



Universidades Lusíada

Martea, Cristian

A responsabilidade civil por reconhecimento facial

<http://hdl.handle.net/11067/7546>

<https://doi.org/10.34628/TSV7-7523>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

O desenvolvimento da IA tem motivado inúmeras e diversificadas situações geradoras de responsabilidade civil. Quando o problema que suscitava as primeiras dificuldades se reconduzia à direção de veículos (semi)autónomos, atualmente, a IA aflorou nos mais variados aspetos da realidade, levantando, por inerência, diversas dificuldades a nível da responsabilidade por danos causados. No presente relatório, são abordadas as implicações no plano da responsabilidade civil do uso de tecnologias de recon...

The development of AI has led to numerous and diverse situations of civil liability. While the problem that raised the first difficulties was the self-driving of (semi-)autonomous vehicles, today AI has emerged in the most varied aspects of reality, inherently raising various difficulties in terms of tort law. This report discusses the civil liability implications of the use of facial recognition technologies, particularly with regard to the image rights and the protection of personal data. It i...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Responsabilidade (Direito), Direito à privacidade, Inteligência artificial, Reconhecimento facial (Informática)

Tipo

article

Revisão de Pares

yes

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T04:18:51Z com informação proveniente do Repositório

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR RECONHECIMENTO FACIAL

*CIVIL LIABILITY
FOR FACIAL RECOGNITION*

Cristian Martea¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/TSV7-7523>

Resumo: O desenvolvimento da IA tem motivado inúmeras e diversificadas situações geradoras de responsabilidade civil. Quando o problema que suscitava as primeiras dificuldades se reconduzia à direção de veículos (semi)autónomos, atualmente, a IA aflorou nos mais variados aspetos da realidade, levantando, por inerência, diversas dificuldades a nível da responsabilidade por danos causados. No presente relatório, são abordadas as implicações no plano da responsabilidade civil do uso de tecnologias de reconhecimento facial, nomeadamente no tocante ao direito à imagem e à proteção dos dados pessoais. É certo que as tecnologias de IA dotam diversos aspetos da vida de uma acrescida facilidade e se têm vindo a revelar importantíssimas para o desenvolvimento de áreas da ciência médica, robótica, entre muitas outras. Ao mesmo tempo, porém, a inexperiência ou até a utilização abusiva de algumas destas tecnologias podem conduzir a sérios riscos no tocante à segurança e à defesa de direitos de personalidade dos sujeitos. Um desses riscos, no tocante às tecnologias de reconhecimento facial, prende-se especialmente com o risco de data mining, por forma a criar ou expandir vastos arquivos de dados pessoais (bases de dados), e sobretudo, com o risco de utilização da imagem de outrem para fins não consentidos ou, sequer, conhecidos pelo respetivo titular. Importa, por esta razão, traçar fronteiras da prestação do consentimento pelo titular do direito à imagem, analisando as especificidades deste direito, assim como a sua proteção em sede de responsabilidade civil e no plano europeu. Por fim, restará determinar quem serão os sujeitos responsáveis pelo ressarcimento dos danos causados aos direitos de personalidade em resultado do uso das tecnologias de reconhecimento facial e a que título respondem estes.

¹ Licenciado em Direito. Mestrando em Ciências Jurídico-Civilísticas. Investigador do CEJEA.

Palavras-chave: Reconhecimento facial; Responsabilidade civil; IA; Direito à imagem; Consentimento.

Abstract: The development of AI has led to numerous and diverse situations of civil liability. While the problem that raised the first difficulties was the self-driving of (semi-)autonomous vehicles, today AI has emerged in the most varied aspects of reality, inherently raising various difficulties in terms of tort law. This report discusses the civil liability implications of the use of facial recognition technologies, particularly with regard to the image rights and the protection of personal data. It is true that AI technologies make various aspects of life easier and have proved extremely important for the development of areas such as medical science, robotics and many other. At the same time, however, inexperience or even abuse of some of these technologies can lead to serious risks in terms of safety and the protection of subject's fundamental rights. One of these risks, with regard to facial recognition technologies, is related to the risk of data mining, in order to create or expand vast archives of personal data (databases), and above all, the risk of using another subject's image for purposes not consented to or even known to its owner. For that reason, it is important to draw the boundaries of the provided consent of the image right holder, analyzing the specificities of this right, as well as its protection in tort law and at the European level. Finally, it remains to be determined who will be responsible for the compensation of damages caused to fundamental rights as a result of the use of facial recognition technologies and on which basis will they be responsible.

Keywords: Facial recognition; Civil liability; AI; Right to image; Consent.

Sumário: I – As tecnologias de reconhecimento facial. 1. A inteligência artificial. 1.1. Conceptualização. 1.2. Machine learning. 1.3. Deep learning. 1.4. O reconhecimento facial. **II – Os direitos de personalidade. 1. A tutela geral dos direitos de personalidade.** 1.1. A colisão de direitos. 1.2. Providências à defesa dos direitos de personalidade. **2. O direito à imagem.** 2.1. O direito à imagem no código civil. 2.1.1. As características do direito à imagem. 2.2. A tutela da imagem. **3. O consentimento.** 3.1. A limitação voluntária dos direitos de personalidade. 3.2. O consentimento do lesado. 3.3. Os limites do consentimento. **III – A responsabilidade por reconhecimento facial. 1. Os perigos associados à frt.** 1.1. Data mining. 1.2. Algorithmic bias. **2. A proposta de regulamento sobre a inteligência artificial.** 2.1. Aspectos gerais. 2.2. Práticas proibidas. 2.3. Considerações. **3. A proposta de diretiva responsabilidade da IA. 4. A responsabilidade civil por danos causados no regime vigente.** 4.1. A responsabilidade do produtor. 4.2. A responsabilidade do utilizador. 4.2.1. A inversão do ónus da prova. **Conclusão. Bibliografia.**

I – As Tecnologias de Reconhecimento Facial

1. A inteligência artificial

1.1. Conceptualização

A IA e o seu uso no quotidiano deixou há muito de ser novidade na sociedade moderna. Desde motores de busca a auxiliares judiciais, veículos autónomos ou sistemas de reconhecimento facial.

