo profissional, das telecomunicações, etc), mesmo que em concreto não se atinjam as “coisas” ou vivências, pertencentes, pela sua natureza ou pelo seu conteúdo, à área de reserva pessoal. Isto é, autónoma face às incriminações que protegem a *privacidade em sentido formal*, ou na terminologia do Tribunal Constitucional, a *privacidade espacial*. Para além disso, uma incriminação cuja importância neste contexto se compreende. A sua consagração permitiria aliviar a área de tutela da incriminação das fotografias (e das gravações) ilícitas do lastro da protecção da *privacidade/intimidade*. Permitindo ao mesmo tempo que a imagem (e a palavra) se projectasse como autónomo bem jurídico-penal.

---

<sup>32</sup> No mesmo sentido, a decisão de 24.06.2008, relativa ao “caso Heide Simonis”, ex-Presidente do Governo do Estado do Schleswig-Holstein, acabada de se demitir e fotografada na rua, enquanto andava às compras, sendo as fotografias utilizadas para ilustrar a notícia. Para uma referência mais desenvolvida aos arestos citados e outros associados à Princesa Carolina e seus familiares, W. HOFMANN-RIEM, “Die Caroline II-Entscheidung des BVerfGE. Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperations-Verhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten”, *NJW*, 2009, pp 20 ss; CH. TEICHMANN, “Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte”, *NJW*, 2007, pp. 1917 ss; A. HELDRICH, “Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *NJW*, 2004, pp. 2634 ss; ENGELS/JÜRGENS, *NJW*, 2007, pp. 2517 ss; J. SOEHRING/ S. SEELMANN, “Die Entwicklung der Press- und Äusserungsrechts in den Jahren 2000 bis 2004”, *NJW*, 2005, pp. 571 ss; S. MUCKEL, “Allgemeines Persönlichkeitsrecht Prominenter und Pressefreiheit”, *JA*, 2009, pp. 156 ss. Sobre as *figuras da história do tempo em sentido relativo*, cf., por todas, a decisão (26.04.2001) do Tribunal Constitucional federal, que versa sobre notícias, acompanhadas de fotografias e relativas a Ernst August von Hannover, na qualidade de acompanhante de Carolina, *NJW*, 2001, pp. 1921 ss; R. STÜRMER, “Anmerkung”, *JZ*, 2004, pp. 1018 ss

Ora, antecipando as conclusões de um exame mais aturado e demorado, a verdade é que nenhum destes objectivos foi alcançado pelo direito penal positivo e vigente na Alemanha<sup>33</sup>.

Devendo outrossim sublinhar-se desde já, numa actualização do sentido comparatístico, que o direito positivo português cumpre integralmente os três desígnios enunciados:

- a) À semelhança do que acontece em direito constitucional (artigo 26º, nº 1 da Constituição da República), também o direito penal português assegura à imagem uma tutela no essencial homóloga e sobreponível à que é dispensada à palavra (artigo 199º do Código Penal).
- b) Por seu turno, a imagem é penalmente tutelada em si e de per si, independentemente do relevo que os registos fotográficos possam assumir do ponto de vista da privacidade.
- c) Por último, o Código Penal português dispõe de uma incriminação de devassa (artigo 192º), directamente votado à tutela da privacidade em sentido material.

## §2. A Imagem como bem jurídico-penal autónomo

§13. Em primeiro lugar, o § 201 a) do StGB não consagra uma incriminação votada à tutela do direito à imagem *qua tale*, isto é, erigida à categoria e ao estatuto de bem jurídico-penal típico e autónomo. Deste ponto de vista a 36. *Lei de Reforma Penal* (2004) deixou as coisas como estavam. Como acontecia antes, também depois dela o código penal alemão continuou a recusar guarida e tutela ao direito à imagem como bem jurídico típico.

A começar, o § 201 a) foi integrado num capítulo (15) relativo à *Violação da área de reserva pessoal e de segredo* (*Verletzung des persönlichen Lebens-und Geheimbereichs*). Acresce que, sob a rubrica *Violação da esfera da vida eminentemente pessoal através da fotografia*, aquele preceito incrimina e pune: “*quem, sem estar autorizado, fizer ou transmitir fotografias de outra pessoa que se encontre na habitação ou num espaço especialmente protegido contra o olhar e, desse modo, (dadurch) lesar a esfera da vida eminentemente pessoal*”.

Mesmo descontado o significado hermenêutico patente e não despreciando do elemento sistemático, o teor literal e normativo do preceito é bastante para impor a evidência de que ele não está preordenado à tutela da imagem, mas de outro e distinto bem jurídico, correspondente à *privacidade/intimidade*. Um bem jurídico que se pode definir, por exemplo, como a “*área da vida eminentemente pessoal*”<sup>34</sup> ou a “*invulnerabilidade da esfera pessoal*” de reserva<sup>35</sup>. Para além disso, o legislador alemão desenhou a infracção como um crime *material de dano*, exigindo a produção de um resultado típico – definido como *lesão da esfera eminentemente pessoal* – a ser produzido e (objectivamente) subsistente para além das condutas típicas (captação, utilização ou transmissão das imagens)<sup>36</sup>.

Numa aproximação analítica, avulta o carácter particularmente fragmentário da tutela, em qualquer caso, aqui reservada à *privacidade/intimidade*, a que o legislador quis adscrever uma área de tutela drasticamente reduzida. Logo porque nem todas as lesões da privacidade/intimidade são tipicamente relevantes, mas só as que atingem uma área precisa, que a lei define como “*esfera da vida eminentemente pessoal*”. Tudo permitindo afirmar que, levando as coisas à topografia da *doutrina das três esferas*, esta área se identifica com a *área nuclear e inviolável da intimidade*<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> No mesmo sentido e precisando que foi a pressão do *lobby* dos *media* que se opôs a uma tutela mais alargada e reforçada do direito à imagem, A. HOYER, “Die Verletzung des höchstpersönlichen Bereichs bei § 201 a) StGB”, *ZfS*, 2006, p. 1.

<sup>34</sup> S/S/LENCKNER, § 201a) Rn 1.

<sup>35</sup> KARGL, *Nomos-Kommentar*, § 201 a), Rn 2.

<sup>36</sup> Sobre a exigência do resultado típico e para a sua melhor caracterização, HOYER, *ZfS*, 2006, p 1; KARGL, *ZStW*, 2005, pp 336 ss; WOLTER, *Schünemann— Symposium*, pp. 228 ss.

<sup>37</sup> Por todos, neste sentido, HOYER, *ZfS*, 2006, p. 3; KARGL, *Nomos-Kommentar*, Rn 12 e *ZStW*, 2005, p. 337; EISELE, *JR* 2005, p. 9; M. BORGMANN, “Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern. Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201 a) StGB”, *NJW*, 2004, p. 2134

Por ser assim, não concretizam o ilícito típico as fotografias que contêm tanto com a esfera *pública* da pessoa como com a esfera *privada stricto sensu*, isto é, contraposta à intimidade. Na formulação de WOLTER, “não realiza o tipo e não será punido aquele que instala uma câmara oculta no quarto de outra pessoa e a filma se e enquanto a pessoa atingida não expuser a sua intimidade. O mesmo valendo para quem, recorrendo a uma tele-objectiva, fotografa uma pessoa que se encontra na sua habitação a jantar, fumar ou a realizar outros actos ‘neutros’”<sup>38</sup>.