Visivelmente, os sistemas de IA **têm tido um grande desenvolvimento na sua qualidade e capacidade de resposta, contrastando com o escasso progresso legislativo que têm merecido. Por consequência, vem sendo questionada a compatibilidade das tradicionais figuras jurídicas existentes com os casos reais que envolvem um acrescido esforço interpretativo.**

Antes de mais, impõe-se a questão de saber: o que é, então, a IA?

A definição ou a tentativa de conceptualizar corretamente a IA é um trabalho que, só por si, se apresenta como bastante arriscado² pela vasta dimensão que assume nos dias de hoje, bem assim como pela variedade de definições que se lhe pode atribuir dependendo da perspetiva de que se parte. Deixa, assim, de existir uma real possibilidade de adotar um conceito global incriticável e que, sobretudo, albergue todos os seus aspetos e incidências.

Sem embargo, não deixa de ser necessário adotar um conceito que nos permita definir a matéria objeto de estudo e que nos sirva, para além disso, de um “guia” para o presente trabalho.

Em traços gerais, assim, a IA pode ser entendida como um sistema composto por mecanismos de aquisição de informação e de raciocínio lógico, sendo uma das suas principais vertentes a capacidade de autoaprendizagem³.

Vários fatores caracterizam a IA no seu atual estado de evolução, os quais são com grande clareza definidos por James E. Baker, Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, cujas lições adotamos, neste ponto⁴.

Assim, a primeira característica da IA é a sua disposição de algoritmos complexos. Algoritmos, neste contexto, exprimem “*equações matemáticas incorporadas em códigos de software que encontram, ordenam e procuram significado nos*

² Cfr. Hussein Abbass, *What is Artificial Intelligence?*, in *IEEE Transactions on Artificial Intelligence*, Vol. 2, n.º 2 (abril 2021), Canberra, 2021, p. 94: “*AI is everywhere, touching and blending with everything in our life, including all fields of science*”.

³ Na definição de John McCarthy: “*It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable*” (John McCarthy, *What is Artificial Intelligence?*, Stanford, Stanford University, 2004, p. 2).

⁴ James E. Baker, Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, *An Introduction to Artificial Intelligence for Federal Judges*, Federal Judicial Center, Washington, DC, 2023, pp. 7 a 9.

dados". São o que permite à IA resolver um problema ou realizar uma atividade e demonstram uma capacidade de aprendizagem que lhes permite evoluir⁵.

Os computadores operam por impulsos elétricos formados por zeros e uns, o que forma o **código binário**. Ao passo que o um (1) reflete um impulso positivo de energia, o zero (0) já não. E assim é por razões de rapidez e eficiência no processamento dos dados, sendo esta a segunda característica da IA. Ora, o computador consegue converter estes impulsos elétricos de forma a se comunicar com a sua parte física, o *hardware*. Desta forma nos é possível fazer com que o computador realize qualquer atividade. O conjunto ordenado de uns (1) e zeros (0) consubstancia a linguagem do computador⁶.

Os impulsos de uns (1) e zeros (0) são a forma mais simples de dados existente. Porém, no âmbito da IA, o que determina a sua maior ou menor eficiência é a quantidade de dados de que dispõe. Assim, quanto maior a quantidade de dados e, por isso, de informação, de que dispõe o sistema, melhor é também a sua qualidade, permitindo-o desempenhar tarefas mais complexas e de forma mais eficiente.

A utilização da tecnologia de sensores é também uma importante vertente da IA⁷, usualmente encontrada em veículos autónomos ou semiautónomos, habilitando o sistema a adquirir mais dados de forma autónoma⁸.

Ainda assim, porém, a característica estruturante da IA é a sua capacidade de autoaprendizagem (*machine learning*), à qual dedicamos o capítulo seguinte.

1.2. Machine Learning

Como resulta do próprio conceito, falamos, em termos gerais, da capacidade de *"tal como os humanos, aprender pelo seu próprio traquejo a lidar com situa-*

⁵ J. Ignacio Criado, *Inteligencia Artificial (y Administración Pública)*, in *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20 (abril - septiembre 2021), 2021, 348-372, p. 353.

⁶ James E. Baker, Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, obra cit., p. 17: *"Just as humans have agreed that certain letter combinations represent words, computer engineers have adopted conventions and standards that dictate how data can be represented by combinations of 1s and 0s. For instance, a standard adopted in the 1960s dictates that the letter 'A' is represented by the number 01000001. Computer engineers operate on the assumption that if you can express an idea or a task in these numbers, you can program a computer to perform that task"*.

⁷ *"Advancements in sensing technology allow today's computers to scan an image, analyze it, and generate a number that represents a portion of the image. When humans see a photograph, they might see a picture of a dog. A computer, depending on how it is programmed, "sees" hundreds, thousands, or millions of pixels. Each pixel in turn, depending on the design and resolution of the imagery, is broken down into thousands of 0s and 1s"* (Idem, p. 17).

⁸ Idem, p. 8.

ções para as quais não foi originalmente programada”⁹ ¹⁰. Em termos concretos, o que está em causa são diferentes métodos de programar o sistema a adquirir informação por si próprio e, em consequência disso, de melhorar e otimizar as suas funções¹¹. A autoaprendizagem traduz o modo pelo qual o sistema de IA identifica, integra e extrai significado de dados que lhe são apresentados ou com que se depara.

Nas palavras de José A. R. Lorenzo González, “A aquisição de conhecimento através da experiência supõe a repetição de ações e a sua observação”¹². Assim, por exemplo, funcionam as plataformas de *streaming* (como a Netflix): verificando o tipo de filmes a que o seu utilizador usualmente assiste, podem estas plataformas sugerir por elas próprias certos filmes, com base nos seus gostos.

1.3. Deep Learning

Desde os primórdios da evolução da IA, o seu objetivo foi sempre chegar ao estado da inteligência humana. O seu treino consistiu inicialmente em apresentar às máquinas um determinado problema para o qual a solução lhes era dada, restando-lhes apenas fazer essa conexão em futuros casos análogos. “A partir deste ensaio programado dos algoritmos pode, então, o sistema de IA ser libertado para autonomamente – ou com a mínima intervenção humana –, apreender outros novos exemplos, e evoluir”¹³. Nisto se traduz o *machine learning*.

Todavia, conforme assinala Ana Rita Maia, o *machine learning*, “só por si, não desemboca em resultados (muito) imprevisíveis”, uma vez que, apesar não ter intervenção humana na sua atividade, supõe sempre que a informação introduzida pelo sistema se encontra categorizada num plano anterior. É a disponibilidade de grandes quantidades de dados (refletidos em uns [1] e zeros [0]) que permite ao sistema distinguir, por exemplo, entre um cão e um gato, ou entre uma expressão facial feliz e uma triste.

O que acontecerá, então, se a máquina, programada para distinguir entre expressões faciais felizes e tristes, for confrontada com uma expressão neutra?

⁹ José A. R. Lorenzo González, *Responsabilidade por danos e Inteligência Artificial (IA)*, in *Revista de Direito Comercial*, 2020, 69-112, p. 70.

¹⁰ Donde resulta a inteligência que conceptualmente lhe atribuímos. A este propósito, John McCarthy salienta ainda não ser possível atribuir uma sólida definição de inteligência que não implique relacioná-la com a inteligência humana (John McCarthy, obra cit., pp. 2 e 3). “É que o principal objetivo dos sistemas de inteligência artificial, é o de executar funções que, caso fossem executadas por um ser humano, seriam consideradas inteligentes” (Luísa Neto, *Inteligência Artificial e Inteligência Coletiva*, in Maria Raquel Guimarães, Rute Teixeira Pinto (coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, Almedina, 2023, p. 96).

¹¹ James E. Baker, Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, obra cit., p. 8.

¹² José A. R. Lorenzo González, obra cit., 2020, p. 71.

¹³ Ana Rita Maia, *A Responsabilidade Civil na Era da Inteligência Artificial – Qual o caminho?*, in *Revista Julgar Online* (Maio de 2021), 2021, 1-44, p. 6.

O sistema de IA, para conseguir reconhecer todas as expressões faciais existentes, terá de aprender que expressões existem. Para tanto, seria necessário introduzir largos volumes de dados no seu sistema.

E aqui entra o conceito de *deep learning*¹⁴. Grande parte da IA é, metaforicamente, moldada à semelhança do cérebro humano. E tal como o cérebro humano, utiliza “neurónios” por forma a analisar e conexionar informação. “*Deep learning é um diferente (superior) ramo da inteligência artificial em que os algoritmos operam de maneira semelhante aos de machine learning, mas organizando-se por inúmeras camadas (multilayer), cada uma fornecendo uma interpretação diferente dos dados dos quais se alimenta. Essas camadas, numa tentativa de imitar a função das redes neurais humanas (presentes no cérebro), formam uma rede neural artificial*”¹⁵.

As redes neurais, compostas por estes “neurónios” interconectados, são o que habitualmente se designa por *artificial neural network*.

Assim, quando o sistema de IA recebe um *input*, transmite-o a um dos seus neurónios artificiais, que analisa o conjunto de números (uns [1] e zeros [0]) a que aquele corresponde e lhe atribui um significado. A cada um deles é atribuída uma fórmula matemática. Quando o sistema se depara, por exemplo, com uma expressão facial que não consegue reconhecer, isso significa que o conjunto de uns (1) e zeros (0) a que corresponde a informação recebida não se encontra, à partida, determinada no seu algoritmo. Para resolver esse problema, o sistema saberá que a fórmula nele contida tem de mudar para no futuro conseguir reconhecer a informação que lhe é apresentada¹⁶. Desta forma, é concebível que o sistema constantemente se adapte e aprenda cada vez mais, desenvolvendo-se e aperfeiçoando-se, nesta medida¹⁷.

1.4. O reconhecimento facial

As tecnologias de reconhecimento facial (FRT) constituem, neste momento da evolução científica e tecnológica, uma etapa adquirida¹⁸.

¹⁴ Ana Rita Maia, obra cit., p. 6: “*Se àquela técnica [machine learning] adicionarmos recursos baseados em redes neurais, isto é, um conjunto de processadores conexonados entre si e que se influenciam mutuamente, alcançamos a deep learning*”.

¹⁵ José A. R. Lorenzo González, obra cit., 2020, p. 73.

¹⁶ James E. Baker, Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, obra cit., pp. 19 e 20.

¹⁷ Por esta razão se entende que o sistema de IA dotado de *deep learning* necessita de treino: através da tentativa e erro, a máquina aprende e os resultados a que for chegado tornar-se-ão cada vez mais precisos.

¹⁸ Sarah Kember, *Face Recognition and the Emergence of Smart Photography*, in *Journal of Visual Culture*, vol. 13, issue 2, 2014, 182-199, p. 185: “*Face recognition is a default setting on social networking sites such as Facebook, offering automatic tagging suggestions as the user uploads photographs of friends and family. Is it becoming ubiquitous in international airports and other social environments where security and/or commerce are at stake*”.

O objetivo do reconhecimento facial é verificar ou identificar alguém a partir de uma base de dados preexistente. Esta tarefa, embora possa parecer, não é de simples execução para um sistema: os rostos humanos são complexos, detalhados e, acima de tudo, diferentes uns dos outros.

Para reconhecer um rosto, é necessário que o sistema, antes de mais, detete o rosto e o distinga do seu arredor. Como nos ensina José A. R. Lorenzo González, “*Isto, em geral, obtém-se “treinando” um algoritmo – normalmente uma rede neural profunda – através do fornecimento de um grande número de fotografias (retratos) contendo rostos de diferentes pessoas em situações típicas*”¹⁹.

Uma vez detetado um rosto, a imagem é padronizada na base de dados conforme ela se encontra. Contudo, conforme sublinha Sarah Kember, o algoritmo padronizado é apenas capaz de estabelecer semelhanças quando existam apenas ligeiras variações, pelo que a imagem comparável deverá se apresentar o mais semelhante possível ao retrato padronizado ou standartizado²⁰. Nesta ordem, por forma a melhorar a precisão dos resultados a que chega o sistema, é necessário que ele seja dotado do maior número possível de comparáveis²¹.