Em breve síntese o que o § 201 a) prevê e disciplina é um crime preordenado à tutela (fragmentária) da área nuclear da *intimidade*. Para tanto, foi concebido como um *crime de dano e de resultado*, desenhado segundo o modelo dos crimes de *execução vinculada*: a factualidade típica está limitada às acções (de devassa da *intimidade*) que se concretizam sob a forma de registo fotográfico ou de transmissão da imagem. Para além disso – segunda vinculação e segundo limite – a incriminação só abarca os registos ou transmissões de imagens que decorrem na *habitação ou em lugar resguardado*. Não comete o crime (por falta de registo fotográfico ou de transmissão) nem será punido o agente que, munido de um potente monóculo, devassa a vida íntima de uma pessoa recolhida na sua casa. Pela mesma razão, também não é punido aquele que, às ocultas e elevando-se acima de uma sebe, consegue espiar outra pessoa que se encontra à vontade no seu jardim<sup>39</sup>. Noutra direcção, também não realiza o tipo quem regista (ou transmite) a imagem de outra pessoa que se encontra num lugar fisicamente resguardado, mas acessível ao público em geral<sup>40</sup>.

Em definitivo e porventura contra a sua vocação histórica, o § 201 a) não pune os atentados à imagem, apenas se propondo incriminar e punir o que BOSCH expressivamente designa por “*devassa óptica*” (*optische Lauschgriff*) com recurso à fotografia<sup>41</sup>. Ele só protege a imagem – de resto uma protecção derivada ou reflexa – nas constelações em que, ao registo/utilização/transmissão arbitrárias, acresçam dois outros e insupríveis momentos da factualidade típica: a violação da área nuclear da *intimidade*; e a captação da imagem na *habitação ou em espaço resguardado*.

### §3. Parificação entre tutela penal da imagem e da palavra

14. Em segundo lugar, a entrada em vigor do § 201 a) *não afastou nem sequer atenuou as assimetrias entre a tutela penal da imagem e da palavra*. Pode até dizer-se que as aprofundou e agravou. Posta mesmo entre parênteses a grande assincronia com que a imagem chegou à lei penal codificada (2004), a verdade é que, mesmo depois da entrada em vigor do § 201 a), o *código penal alemão continua a não reconhecer o direito à imagem como um autónomo bem jurídico-penal*. Isto ao contrário do que há muito vinha sucedendo com o direito à palavra, no contexto do § 201 e já anteriormente no § 298. E sem prejuízo de continuarem a fazer o seu curso as controvérsias sobre a identificação do(s) bem(s) jurídico(s) tipicamente protegido(s) pela incriminação, matéria que continua a provocar divisões na doutrina e na jurisprudência.

As controvérsias eram, desde o início, favorecidas tanto pela rubrica do preceito (*Violação da confidencialidade da palavra*) como pela sua inserção sistemática, também ele arrumado naquele capítulo (15) atinente à “*área de reserva pessoal e de segredo*”. Tudo se agravando a partir da 25. *Lei de Reforma Penal* (1990), que veio alargar o espectro das condutas típicas e

<sup>38</sup> Schönemann—Symposium, p. 23s.

<sup>39</sup> BOSCH, JZ, 2005, p. 380. Como o autor observa, do ponto de vista da *privacidade/intimidade*, não se descortina razão para punir quem fotografa arbitrariamente a intimidade de uma pessoa e deixar impune aquele que a observa em “*freche Blick*”. No mesmo sentido, BORGMANN, NJW, 2004, p. 2130.

<sup>40</sup> Como acontecerá, ao menos segundo o entendimento do OLG Koblenz (11.11.2008), com aquele que fotografa outra pessoa a praticar “sauna” num espaço só acessível ao olhar dos que nele se encontram, mas a que pode ter acesso qualquer pessoa disposta a pagar o preço da entrada (NSZ, 2008, pp. 268 s).

<sup>41</sup> BOSCH, JZ, 2005, p. 377. A expressão encontra também guarida em KARGL, ZStW, 2005, p. 324; S/S/LENCKNER, § 201a), Rn. 6; HOYER, ZfS, 2006, p. 1.

acentuar a sua heterogeneidade. Com reflexos óbvios na determinação do(s) bem(s) jurídico(s) tipicamente protegido(s).

Recorda-se que, na sua versão actual, o § 201 pune, a título de “*violação da confidencialidade da palavra*”, quatro modalidades distintas de conduta típica: a) *gravação sem consentimento* das palavras proferidas por outrem; b) *utilização arbitrária* daquelas palavras indevidamente gravadas; c) *audição arbitrária*, por recurso a meios técnicos, mas sem mediação do gravador, da conversa de outros não destinada ao conhecimento do agente; d) *divulgação “no seu teor literal ou no seu conteúdo essencial”* da palavra gravada sem consentimento nos termos da al. a), ou escutada nos termos da alínea b).

À vista da pluralidade e da heterogeneidade das condutas típicas e das pertinentes manifestações de danosidade, não é fácil identificar, com a desejável densidade e consistência materiais e a segurança dogmática exigível, o *bem jurídico* – ou os bens jurídicos – protegido. Logo à partida, os autores e os tribunais começam por se dividir quanto a saber se é possível reportar todas as condutas típicas a um *único e comum* bem jurídico; ou, se pelo contrário, estaremos perante um delito pluri-ofensivo, com diferentes condutas a atingirem diferentes bens jurídicos.

Confrontados com a questão, não têm faltado vozes credenciadas a sustentar a tese de um *único* e mesmo bem jurídico. Deste lado, estão, desde logo, os autores que, prestando homenagem à rubrica da incriminação, erigem a *confidencialidade* da palavra em bem jurídico e, nesta linha, encaram a infracção como um crime de *indiscrição*, acima de tudo apostado em garantir ao autor da palavra o controlo sobre as pessoas a quem ela há-de chegar. Soa contudo claramente maioritário o coro daqueles que, independentemente da compreensão e da extensão que, em definitivo, lhe venham a adscrever, se pronunciam a favor de um *direito autónomo* que não pode confundir-se nem identificar-se com a privacidade. E, na esteira dos primeiros pronunciamentos do Tribunal Constitucional, definem como bem jurídico típico o *direito à palavra falada sem mais (Recht am gesprochenen Wort)*. Que, em geral, é definido como a “*inocência (Unbefangenheit) da palavra*”. Uma dimensão essencial à espontaneidade e autenticidade da comunicação e que todas as condutas típicas atingem de forma mais ou menos directa, mais ou menos comprometedora. Isto porquanto todas elas – e sobretudo o medo de elas poderem ocorrer – obrigam as pessoas a medir e pesar as palavras e a entrincheirar-se no isolamento<sup>42</sup>.

15. Em vez disso, um outra e significativa corrente doutrinária pronuncia-se pela pluralidade e diversidade de bens jurídicos<sup>43</sup>. A esta luz, parece óbvia a continuidade teleológico-axiológica – ou reversamente do teor da danosidade social – que medeia entre as duas primeiras acções típicas: *gravação* e *utilização arbitrária da gravação* da palavra falada. Entre ambas subsiste como momento de comunicabilidade, a “*coisificação*” da palavra – a sua conversão em *Wortkörper*, (GALLAS) – pela via da sua “*conservação*” no gravador. E é nesta perpetuação da palavra (e sua posterior exploração) que reside o essencial do ilícito material. Na clássica clarificação de GALLAS, “aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida converte-se num produto conservado, susceptível de ser utilizado a todo o tempo”<sup>44</sup>. Foi, de resto, em homenagem a esta ideia que o Tribunal Constitucional federal começou por identificar o direito à palavra como o direito que assiste a cada um de decidir se e em que termos a sua palavra pode ser gravada e, depois de gravada, se e como ela pode

<sup>42</sup> Neste sentido, KARGL, *Nomos-Kommentar*, § 201 2; TH. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 2009 § 201, Rn 2; K. LACKNER/K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2007, § 201, Rn. 1; HELLE, *JR* 2000 359.

<sup>43</sup> Por todos, S/S/LENCKNER, § 201, Rn. 2; TH. LENCKNER, “Zur ‘Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes’”, § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderung”, *Baumann—FS*, 1992, p. 135; HOYER, *SK*, § 201, Rn. 3 ss; SCHÜNEMANN, *LK*, § 201, Rn. 2)

<sup>44</sup> W. GALLAS, “Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1961)”, *ZStW*, 1963, p.19.



ser ouvida ou utilizada<sup>45</sup>. E ainda hoje presente como uma dimensão nuclear daquele direito. Deste ponto de vista, há uma clara separação das águas entre estas duas primeiras condutas típicas e as restantes.

De todo o modo e sempre no plano material-teleológico, é ainda possível referenciar significativos momentos de comunicabilidade entre aquelas duas modalidades de conduta típica e a terceira: a *audição arbitrária das palavras de outrem que não lhe eram dirigidas e tornada possível por “aparelhos de audição” à margem do gravador*. Isto é, através de dispositivos técnicos – vg, microfones direccionados, microfones-emissores ocultos, estetoscópios de audição através de paredes, um segundo auscultador ou um sistema de alta-voz aplicados no terminal de um telefone – que prolongam o alcance sonoro das palavras, permitindo que elas sejam ouvidas fora (para além) do contexto, do ambiente e dos “outros significantes” previstos e queridos pelo seu autor. Na expressão de SCHILLING<sup>46</sup>, “um prolongamento técnico do alcance sonoro (*Klangbereich*)” da palavra.

O alargamento das pessoas a ouvirem a palavra não passa aqui pela mediação do gravador nem tem lugar a perpetuação da palavra: mas persiste o *alargamento arbitrário do universo de pessoas a quem é propiciada a audição da palavra falada*. Num caso e noutro figura, como comum objecto da acção, a própria *palavra falada*.

16. O que abre a porta a uma (nova) conceptualização do direito à palavra. Que permita abarcar, a igual título, todas estas três modalidades de conduta, assegurando a todas elas relevância típica no contexto duma incriminação votada à tutela do direito à *palavra falada*.

É o que, de forma sustentada, o Tribunal Constitucional federal vem ensaiando. Que hoje<sup>47</sup> define o *direito à palavra* como um direito fundamental que “assegura à pessoa a *auto-determinação sobre a sua própria representação na comunicação com os outros*”<sup>48</sup>. E, nesta linha, um direito que integra a “competência para ser ela própria a determinar se o conteúdo da sua comunicação deve chegar apenas ao seu interlocutor, a um círculo determinado de pessoas ou ao público em geral”. Precisando que a autodeterminação sobre a palavra se manifesta “no direito de escolher as pessoas (e as circunstâncias) que podem escutar as palavras”. Em nome do direito à palavra, cada um tem o direito de *decidir os destinatários* a quem a palavra pode chegar (só o seu interlocutor, um número determinado de pessoas ou o público em geral) bem como o *contexto* (lugar, tempo, ambiente, gestos e mímica que a acompanham, etc) em que ela deve ser ouvida.

Reconduzida assim à ideia de “poder soberano de domínio acústico sobre a própria palavra falada” (SCHMIDHÄUSER), o direito à palavra tem uma densidade axiológica que pode desdobrar-se em várias dimensões. Como pode, por isso, oferecer várias “superfícies expostas às intempéries”.

O direito à palavra integra, desde logo, a competência que assiste a cada um de ser “ele próprio e em exclusivo a decidir se a sua palavra pode ser registada num gravador, dessa forma se abrindo a porta à possível audição de terceiros, em que a voz e a palavra se separam do participante na comunicação e se autonomizam numa realidade (*Gestalt*) disponível para terceiros”<sup>49</sup>. A “coisificação” da palavra bem como a manipulação da palavra coisificada (respectivamente, a gravação e a audição arbitrárias) configuram seguramente uma primeira e paradigmática violação do direito à palavra. O que se protege deste lado é, assim, “a *confiança na volatilidade* da palavra bem como, na conexão das palavras entre si e com a respectiva atmosfera (lugar, tempo e demais circunstâncias da expressão)”. Nesta perspectiva pode representar-se o direito à palavra como o *direito à transitoriedade da palavra*: a pretensão e

<sup>45</sup> JZ, 1973, p 505.

<sup>46</sup> SCHILLING, “Verschärfter Strafschutz gegen Abhör- und Aufnahmegeräte”, JZ 1980 10

<sup>47</sup> Cf. sobretudoo BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, pp. 3619 ss.

<sup>48</sup> NJW 2002, pp. 3621

<sup>49</sup> *Ibid.*

a convicção de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida.

A par dela, prossegue o Tribunal Constitucional, é possível referenciar uma outra, igualmente danosa, modalidade de atentado arbitrário àquele direito. Que se concretiza quando, “sem conhecimento do autor, um seu interlocutor numa conversação permite que, por meios técnicos, um terceiro se intrometa como ouvinte na conversa”. E também por essa via a palavra seja ouvida para além do contexto a que o seu autor queria circunscrevê-la e vinculá-la. Acção que, no essencial, corresponde à terceira modalidade de conduta típica incriminada pelo § 201. E que, apesar das diferenças irrecusáveis, mantém decisivos momentos de comunicabilidade com as duas condutas anteriores, a justificar a sua categorização comum como atentados ao mesmo direito à *palavra falada*.