Grande parte do trabalho do sistema de IA consiste em detetar características individuais do rosto que lhe é apresentado, como os olhos, a boca, o nariz, a forma da cabeça, definindo um modelo pela posição em que se encontra, tamanho e relação entre tais características²². Haverá, portanto, um mapeamento do rosto, o que se traduz, ao nível do *software*, na atribuição de um código numérico único e diferente dos demais²³. Em seguida, sistema de IA, através da análise na sua vasta base

¹⁹ José A. R. Lorenzo González, *Reconhecimento Facial (FRT) e direito à imagem*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXIII, números 1 e 2, 2022, 579-605, p. 597.

²⁰ Sarah Kember, obra cit., p. 187.

²¹ Matthew Turk e Alex Pentland, *Eigenfaces for Recognition*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 3, n.º 1, 1991, 71-86, p. 71: “Recognition under reasonably varying conditions is achieved by training on a limited number of characteristic views (e.g., a “straight on” view, a 45° view, and a profile view)”.

²² Idem, p. 72.

²³ Rely Victoria Virgil Petrescu, *Face Recognition as a Biometric Application*, in *Journal of Mechatronics and Robotics*, vol. 3, 2019, 237-257, pp. 240 e 241: “Essentially, face recognition is done in two stages. The first involves extracting and selecting features and the second is the classification of objects. Subsequently, developments have introduced different technologies in the procedure (...).

Certain face recognition algorithms identify facial features by extracting markers or features from a face-to-face image. For example, an algorithm can analyze the position, size and/or relative shape of the eyes, nose, cheekbones and jaw. These features are then used to look for other matching features.

Other algorithms normalize a gallery of images and compress the face data, saving only image data that is useful for face recognition (...).

Three-dimensional face recognition technology uses 3D sensors to capture information about the shape of a face. This information is then used to identify distinctive features on the surface of a face, such as the outline of the eye, nose and chin sockets (...).

Another emerging trend uses the visual details of the skin as captured in standard or scanned digital

de dados, procurará estabelecer semelhanças com outras imagens (expressas em códigos numéricos) a fim de determinar a compatibilidade existente entre elas²⁴.

Por esta razão, salienta-se que as FRT, tal como toda a IA (pelo menos, para já), são métodos de previsão ou probabilísticos, sugerindo semelhanças entre os dados que lhe são apresentados com a base de dados de que predispõe, longe se encontrando de afirmar com toda a certeza os resultados a que chega²⁵.

II – Os direitos de personalidade

1. A tutela geral dos direitos de personalidade

Dispõe o artigo 70.º, n.º 1 do CC que: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Enquanto preceito geral e introdutório, cumpre a sua função de estabelecer a ilicitude de comportamentos que ofendam ou ameacem ofender os direitos de personalidade de outrem. De um modo exemplificativo²⁶, o Código passa a estabelecer, nos seus artigos 72.º e seguintes, alguns direitos mercedores de tutela no plano civil. Contudo, conforme nos ensinam Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “Não há, com efeito, nenhum direito de personalidade, esteja ele previsto na Constituição da República, no Código Penal, no Código Civil ou

images. This technique, called Skin Texture Analysis, transforms lines, patterns and unique stains into a person's skin in a mathematical space”.

A combinação destas técnicas, atendendo às vantagens proporcionadas por cada uma delas, parece ser a solução mais eficaz para as FRT.

²⁴ O reconhecimento facial, nesta medida, consubstancia, também, uma recolha de dados biométricos, porquanto em causa estão, igualmente, sistemas que permitem identificar um indivíduo através das suas características (únicas), sejam elas físicas ou (incorretamente designadas) comportamentais. “Physiological traits are inherited traits which are developed in the early embryonic stages of human development. Some distinct physiological characteristics that are measurable include the hand geometry, face, fingerprint, iris, and retina of individuals. Some distinct behavioural traits which one can measure include; handwriting, voice patterns and keystroke dynamics” (Bayo Olushola Omoyiola, *Overview of Biometric and Facial Recognition Techniques*, in *IOSR Journal of Computer Engineering (IOSR-JCE)*, vol. 20, issue 4, ver. I (Jul-Aug 2018), 2018, 01-05, p. 1).

²⁵ James E. Baker, Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, obra cit., p. 26: “As the previous example of the smiley face illustrates, AI is generally a predictive tool based on statistics. Through weighted calculation an algorithm predicts an outcome – in our case, that the image presents a smiley face. What the algorithm does not do is confirm that the image presented is a smiley face in the same way that a chemical test confirms the presence of a compound”.

²⁶ Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 46: “O princípio do respeito pela personalidade, como fundamento primordial do Direito não pode deixar de beneficiar de uma tutela jurídica fortíssima. Desde logo, num plano suprapositivo, (...) vale mesmo que não conste das constituições e das leis (...). Num segundo plano, a tutela da personalidade está positivada, quer na lei constitucional, quer na lei civil, quer na lei criminal e na própria lei internacional”.

nas Declarações de Direitos do Homem que se não reconheça na fórmula do artigo 70.º do Código Civil”²⁷, salientando que os reconhecidos nos artigos 71.º a 80.º não são sequer os mais importantes²⁸.

Acontece apenas que é com base no artigo 70.º do CC que se estabelece, no âmbito do direito civil, a tutela e a defesa dos direitos de personalidade.

*“À responsabilidade por ofensas à personalidade física ou moral são aplicáveis, em termos gerais, os artigos 483.º e seguintes”*²⁹.

1.1. A colisão de direitos

Nos termos do disposto no artigo 335.º, n.º 1, do CC, *“Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”*, estabelecendo o n.º 2 pela prevalência daquele que se deva considerar superior, em caso de direitos desiguais ou de espécie diferente.

A situação mais frequente, segundo Ana Prata, *“é talvez a do direito a informar que têm os órgãos de comunicação social e o do direito à reserva da intimidade da vida privada dos sujeitos, que entram em colisão sempre que o exercício do primeiro ponha em causa o segundo”*^{30 31}.

²⁷ Idem, p. 49.