Todas têm como objecto a *palavra falada*, isto é, a palavra soprada pela própria voz do seu autor: todas redundando no recurso a expedientes técnicos para alargar sem consentimento o universo de pessoas a escutar aquelas palavras ditas por aquela voz. Se as duas primeiras (conservação e utilização da palavra conservada) incidem sobre o *tempo* da palavra, alargando-o e prolongando-o para além das expectativas (e da vontade) legítimas de *transitoriedade*; a terceira actua sobre a sua dimensão *espacial* ou, talvez mais precisamente, sobre a sua dimensão relacional, multiplicando os ouvidos a que a palavra acaba por chegar (agora em “tempo real”).

O quadro é já qualitativamente outro do lado da última conduta típica, que introduz uma cisão e uma descontinuidade na área de tutela da incriminação, em que configura um “corpo estranho”<sup>50</sup>. Esta conduta típica introduz uma “outra área de tutela”, a área de tutela específica dos “delitos de indiscrição”<sup>51</sup>, configurando, como tal um atentado não ao direito à palavra (mesmo na mais densificada e alargada compreensão hoje sustentada pelo Tribunal de Constitucional), mas a um bem jurídico distinto, a *privacidade* em sentido material. A conduta do agente não recai aqui sobre a *palavra falada*, mas sobre o seu *conteúdo*, reconduzindo-se ao alargamento do universo de pessoas que tomam conhecimento daquele conteúdo. Aqui não é a palavra que chega arbitrariamente a terceiros; é o seu *conteúdo* que é arbitrariamente divulgado a terceiros. Seja por via escrita, seja através da voz e da palavra do próprio agente. E seja sob a forma de reprodução integral, seja sob a forma de uma síntese elaborada pelo mesmo agente. Na expressão de HOYER, as três primeiras condutas visam “blindar o próprio processo de fala face a terceiros; a quarta visa apenas fazê-lo em relação ao respectivo conteúdo”<sup>52</sup>.

17. O olhar lançado sobre a tutela penal da palavra no direito penal alemão deixa claro: pelo menos na direcção das três primeiras condutas tipicamente incriminadas<sup>53</sup>, a palavra é protegida como um *bem jurídico autónomo*. Isto é, independentemente “do seu conteúdo, não interessando se configura ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou alheia” (GALLAS). Sendo igualmente irrelevante que de “expressões perfeitamente banais se trate” (LENCKNER). Na clarificadora síntese de GALLAS, o que a incriminação das gravações ilícitas protege “não é o conteúdo da área da personalidade nem a necessidade de preservar algo como segredo, mas apenas a *inocência* da palavra e o direito à sua própria palavra como uma expressão da vida, por natureza, pertencente ao passado”.

Conclusão que leva consigo a confirmação do enunciado antecipado sobre o *contraste e a assimetria com o tratamento reservado à imagem*. Logo porquanto e ao contrário do que

<sup>50</sup> S/S/LENCKNER, § 201, Rn. 2; HOYER, SK, § 201, Rn. 5.

<sup>51</sup> S/S/LENCKNER, *ibid*; ROGALL, “Beleidigung und Indiskretion”, *Hirsch—FS*, 1999, pp. 677 s

<sup>52</sup> HOYER, SK, §201, Rn. 3

<sup>53</sup> Mesmo em relação à quarta modalidade típica as coisas estão longe de ser lineares. É certo que já não é a *palavra falada* que chega indevidamente a destinatários não queridos. Mas também é certo que a divulgação do conteúdo pode não abranger coisas realmente *privadas*, isto é, pode não atingir a *privacidade em sentido material* ou *temático*.

se passa com a palavra, o registo e a utilização arbitrárias da imagem não são em si e de per si, incriminadas nem punidas pelo § 201a) do StGB. Tal só se dá em função do respectivo *conteúdo* e, mais precisamente, da sua pertinência à área nuclear da *intimidade*<sup>54</sup>. E mesmo assim, outro e decisivo factor de fragmentaridade da tutela, só se as imagens forem captadas na *habitação ou num espaço resguardado*. E é assim porquanto e em definitivo, a imagem não foi erigida à constelação dos bens jurídicos do StGB<sup>55</sup>.

#### §4. Tutela penal da privacidade/intimidade em sentido material

18. Em terceiro lugar, o direito penal alemão continua a não dispor de um delito geral de indiscrição, directamente votado à tutela da *privacidade/intimidade em sentido material*. Ou, na formulação do Tribunal Constitucional federal, da *privacidade temática*. Ou seja, duma incriminação preordenada à proibição e punição da devassa da área de reserva pessoal: já sob a forma de *intromissão* indevida ou arbitrária; já sob a forma de *divulgação* arbitrária, alargando o universo das pessoas que (inevitavelmente) tomam conhecimento das coisas da vida privada de outrem. E, nesta última modalidade, mesmo em relação a coisas ou eventos a que tenha tido legitimamente acesso porque lhe foram confidenciados ou porque neles participou.

Numa incriminação assim compreendida, o ilícito material radica na natureza privada das “coisas” objecto da devassa: vivências, eventos, sentimentos, emoções, convicções, espaços, doenças, preferências sexuais, nudez, negócios, etc. Coisas privadas que merecerão estatutos e regimes jurídico-penais diferenciados, mais ou menos consistentes e drásticos consoante a sua topografia segundo a doutrina das *três esferas*. E, mais precisamente, consoante elas pertençam à área nuclear e inviolável da intimidade ou, inversamente, à área da privacidade *stricto sensu*<sup>56</sup>.

Cabendo precisar que a *privacidade em sentido material* é determinada pela *natureza ou conteúdo* dos eventos, vivências ou emoções. Terão, noutros termos, de estar em causa coisas que pela especificidade e intensidade do comprometimento pessoal de que estão carregadas, o indivíduo queira legitimamente reservar para si ou para um universo circunscrito de pessoas por si próprio determinadas. Ao que se contrapõe a *privacidade em sentido formal*, também designada, com maior ou menor propriedade, como privacidade *espacial*<sup>57</sup>. Em que o ilícito radica na ultrapassagem arbitrária de um “tabu formal” (GALLAS), isto é, de uma barreira física (domicílio, correspondência) ou simbólica (sigilo profissional), independentemente da natureza ou conteúdo das coisas devassadas.

Mesmo numa caracterização sumária, sobra espaço para sublinhar dois aspectos, correspondentes a duas representações hoje consensuais e consolidadas na consciência jurídica. Pretendemos, em primeiro lugar, precisar que a violação da privacidade é independente do *carácter honroso ou desonroso* das coisas objecto de devassa, vg. de divulgação<sup>58</sup>. Em

<sup>54</sup> Sobre o confronto entre o regime jurídico-penal dos atentados à palavra e à imagem e, concretamente, sobre o relevo do *conteúdo* na tutela da imagem e a sua irrelevância na da palavra, por todos, KARGL, *ZStW*, 2005, pp. 337 ss.