²⁸ José Alberto González, *Código Civil Anotado*, vol. I, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2011, p. 95: *“Apesar de a lei civil identificar uma série extensa desses direitos, é acima de tudo na Constituição que a maior parte se encontra nominada sob a epígrafe “Direitos, Liberdades e Garantias” pessoais (artigos 24.º a 46.º). Na verdade, a diferente designação evidencia apenas a diversa perspectiva pela qual são visualizados no Código Civil e na Lei Fundamental. Ali são vistos, tal como qualquer direito subjetivo, com o caráter de posições jurídicas activas que valem entre sujeitos de Direito privado, ou seja, entre sujeitos cujas relações globalmente estão subordinadas ao princípio da paridade. Aqui são vistos como posições jurídicas activas que delimitam um âmbito de proteção contra outro sujeito – o Estado – o qual, por definição, está dotado de supremacia jurídica”*.

²⁹ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 104.

³⁰ Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2017, p. 411.

³¹ Conforme entendeu o TRL, em Acórdão de 05-06-2012, proc. n.º 1362/09.01JLSB.L1-7, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/CF2657ED1AE24FB580257A6400491165>:

“I - Resulta, designadamente, dos artigos 26.º, 37.º e 38.º da CRP e 70.º do Código Civil, conjugados com o artigo 18º da Constituição, que não deve estabelecer-se em abstracto qualquer relação de hierarquia entre o direito à honra e ao bom nome, por um lado, e o direito de informação, por outro, pois ambos têm idêntica dignidade constitucional: nem o direito de informar é superior ao direito à honra e ao bom nome, nem este é superior àquele, pelo que a prevalência de um direito sobre o outro só pode ser apreciada e valorada perante o caso concreto.

II - Numa sociedade livre e plural, a existência duma opinião pública bem informada é essencial à convivência em democracia, sendo que, para a formação dessa opinião pública, a liberdade de expressão e de informação constituem elemento fundamental.

III - Mas o direito à honra, ao bom nome e reputação constitui também pilar fundamental de uma sociedade justa, livre, democrática e defensora dos direitos dos cidadãos.

(...)

No tocante à responsabilidade civil e, concretamente, no plano da ilicitude, conforme sublinha Maria de Fátima Ribeiro, dada a prevalência que assumem os direitos de personalidade em relação aos restantes direitos, nos termos gerais do artigo 335.º do CC, dificilmente se poderá justificar um ato lesivo de um direito de personalidade pelo exercício de um outro direito de natureza diferente³². E esse tem sido o entendimento generalizado pela jurisprudência³³.

Não descartamos, com isto, a necessidade de se realizar um juízo de ponderação de interesses, quando tal se justifique, estando em confronto direitos de naturezas diferentes.

Conforme nos ensina António Menezes Cordeiro, em certas circunstâncias, pode revelar-se necessário realizar um juízo de ponderação, nomeadamente quando um outro direito tenha sido constituído antes do direito de personalidade: “O direito constituído em primeiro lugar dá lugar à confiança do titular e de outros interessados do ordenamento jurídico”³⁴. Sem embargo, torna-se necessário realizar este juízo de ponderação casuisticamente, atentas as especificidades de cada caso³⁵.

VII - Em caso de conflito entre o exercício do direito de informar, por um lado, e o direito à honra e ao bom nome, por outro, deve a questão ser resolvida à luz do princípio da ponderação de interesses, tendo-se sempre em consideração o caso concreto, devendo prevalecer o que se mostre mais relevante e digno de maior protecção jurídica”.

³² Maria de Fátima Ribeiro, in Luís Carvalho Fernando, José Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 173.

³³ “II - Em caso de conflito entre os “direitos, liberdades e garantias”, não sujeitos a reserva da lei restritiva, com outros direitos fundamentais (direitos económicos, sociais e culturais, v.g.) devem prevalecer os primeiros.

III - (...).

IV - Na interpretação do artigo 335 do Código Civil a propósito da colisão entre um direito de personalidade e um outro direito que não de personalidade, devem prevalecer, em princípio, os bens ou valores pessoais aos bens ou valores patrimoniais” (Ac. do STJ, 13-03-1997, proc. n.º 96B557, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dfb2820142861583802568fc003b3383?OpenDocument>).

³⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, p. 125.

³⁵ “II - A colisão de direitos, ainda que de diferente natureza, deve ser resolvida pelo princípio da concórdância prática consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP, o que demanda uma ponderação judicial casuística, com consideração também do princípio da proporcionalidade e da intensidade e relevância da lesão da personalidade.

III - Na consideração de que (i) os barulhos provocados são incómodos e impossibilitam a autora de descansar no período de funcionamento da lavandaria (entre as 08 e as 21 horas) e (ii) contribuem para o agravamento de síndrome depressiva da autora, com terapêutica de descanso; que (iii) a autora tem uma residência secundária e (iv) a ré exerce a actividade no local há vários anos, na harmonização dos dois direitos, mostra-se equilibrada a decisão de limitar a laboração da lavandaria ao período diário compreendido entre as 09 e as 19 horas” (Ac. do STJ, de 18-09-2018, proc. n.º 4964/14.9T8SNT. L1.S3, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/00abbc446417d50180258314004d0163?OpenDocument>).

Haverá que analisar nesta ponderação de interesses, sobretudo, os interesses tutelados pelos direitos em confronto e o grau de lesão dos mesmos, bem como os prejuízos que o não exercício de um deles provoca ao seu titular³⁶.

A concluir-se, em concreto, pela superioridade de um direito ou interesse protegido pelo direito relativamente ao outro, deve ainda assim ser encontrada uma solução que, sem prejuízo da prevalência atribuída, “*acautele na medida do possível um exercício residual e subsidiário*” do outro direito. “*Com efeito, a prevalência de um direito relativamente ao exercício de outro direito não significa a exclusão obrigatória e completa deste último*”³⁷.

1.2. Providências à defesa dos direitos de personalidade

Nos termos do n.º 2 do artigo 70.º do CC, independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar por violação de direitos de personalidade, “*a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias no caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*”.