<sup>55</sup> Em sentido mais desenvolvido, pondo em evidência e criticando a desigualdade injustificada da tutela, KARGL, *ibidem*, 337 ss; ERNST, “Gleichklang des Persönlichkeitsschutzes im Bild- und Tonbereich?”, *NJW*, 2004, pp. 1277 ss; HOYER, *ZiS*, 2006, p. 6.

<sup>56</sup> Sobre a doutrina da *privacidade/intimidade* aqui pressuposta e, particularmente, sobre a *doutrina das três esferas*, C. ANDRADE, *Liberdade de Imprensa*, pp. 90 ss; *Sobre a Valoração Como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações Produzidas por Particulares*, 1982, pp. 46 ss; *Comentário Conimbricense*, T. I, 2ª ed. anotação ao artigo 192º.

<sup>57</sup> Sobre a questão C. ANDRADE, *id. ibidem*.

<sup>58</sup> A separação entre *privacidade* e *honra* foi logo no princípio do século XX certa e pertinentemente defendida por BELING. Mas demorou a impor-se. No Projecto Governamental de 1962 ainda se exigia (§ 182) o carácter desonroso dos factos devassados como condição de punição por violação da privacidade. Só no PA apareceria uma incriminação expressamente votada à tutela da privacidade, pela primeira vez erigida à categoria de bem jurídico-penal, autónomo nomeadamente face à honra (§ 145), sob a rubrica “exposição pública” (*öffentliche Blossstellung*). Como pode ler-se na fundamentação, um dispositivo que “corta o vínculo entre a indiscrição e o atentado à honra (...) claro que se trata aqui de um bem jurídico autónomo”. *Alternativ-Entwurf*, p. 29.

segundo lugar, hoje soa outrossim pacífico o dogma de que a *verdade* das coisas ou factos em nada contende (não o afasta nem justifica) com o ilícito da devassa. Pelo contrário, só as afirmações verdadeiras atingem de forma típica a esfera da privacidade/intimidade<sup>59</sup>.

19. Apesar de todos os esforços nesse sentido e de a proposta de consagração de um delito geral de indiscrição ser recorrente em sucessivos Projectos de Reforma penal, a verdade é que o direito positivo alemão não logrou ainda assegurar guarida positivada a uma incriminação com este sentido e alcance. Talvez possa mesmo afirmar-se que “a discussão em torno da criação de um delito geral de indiscrição se encontra hoje adormecida”<sup>60</sup>. Em vez disso, a partir de 1974, o legislador alemão apostou no alargamento progressivo do número de incriminações desenhadas para a tutela da privacidade em sentido formal e inscritas no Capítulo 15, relativo à *violação da área de reserva pessoal e de segredo*. Que integra, a par das clássicas *violação de segredo* (§ 203) ou da *correspondência* (§ 202), as *gravações* (§201) e as *fotografias* (§201 a)) *ilícitas*, a *intromissão nas telecomunicações* (§ 206), o *acesso ilegítimo a dados* (§ 202 a)), etc. *Primo conspectu*, um universo de infracções de estrutura e sentido político-criminal heterogéneos, mas que, em geral, é possível qualificar como incriminações de protecção da privacidade em sentido *formal*. Sem prejuízo de, aqui e ali, algumas destas incriminações abrirem a porta a soluções esparsas e fragmentárias de tutela da privacidade em sentido material.

Como o faz, nos termos que procurámos explicitar, precisamente o § 201 a) que, embora perspectivado como punição das fotografias ilícitas e tutela da imagem, acaba por emergir como uma incriminação da indiscrição. Mais concretamente, numa “devassa óptica” da *intimidade*, sob a forma de registo, utilização e transmissão arbitrarias da imagem. Pelas razões também já sinalizadas, este é, em qualquer caso, uma protecção extremamente fragmentária e descontinua. Tanto por força de exigências típicas atinentes ao *objecto da acção* – só relevam as imagens recolhidas na habitação ou noutros espaços resguardados – como à própria acção e ao processo típico da sua realização – exigência da mediação da máquina de registo ou de transmissão à distância da imagem. Fora da área de tutela típica ficam agressões particularmente significativas e drásticas à *privacy*. Como as fotografias que resultam em devassa da vida privada *stricto sensu*, isto é, que não contendem com a área nuclear da intimidade. Também são atípicas e criminalmente irrelevantes as fotografias arbitrarias de uma mulher que pratica nudismo numa praia. E isto não entrando já em linha de conta com as acções de devassa sem recurso a máquina de registo ou transmissão da imagem: como observar às ocultas a privacidade/intimidade de uma pessoa, fazendo-o à vista desarmada ou com recurso a meios de visão nocturna ou de ver ao longe<sup>61</sup>.

Sobram assim patentes as limitações e insuficiências, e mesmo as incongruências, de uma incriminação como a do § 201 a) do StGB. Que só protege a *imagem* se houver violação da *intimidade* e pressuposto, para além disso, que tal suceda no *Lebensraum* da habitação ou noutro espaço resguardado. E que, inversamente, não protege a *intimidade* para além dos atentados feitos sob a forma de fotografia ou de transmissão arbitrarias da imagem. Tudo se passando como se a incriminação condenasse a intimidade e a imagem ao destino de gémeos siameses que reciprocamente se limitam e se frustram. Uma aporia que só poderia ultrapassar-se com a adopção de duas incriminações autónomas e distintas. Uma votada à tutela da *imagem*, outra da *privacy*. Cada uma delas assegurando ao pertinente bem jurídico a área de tutela considerada, numa compreensão auto-referente, teleológica e político-criminalmente

<sup>59</sup> Neste sentido e de forma clarificadora, a obra clássica de ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, 1970, pp. 156 ss. Sobre o tema cf., também COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa*, pp. 110 ss.

<sup>60</sup> KARGL, *ZStW*, 2005, p. 328.

<sup>61</sup> Para uma referência crítica mais desenvolvida no sentido que fica sinalizado, M. BORGMANN, *NJW*, 2004, p. 2133; BOSCH, *JZ*, p. 380; M. RAHMLow, “Einzelne Probleme des Straftatbestands der ‘Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen’ (§ 201 a) StGB)”, *HRRS*, 2005, p. 88.

ajustada. A benefício de ilustração: a incriminação das fotografais ilícitas deve depender apenas da dignidade penal e da carência de tutela penal dos atentados à imagem, posta entre parênteses a relevância dos factos do ponto de vista da *privacidade/intimidade*.

## V. O Direito Penal Português e o Referente Germânico. Uma História com Futuro

### §1. O direito português face ao direito alemão. Identidade e diferença

20. Convocados os *topoi* centrais do estatuto e do regime jurídico-penal do direito à imagem na experiência alemã – e tanto do lado das soluções positivamente firmadas como do lado das ausências ou lacunas – sobra fácil o contraste com os lugares homólogos do direito penal português. Para, numa mais explícita aproximação comparatística, referenciar os momentos de comunicabilidade/mesmidade e, reversamente, os de afastamento/diferença. Ou, talvez com mais propriedade, de mesmidade na diferença.