Desta redação, segundo Pedro Pais de Vasconcelos, a quem seguimos neste ponto, retiram-se três linhas de proteção dos direitos de personalidade:

- a) A responsabilidade civil, cujo fim será, naturalmente, o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima.
- b) A tutela preventiva, pela qual se pretende evitar a ocorrência de um dano, normalmente consistindo na imposição de abstenção de certa conduta ou na “*apreensão, restituição ou destruição de coisas*”, como de fotografias ou de escritos.
- c) A atenuação do possível, que, apenas aplicável após a ocorrência de um dano, consubstancia uma providência destinada a “*reduzir dentro do possível os efeitos da ofensa*”, isto é, a minimizar a lesão, embora, neste instante, a reparação já não se torne possível. “*O conteúdo das providências atenuantes pode ser muito variado. Desde a destruição de registos informáticos, de som ou de imagem, de apreensão e destruição de publicações (...)*”³⁸.

³⁶ Ana Prata (coord.), obra cit., p. 411: “*Sem apreciar, além dos interesses tutelados por cada um dos direitos, o interesse do exercício de cada um em concreto, dificilmente se poderá, as mais das vezes, decidir se algum deles deve prevalecer sobre o outro. E nesta ponderação vai contida, não raro, a dos prejuízos (em sentido amplo) que o não exercício de um deles causa, apreciação que, muitas vezes, será realizada por um juízo de probabilidade daquela ocorrência*”.

³⁷ Elsa Vaz Sequeira, in Luís Carvalho Fernando, José Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 793.

³⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 127 a 130.

O preceito refere-se, porém, à adequação das providências às circunstâncias do caso. Embora reconhecidamente se tenha atribuído amplos poderes ao julgador para o decretamento de tais providências, revelando-se estas necessárias, a lei proíbe, desde logo, o seu excesso, impondo um juízo de proporcionalidade e ponderação dos interesses em causa, “*de modo a lesar ou perturbar o menos possível terceiros*”³⁹.

Na sequência deste n.º 2 do preceito em análise, de acordo com o disposto no artigo 878.º do CPC, “*Pode ser requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida*”.

Judicialmente, tais providências seguem os termos de um processo especial, de jurisdição voluntária, “*embora não seja afastada a possibilidade de seguirem os termos do procedimento cautelar comum, se tal se revelar necessário*”⁴⁰.

2. O direito à imagem

Um dos direitos tipificados no catálogo dos direitos de personalidade, no nosso CC, é o direito à imagem. O artigo 79.º refere-se ao “retrato” de uma pessoa, proibindo a sua exposição, reprodução ou comercialização, sem o consentimento dela.

Paralelamente, o direito à imagem mereceu também consagração constitucional no artigo 26.º da Lei Fundamental, sob a epígrafe “Outros direitos pessoais”, encontrando-se incluído no elenco dos Direitos, Liberdades e Garantias.

Conforme salienta António Menezes Cordeiro, “*Cada ser humano tem uma aparência física distinta da dos restantes*”, ao contrário do que acontece com outros animais. “*A diversidade é flagrante no tocante à face. Resulta, daqui, que a simples reprodução da pessoa, pela pintura, pela fotografia ou pelo filme, é suficiente para a sua cabal identificação*”⁴¹.

Daí que, conforme se tem defendido na doutrina, o direito à imagem se encontra estritamente ligado com o direito à identidade pessoal⁴². “*A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas*”⁴³.

O conceito de imagem comporta inúmeros significados⁴⁴. A imagem pode

³⁹ Idem, p. 127.

⁴⁰ Maria de Fátima Ribeiro, obra cit., p. 174.

⁴¹ António Menezes Cordeiro, obra cit., 2007, p. 233.

⁴² Cfr. António Menezes Cordeiro: “*O destino que se dê à imagem é, de certo modo, um tratamento dado à própria pessoa*” (Idem, p. 234).

⁴³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 284.

⁴⁴ Sobre o conceito de imagem, vide Adalberto Costa, *O Direito à Imagem*, in *Revista da Ordem dos*

ser entendida meramente como a representação do rosto que individualiza certa pessoa. Pode ser entendida partindo de uma perspectiva interna, embora externamente representada, nomeadamente quanto ao juízo valorativo pessoal que certa pessoa merece perante a comunidade ou pela convivência e relações de qualquer ordem que essa pessoa estabelece, confundindo-se, muitas vezes, com os bens jurídicos da consideração ou da reputação. Neste sentido, a imagem pode, também, ser vista como a exteriorização da personalidade de um sujeito. Pode, ainda, ser entendida como uma reprodução fotográfica ou artística de determinada pessoa.

Sem embargo do vasto âmbito de significados que acolhe o conceito de imagem, todas as suas ramificações se reconduzem, em última instância, a uma *representação* de qualquer coisa do mundo exterior. “É por isso, através de um processo interior e que pertence ao nosso conhecimento, que criamos para nós uma imagem do que vimos, do que sentimos, do que cheiramos, do que apalpamos”⁴⁵.

O direito à imagem, de acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros, contém um duplo significado: por um lado, consiste num direito à autodeterminação da imagem exterior; por outro, corresponde ao direito a que não seja registada e divulgada, por terceiros, a imagem de certa pessoa, sem o seu consentimento⁴⁶.

2.1. O direito à imagem no Código Civil

O Código Civil regula o direito à imagem em moldes mais restritos, referindo-se ao “retrato de uma pessoa”, donde se exclui, desde logo, a representação interna ou personalística de determinada pessoa.

O conceito de imagem tem um sentido mais lato do que o conceito de retrato, abrangendo, para além deste, outros valores tutelados pelo direito, como o nome, a honra, a consideração, a reputação, entre outros.

O retrato, por sua vez, simboliza “qualquer forma de representação figurativa de uma pessoa (fotografia, pintura, cartoon, caricatura, escultura, filmagem sobre qualquer suporte, etc.)”⁴⁷. A imagem (“retrato”) a que se refere o Código reconduz-nos, assim, a um conceito de representação física. Conforme sublinha Adalberto Costa, “trata-se portanto da disciplina de uma representação e não propriamente do que é representado”⁴⁸.

Nesta razão, o âmbito de proteção da norma do artigo 79.º do CC, abrange sobretudo as situações de lesão da imagem-retrato, reportando-se à exposição, reprodução ou comercialização do retrato de determinada pessoa.

Advogados, Ano 72 (outubro/dezembro de 2012), 2012, 1323-1377.

⁴⁵ Adalberto Costa, obra cit., p. 1332.

⁴⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, obra cit., pp. 289 e 290.