Este é, na verdade, o primeiro dado e, como tal, o ponto de partida obrigatório do discurso comparatístico: o direito penal português da imagem dá expressão positivada a um paradigma categorial e normativo de étimo germânico. Mais precisamente, um paradigma criado e projectado pelos autores e pelos tribunais alemães, mas que não foi (ainda) definitiva e integralmente adoptado pelo legislador germânico. Temos concretamente em vista aquele paradigma que, numa perspectiva analítica, se desdobra nos três postulados basilares que já tivemos oportunidade de pôr em evidência. A saber: *reconhecimento do direito à imagem como bem jurídico-penal autónomo; parificação da tutela penal da imagem e da palavra; incriminação directa da violação da privacidade/intimidade em sentido material*. Exigências que o direito positivo alemão está longe de satisfazer mas que encontram consagração expressa no Código Penal português. É o que no estádio actual da experiência jurídica pátria – legislativa, doutrinal e jurisprudencial – se pode considerar pacífico e adquirido.

A dispensar, por isso, esforços particularmente desenvolvidos de explicitação e demonstração.

21. a) A começar e à vista do disposto no nº 2 do artigo 199º do Código Penal, sobra evidente o reconhecimento (e o tratamento) do *direito à imagem como um autónomo bem jurídico-penal*.

Se dúvidas fossem, num primeiro momento, admissíveis, elas dissipar-se-iam a partir da reforma de 1995. Que, por um lado, retirou a incriminação das fotografias ilícitas do capítulo relativo aos *Crimes sobre a reserva da vida privada* em que o legislador de 1982 a acantonara. E, por outro lado e sobretudo, operou uma alteração significativa no desenho da factualidade típica, substituindo a formulação original (1982) “*fotografar, filmar ou registar aspectos da vida particular de outrem*” pela expressão “*fotografar ou filmar outra pessoa*”. Um gesto do legislador a significar o fim duma primeira e decisiva fase do processo de decantação e afirmação do direito à imagem. E, nessa medida, a superação e ultrapassagem definitivas do estádio de compromisso entre a imagem e a matricial privacidade/intimidade. À semelhança do que já em 1989 proclamava o tribunal da Relação de Lisboa, hoje soa unívoca a afirmação de que o “*direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar são direitos distintos*”<sup>62</sup>.

b) No direito positivo português vigente sobra outrossim irrecusável a *parificação da tutela penal da imagem à da palavra*, dois bens jurídicos a que o Código Penal Português concede uma protecção penal no essencial sobreponível. Tanto ao nível das condutas típicas – num caso e noutro com a mediação necessária da máquina de registo fonográfico ou fotográfico – como das modalidades de danosidade social tipicamente relevantes.

<sup>62</sup> CJ, 1989-1, p. 154. Isto sem prejuízo das hesitações frequentemente reveladas pelos nossos tribunais superiores, a fazerem depender a tutela penal e processual-penal da imagem da sua concreta relevância do ponto de vista da *privacy*. Citamos, a título de exemplo, os acórdãos da Relação de Guimarães (21.09.09) e da Relação do Porto (28.01.09).

Isto atendo-nos intencionalmente ao nível dos grandes enunciados normativos e pondo entre parênteses as diferenças de pormenor que, apesar de tudo, é possível referenciar. E que estão longe de ser pura e simplesmente anódinas ou irrelevantes no plano prático-jurídico. Recordamos, por mais exposta, a diferença de formulação privilegiada pelo legislador para significar o carácter arbitrário das agressões: do lado da imagem, a tipicidade exige que o facto seja praticado “*contra a vontade*”; do lado da palavra basta que o agente actue “*sem consentimento*”. Uma diferença de formulação com reflexos óbvios em sede de *área de tutela típica*.

c) Por último, com o artigo 192º (*Devassa da vida privada*) o legislador português deu expressão positivada a *uma incriminação votada à tutela da privacidade/intimidade em sentido material*. Isto é, uma incriminação cujo ilícito material é determinado pelo *conteúdo*, *sc.*, pelo carácter privado das “coisas”, espaços, eventos ou comunicações objecto da devassa.

E que, por vias disso, se distingue e contrapõe às demais incriminações que integram o mesmo capítulo e preordenadas à tutela da *privacidade em sentido formal*. Em que o ilícito material é determinado pela *ultrapassagem arbitrária de uma barreira física ou simbólica*. Sendo para o efeito irrelevante o *carácter privado* ou não das coisas ou comunicações concretamente atingidas. Não estando o preenchimento da factualidade típica dependente de atentado contra a *privacidade/intimidade em sentido material*.

Como resultará claro das considerações que vimos expendendo, uma solução que abre a porta à consagração de uma incriminação exclusivamente votada à tutela da imagem, desonerada e desvinculada da tutela da *privacy*.

22. O confronto estabelecido permite-nos regressar, agora com pertinência e plausibilidade acrescidas, à conclusão antecipada. E segundo a qual, à semelhança do que vimos acontecer noutros domínios do sistema penal, também em matéria de tutela do direito à imagem o legislador português não se limitou a responder aos impulsos provenientes da legislação alemã. Nem a acolher passivamente o legado da sua lição. Para além de se mover segundo um ritmo próprio, o legislador português acabou por levar as coisas significativamente mais longe e segundo azimutes diferentes dos que vêm sendo seguidos pelo seu homólogo germânico. Concretamente, o legislador português sancionou positivamente as implicações normativas que se deixavam adivinhar no paradigma de fundo esboçado pelos autores e tribunais alemães. Fechando deste modo a abóbada de um arquitectónico projecto legislativo, que na pátria de origem persiste ainda num estádio de “capela imperfeita”.

O quadro repete-se do lado da substância das coisas, isto, é do lado do sentido e do conteúdo das soluções normativas em que o legislador penal português verteu a lição que recebeu do direito alemão. Também aqui teve lugar um processo de interiorização da complexidade-ambiente por parte de um sistema jurídico dotado de identidade e de resistências bastantes para reinterpretar e reelaborar segundo os seus próprios códigos, as influências recebidas. É o que bem espelha o quadro de soluções normativas vigentes nos dois países e atinentes aos três bens jurídicos implicados na relação triádica: *privacidade/intimidade, palavra e imagem*. E tanto no que toca ao tratamento de cada um deles, como no que respeita às relações que os dois legisladores quiseram que mediassem entre eles e as pertinentes áreas de tutela típica. Em definitivo, dois sistemas de soluções legais que, sem prejuízo da convergência de fundo e da comunicabilidade ao nível dos princípios, dos valores e das categorias fundamentais, em muitos tópicos se afastam entre si. Não raro de forma pronunciada.

## **§2. “De jure dato” e “de jure dando”. O direito alemão, lugar obrigatório de passagem**

23. Este ponto de chegada é apenas isso. Uma etapa numa marcha histórica – a marcha das relações entre o direito penal português e alemão – que continuará seguramente a desdobrar-se aos olhos dos comparatistas. Nada, com efeito, mais apressado do que apostar na cristalização do estado de coisas até aqui alcançado. Como se, tendo logrado dar expressão positivada a um paradigma normativo em boa medida influenciado pela experiência alemã,

o direito penal português e os seus cultores pudessem cortar definitivamente os laços com o matricial direito alemão. Para que sobraria apenas espaço nos arcanos da memória, a ser convocada na hora de se ensaiar um exercício de arqueologia das soluções da lei portuguesa. Ou, quando muito, o significado de um lugar a ser visitado pelo intérprete apostado em referenciar as indicações hermenêuticas do *elemento histórico*. Sendo as coisas como são, sendo certo que o direito penal português da imagem leva nos cromossomas a marca da herança germânica, tudo permite antecipar que aquela experiência – legislativa, doutrinal e jurisprudencial – persistirá como referente necessário do direito português. E tanto ao nível da interpretação e aplicação do direito dado, como dos passos a projectar em sede *de jure dando*.

É conhecida a porosidade e plasticidade da lei, mesmo da lei penal tão comprometida com a certeza e a segurança. A lei só adquire o rosto definitivo às mãos do intérprete e aplicador aos casos concretos. E no termo de um processo em que se cruza uma plethora de tópicos hermenêuticos e em que intervêm silenciosos mas activos *second codes*. Nada, por isso, mais contra-indicado do que a pretensão de ler e dizer a lei numa postura de autarcia isolacionista, jogando tudo nas palavras do texto positivado. Interpretar e aplicar leis penais é um processo co-criador de direito, necessariamente aberto a um “círculo hermenêutico” densificado de lugares de passagem, como os oferecidos pela lição do direito comparado.

Se é assim, em geral, por ostensiva maioria de razão terá de sê-lo em domínios como o *direito à palavra* ou o *direito à imagem*.

Mesmo na circunscrita – e a nosso ver insuficiente – medida em que protege a imagem, o direito alemão continua a ser um fecundo referente hermenêutico para o intérprete e aplicador da lei portuguesa. Mesmo no contexto de uma área de tutela ostensivamente fragmentária e lacunosa, a verdade é que a *imagem* figura como momento nuclear da factualidade típica numa incriminação como a do § 201 a) do StGB. Se não como bem jurídico típico, estatuto que o legislador alemão quis reservar para a área nuclear da intimidade, a imagem figura como incontornável objecto da acção. Um momento da factualidade típica cujas compreensão e extensão só é possível determinar no contexto do próprio tipo. Isto na linha daquela orientação metodológica e hermenêutica segundo a qual há uma relação de co-determinação dialéctica entre o tipo e os elementos que o integram<sup>63</sup>. No sentido de que “só em função do tipo” os singulares momentos da factualidade típica ganham o seu significado normativo. Como HASSEMER sublinha, não são só os elementos que constroem o tipo. “Também o tipo constrói os elementos. É ele que os converte em algo, que os conforma, e isto no verdadeiro sentido da palavra”. O que vale naturalmente para a *imagem* que, como momento da factualidade típica, está associada a um conjunto de problemas de irrecusável valência prático-jurídica.

Temos em vista problemas como: para ser tipicamente relevante o registo fotográfico deve ser *reconhecível*, permitindo identificar a pessoa concretamente atingida? Exige-se a fotografia do *rosto* como máscara (*persona*) atrás da qual se oculta a pessoa? São tipicamente relevantes as fotografias do *cadáver*? Só releva tipicamente a fotografia da pessoa ou também a dos seus *espaços* ou *coisas*? A tutela penal da imagem estende-se também à violação dos direitos de *exclusivo* negociados com uma publicação? O que significa *utilizar* uma fotografia? Até onde deve ir a tutela penal das *pessoas da história do tempo* ou, se se preferir, das *figuras públicas*?

A lista de interrogações poderia continuar a alongar-se. As que ficam são bastantes para deixar transparecer a fecundidade heurística da lição oferecida pela doutrina e pela jurisprudência alemãs. Por se tratar de questões com uma presença recorrente no trabalho dos autores, particularmente dos grandes comentários do StGB, e na *praxis* dos tribunais<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Sobre a compreensão metodológica e hermenêutica aqui referenciada e subscrita, por todos, HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 10 ss e CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio de Legalidade em Direito Penal*, 1988, pp. 115 ss.

<sup>64</sup> Para um primeiro tratamento das questões no contexto do direito penal português, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense*, T. I, anotação ao artigo 199º.

24. As coisas são ainda mais óbvias do lado do direito a constituir, em que a continuidade do diálogo com a experiência alemã se revela particularmente instante para o direito penal português da imagem.

Um dado à partida: como deixámos sinalizado, o processo de decantação e conformação do direito à imagem como autónomo bem jurídico-penal está longe de se poder considerar encerrado. Mesmo tendo presentes todos os avanços, a verdade é que estamos longe de poder contar com uma conceptualização ou definição – no sentido etimológico do termo: determinação dos limites ou dos confins, tanto na direcção da compreensão como da extensão – acabada do direito à imagem. Quer como direito fundamental, quer, reflexamente, como bem jurídico-penal.

À semelhança do que se verificou com a palavra e outros direitos fundamentais, a emergência do direito à imagem é a resposta da consciência jurídica ao espanto e à angústia provocadas pelas aceleradas e constantes realizações do progresso técnico-científico<sup>65</sup>. Que, se com um rosto melhoram as condições de vida do Homem sobre a terra e “fazem recuar a fronteira horízontica do sonho, com o outro fazem emergir novas e insuspeitadas ameaças e riscos”<sup>66</sup> para a pessoa. Um desafio a que se tem respondido com a emergência de novos direitos fundamentais ou de novas dimensões de direitos preexistentes<sup>67</sup>. Não admira, por isso, que, não raro, os bens jurídicos comecem por emergir com um conteúdo determinado pelo teor da ameaça mais sensível ao tempo da sua “descoberta”. E comecem a fazer caminho com uma compreensão e uma extensão que, no essencial, configuram o contraponto da ameaça ou risco que precipitou a sua revelação.

É o que bem ilustra a trajectória, já sumariamente recenseada, do *direito à palavra*. Que emergiu nos anos sessenta/setenta do século passado, como resposta (defensiva) face aos perigos que a generalização do uso dos *gravadores* trouxe consigo: conservação, perpetuação e manipulação arbitrárias da palavra gravada. Por vias disso, o direito à palavra começou por se projectar como o direito que assiste à pessoa de ser ela própria a decidir “*quem pode gravar a palavra falada e, depois de gravada, se e perante quem ela pode ser ouvida*”<sup>68</sup>. E o quadro repetiu-se do lado do *direito à imagem*. Também ele começando 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.