⁴⁷ José Alberto González, obra cit., 2011, p. 108

⁴⁸ Adalberto Costa, obra cit., p. 1366.

Tem sentido que assim seja. Os restantes valores ou interesses compreendidos pelo âmbito do conceito de imagem, em sentido lato, são, também eles e de igual forma, protegidos pelo ordenamento jurídico: seja pelo Código Civil, seja pela própria Constituição, ainda que não expressamente, mas incluídos na “imagem” prevista pelo preceito constitucional⁴⁹, quando não protegidos por outros.

2.1.1. As características do direito à imagem

O direito à imagem, tal como qualquer direito de personalidade, é dotado de características especiais atenta à sua natureza jurídica. Trata-se, deste modo, de um direito absoluto, pessoal, subjetivo e indisponível.

É um direito absoluto na medida em que não carece da intervenção de qualquer outro sujeito para a sua satisfação integral. O titular do direito à imagem obtém a satisfação dos interesses protegidos pelo direito à imagem por si próprio, pois é um direito que nasce com a própria pessoa.

Assim sendo, é também um direito estritamente ligado à pessoa do seu titular e, por isso, diz-se que é um direito pessoal.

Por outro lado, é um direito insuscetível de avaliação pecuniária, uma vez que não tem um valor económico que se lhe possa atribuir⁵⁰.

Nesta medida, o direito à imagem é indisponível, uma vez que o seu núcleo essencial e a sua titularidade não podem ser transmitidos a outrem por qualquer forma ou renunciados pelo seu titular.

Trata-se, como direito de personalidade que é, de um direito intrinsecamente ligado ao seu titular, dele se não podendo separar por qualquer forma. Daí resultam os caracteres apontados. Contudo, apesar de nascer com a própria pessoa, o direito à imagem não se extingue com a morte daquela. Diz-se, portanto, que consiste num direito perpétuo, de acordo com o artigo 71.º, n.º 1 do CC⁵¹.

⁴⁹ De acordo com António Agostinho Guedes, “A formulação do número 1 faria supor que o conteúdo do direito à imagem se esgotaria no direito de impedir a exposição, reprodução ou lançamento no comércio do retrato de uma pessoa sem o seu consentimento; parece, porém, que este artigo deve ser visto em conjunto com outras normas do ordenamento jurídico, nomeadamente os artigos 26.º da CRP, 199.º do CP e 18.º do CT, sem descurar, naturalmente, o direito geral de personalidade consagrado no artigo 70.º” (António Agostinho Guedes, in Luís Carvalho Fernando, José Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 195).

⁵⁰ Não significa isto, porém, que a própria imagem não possa ter um interesse económico, objetivamente suscetível de gerar rendimento. Conforme refere Adalberto Costa, a imagem pessoal “cria na sociedade uma apetência económica para o seu uso, nomeadamente para a publicidade, para a difusão da mensagem publicitária como também para outras actividades como a informação, a cultura, o desporto, a política, etc.” (Adalberto Costa, obra cit., p. 1347). Mas é o direito que está na sua base que é insuscetível de avaliação pecuniária, na medida em que o direito, em si, não pode ser alienado ou transmitido por qualquer forma que o separe do seu titular. A prestação de consentimento para o uso da imagem, por alguém, para qualquer efeito, não significa a cedência do direito à imagem.

⁵¹ O próprio artigo 79.º, n.º 1, na segunda parte, estabelece que “depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada”.

2.2. A tutela da imagem

O artigo 79.º, n.º 1 do CC dispõe que “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”⁵².

O n.º 2 deste preceito dispensa este consentimento em determinados casos, os quais, citando neste ponto José Alberto González, podem ser agrupados em três conjuntos:

- “- num, são razões atinentes à própria pessoa retratada que justificam a desnecessidade de consentimento (notoriedade, cargo que desempenha, etc.);
- noutra, estão em causa razões ligadas à finalidade da captação/divulgação do retrato (exigências de polícia ou de justiça, intuítos científicos, didáticos ou culturais);
- no último, por fim, é a própria natureza do contexto em que a pessoa é retratada que funda a superfluidade do consentimento (imagem enquadrada na de lugares públicos, na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente)”⁵³.

É atualmente entendimento pacífico que a notoriedade, apesar de consistir num conceito bastante impreciso, não se reconduz unicamente à consideração de alguém como “figura pública”, para efeitos da dispensa de consentimento para a divulgação da sua imagem⁵⁴. De igual forma, também não é suficiente a simples notoriedade que decorre do exercício de cargo público, para efeitos de dispensa do consentimento do titular.

Para este efeito, conforme se tem salientado na jurisprudência, é necessário ponderar se se verifica o fim de interesse público que subjaz à captação e divulgação da imagem do visado⁵⁵. Assim, não é pelo simples facto de alguém deter

⁵² Segundo David de Oliveira Festas, “o conceito de retrato é composto por dois elementos: representação ou reprodução visual ou visível da imagem humana, por um lado; e recognoscibilidade, por outro lado” (David de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem. Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 240).

⁵³ José Alberto González, obra cit., 2011, pp. 108 e 109.

⁵⁴ De acordo com o sumariado no Ac. do TRL, de 04-10-2016, proc. n.º 1015/14.7TVLSB.L1-7, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/E00CDF74BC8C579E8025806D0032DC99>: “As denominadas «figuras públicas», pessoas que gozam de maior notoriedade, designadamente na comunicação social, têm o mesmo direito à privacidade que todas as pessoas. A compressão da esfera de privacidade que eventualmente possam sofrer só pode fundar-se na relevância do interesse em questão, não podendo resultar simplesmente da notoriedade dessas pessoas”.

⁵⁵ A este propósito, vide o Ac. do TRP, de 08-05-2023, proc. n.º 7251/22.5T8PRT.P1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8c246bf5f321c363802589d4002ff5da?OpenDocument>, em cujo sumário se pode ler: “VI - Pretendendo um órgão de comunicação social informar os leitores de revista publicada a nível nacional que determinada jovem, filha de líder partidário, se lançava também ela nos meandros político-partidários – o que pode ser considerado tema de interesse público e nacional e por isso legítimo – não se antolha como adequado à notícia e proporcionado àquele fim o recurso a

notoriedade que é lícita, por exemplo, a divulgação da sua imagem captada no seu lar. A solução será diferente caso tenha sido captada e divulgada, para fins informativos (e, por isso, de interesse público), a imagem uma figura política em um contexto público, integrando-a nesse contexto e lugar⁵⁶.