Como podia ler-se na fundamentação do § 146 do AE, a urgência da incriminação das gravações arbitrárias ficou a dever-se ao “desenvolvimento técnico no domínio dos aparelhos de gravação, especialmente a produção de microfones e de transmissores de tamanho reduzido, que podem ser instalados às ocultas nos espaços alheios sem que (o atingido) se aperceba”<sup>69</sup>. Uma argumentação no essencial repetida a propósito da punição das fotografias arbitrárias, também prevista naquele mesmo § 146, nº 2<sup>70</sup>.

25. Mas as coisas alteraram-se entretanto com o aparecimento e a massificação de meios técnicos de manipulação arbitrária da palavra e da imagem, que *não passam necessariamente pela gravação ou registo*. Isto é, meios de intromissão abusiva que, sem terem necessariamente de recorrer à gravação ou perpetuação, permitem colocar a palavra e a imagem em contextos e perante “outros significantes” que foram arbitrariamente impostos à pessoa. Fazendo, por

<sup>65</sup> Para uma síntese sobre as relações entre o progresso técnico-científico e a revelação ou desvelamento de novos direitos fundamentais ou novas dimensões dos direitos fundamentais preexistentes, COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”. *A Reforma do Código de Processo Penal*, 2009, pp. 145 ss. E, mais precisamente sobre o direito à imagem, HELLE, *JZ*, 2004, pp. 340 ss.

<sup>66</sup> COSTA ANDRADE, *ibidem*, p. 149.

<sup>67</sup> *Id. ibidem*, p. 148.

<sup>68</sup> *BVerfGE* 34, 238 = *JZ*, 1973, p. 505.

<sup>69</sup> *Alternativ-Entwurf*, p. 33.

<sup>70</sup> *Id. ibidem*.



exemplo, ouvir a palavra falada por pessoas a quem ela não era dirigida, actualizando aquele “prolongamento técnico do alcance sonoro” de que expressivamente fala SCHILLING. E, por vias disso, frustrando o direito que assiste a cada um de escolher os destinatários da sua *palavra falada*, que, em última instância – embora nem sempre de consciência actualizada –, sempre se quis reconhecer e proteger.

O mesmo valendo para a imagem que, sem passar pela gravação ou registo, pode ser arbitrariamente oferecida em tempo real, sem limites de distância nem do universo das pessoas que a podem utilizar. Pense-se nas possibilidades trazidas pelas *WebCams* ou *Spy-Cams*, facilmente acessíveis a qualquer pessoa e que, sem conservação ou armazenamento da imagem, a colocam em tempo real (via *internet*) ao alcance de qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo<sup>71</sup>.

As novas realizações técnico-científicas abriram, assim, a porta a uma nova fenomenologia de atentados à autodeterminação da pessoa sobre a (palavra ou) imagem. Permitiram, na verdade, pôr a descoberto a danosidade social da ultrapassagem arbitrária do *espaço* – aqui tomado no sentido mais compreensivo do termo, a significar “contexto” ou “ambiente” a que a pessoa quis legitimamente circunscrever a “passagem” da sua imagem. Uma dimensão que numa primeira fase não se revestia de relevo directo e autónomo, sendo consumida pela danosidade da ultrapassagem da fronteira do tempo, concretizada no registo fotográfico arbitrário, por onde passava necessariamente o ilícito. Se não seria rigoroso afirmar que a violação dos limites do espaço era então irrelevante ou indiferente, a verdade é que ela só relevava associada à ultrapassagem do tempo e dela dependente. Pela razão simples mas incontornável de só haver ilícito a partir da registo fotográfico. E da consequente violação da *volatilidade* da palavra ou da imagem, que se quis oferecer a um concreto contexto ou ambiente

O que aponta para novos conceitos de *direito à palavra* e *à imagem*, cujas compreensão e extensão não são determinadas exclusivamente por contraposição ao gravador. A partir de então, o registo fotográfico ou fonográfico passam a sinalizar apenas uma, entre outras possíveis, “superfícies expostas às intempéries”. Em conformidade, a palavra e a imagem passam a ser definidas a um nível mais elevado de abstracção e a ser também protegidas contra outras e novas formas de atentado.

Um passo neste sentido foi já claramente dado na Alemanha. Tanto em sede constitucional como no direito ordinário, o direito penal incluído. No plano constitucional sobrepõem os desenvolvimentos recentemente protagonizados pelo Tribunal Constitucional a propósito do direito à palavra, mas que valem nos mesmos e exactos termos para o direito à imagem. Foi o que já tivemos oportunidade de assinalar. Recordar-se apenas que o direito à palavra é agora definido como “o direito de escolher as pessoas (e as circunstâncias) que podem escutar as suas palavras”. Um direito de autodeterminação que tanto pode ser frustrado pelo recurso à gravação arbitrária como pelos procedimentos que, sem mediação do gravador, colocam arbitrariamente a palavra falada ao alcance de pessoas (e num contexto) a quem não estava destinada. Nos casos extremados, a que de todo o modo não queria que chegassem.

Este movimento vem tendo réplica do lado do direito penal positivo. Que tem respondido com o alargamento do espectro de condutas tipicamente incriminadas e punidas como atentados ao *direito à palavra* ou *à imagem*. Nesta linha, o § 201 a), 1 do StGB incrimina directamente a *transmissão* arbitrária da imagem em tempo real, sem a mediação de uma gravação, registo ou armazenamento, mais ou menos prolongado, dos registos fonográficos ou fotográficos<sup>72</sup>. Fá-lo naturalmente nos limites e no contexto da área de tutela de uma incriminação votada à protecção da área nuclear da intimidade. Mas não deixa de ser manifesto que erige a ultrapassagem arbitrária do *espaço* à categoria de *ilícito penal autónomo*. Agora no sentido de independente da *gravação* arbitrária e da perpetuação *temporal*.

<sup>71</sup> Sobre o tema, KARGL, *ZStW*, 2005, p. 332; RAHMLow, *HRRS*, 2005, p. 89; BOSCH, *JZ*, 2005, pp. 377 ss; BORGMANN, *NJW*, 2004, pp. 2133.

<sup>72</sup> Sobre o significado desta modalidade de conduta típica, por todos, S/S/LENCKNER, § 201 a), Rn. 7; FISCHER, 201a), Rn.13.

Tudo parecendo sugerir que, por maioria de razão, deveria ser assim num ordenamento jurídico, como o português, que dispõe de uma incriminação que tem a imagem como bem jurídico típico. Este passo, que por ostensiva distração o legislador português de 2007 não se propôs empreender, talvez um dia mais ou menos distante, venha a ser reivindicado entre nós. Sê-lo-á, esperamos, no momento em que se repensar o problema da tutela penal da imagem, agora exposta a novas intempéries. E sê-lo-á seguramente se, à semelhança do que sucedeu ao tempo em que se deu o reconhecimento do direito à imagem como autónomo bem jurídico-penal, soubermos mais uma vez escutar e recolher a lição da experiência alemã.

Tudo a sugerir que, também por este lado, o diálogo com o que se faz e diz do lado de lá do Reno parece ter a sina de uma história interminável.