Naturalmente, tanto no caso de notoriedade pessoal, como na decorrente do exercício de qualquer cargo público a que seja associada uma determinada notabilidade, de acordo com José Alberto González, “*a inutilidade do consentimento do retratado dá-se dentro do perímetro da sua notoriedade*”⁵⁷.

As finalidades da captação e divulgação do retrato de alguém devem servir de limite à prossecução do objetivo visado. Isto é, a captação e divulgação do retrato devem cingir-se estritamente no âmbito dessas finalidades.

Assim, a dispensa do consentimento ocorrerá por exigências de polícia ou de justiça quando, por exemplo, se torne necessário o recurso a técnicas de reconhecimento facial ou a divulgação do retrato, para se conseguir deter algum suspeito da prática de um crime, cujo paradeiro se desconhece⁵⁸.

Nos casos da utilização de imagens com finalidades científicas, didáticas ou culturais, “*por maioria de razão e sempre que possível, a utilização das imagens deve ser feita por forma a não permitir a identificação das pessoas retratadas*”⁵⁹.

É sabido que, muitas vezes, a par das finalidades a que se refere o n.º 2 do artigo 79.º do CC, pode motivar a captação e divulgação do retrato de outrem o intuito de, com este, obter um aproveitamento económico, dado o interesse económico que, em abstrato, a imagem detém. Torna-se, necessário, por este motivo, que este intuito se não sobreponha à finalidade prosseguida⁶⁰.

fotografias desta, publicadas sem o seu consentimento, adulterando-as e divulgando a sua figura em poses mais ousadas ou em situações da vida privada”.

⁵⁶ António Agostinho Guedes, obra cit., p. 196.

⁵⁷ José Alberto González, obra cit., 2011, p. 109.

⁵⁸ José A. R. Lorenzo González, obra cit., 2022, pp. 584 e 585.

⁵⁹ António Agostinho Guedes, obra cit., p. 196.

⁶⁰ Conforme entendeu o TRL, em Ac. de 06-07-2021, proc. n.º 1939/20.2T8AMD.L1-7, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fceac711b198b4658025871800512e02?OpenDocument>:

“9. Enquanto que a notoriedade da pessoa retratada e o próprio enquadramento do retrato constituem circunstâncias objetivas de dispensa do consentimento, a “exigência cultural” constitui uma circunstância finalista de tal dispensa, sendo possível conceber-se que a mesma utilização de um retrato prossiga finalidades culturais e artísticas e, simultaneamente, configure uma situação de aproveitamento económico desse mesmo retrato.

10. A publicação e colocação para venda ao público, pela editora 2.ª requerida, de um livro composto essencialmente por fotografias da autoria da 1.ª requerida, também autora do livro, nas quais António Variações aparece retratado nas mais variadas poses, configurando um ato cultural, prossegue também finalidades artísticas, não podendo, no entanto, simultaneamente, deixar de configurar uma situação de aproveitamento económico dos diferentes retratos.

11. (...)

É ainda desnecessário o consentimento da pessoa retratada quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. Nestas circunstâncias, a pessoa visada deixa de poder controlar o uso que é dado à sua imagem. Por isso, para a dispensa do seu consentimento, é necessário, pelo menos, que ela não tenha sido especialmente visada com a captação ou eventual divulgação da imagem⁶¹. Isto é, nas palavras de António Agostinho Guedes, “*não é lícita a captação de imagens de uma pessoa, em que esta aparece como o tema principal da fotografia ou filme, só porque a mesma é feita num lugar público (numa praia, numa esplanada, numa rua, etc.), isto porque em tal circunstância a imagem, ainda que enquadrada num local público, não se refere a esse local mas a uma pessoa certa e determinável (identificável)*”⁶².

Cessa a desnecessidade de consentimento nos casos previstos no n.º 2 do artigo 79.º do CC quando, nos termos do disposto no n.º 3, do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada. Pedro Pais de Vasconcelos retira daqui a “*confirmação da superioridade hierárquica do direito à honra*”⁶³. Não acompanhamos o autor neste ponto.

Adotando o entendimento de António Agostinho Guedes, daí resulta apenas um limite à dispensa de consentimento quando a captação e divulgação da imagem do retratado possa violar outros direitos de personalidade, devendo, aliás, este n.º 3 ser interpretado em termos mais latos, de modo a que se incluam “*todas as situações em que da utilização da imagem (lícita, na perspectiva do número 2) resulte dano para qualquer outro bem da personalidade que não apenas a honra, reputação ou decoro*”⁶⁴.

Não obstante, não deixa de ser necessário realizar a ponderação de interesses, que atrás mencionámos, quando em conflito se encontram interesses juridicamente protegidos, pois existem situações em que se possa porventura concluir pela prevalência do interesse público da segurança ou justiça sobre a honra da pessoa retratada. A divulgação do retrato de alguém para fins de detenção de suspeito da prática de crime violento é objetivamente suscetível de causar prejuízos à sua honra e reputação. Não obstante, pode vir a entender-se que tal prática tem por base um interesse digno de maior valoração no caso concreto.

Coloca-se, com particular interesse, a questão de saber se a captação da fotografia de outrem deve também ser enquadrada neste artigo 79.º e, portanto, sujeita a consentimento do respetivo titular. Repare-se que o preceito se refere

12. Deve, por isso, atender-se às finalidades prevalecentes, só havendo dispensa de consentimento do retratado, ou dos seus sucessores, para o aproveitamento económico de um retrato quando as finalidades culturais sejam manifestamente predominantes, surgindo o aproveitamento económico como um corolário inerente à sua prossecução: é o que sucede no caso concreto”.

⁶¹ José Alberto González, obra cit., 2011, p. 110.

⁶² António Agostinho Guedes, obra cit., p. 197.

⁶³ Pedro Pais de Vasconcelos, obra cit., p. 84.

⁶⁴ António Agostinho Guedes, obra cit., p. 197.

apenas à *exposição, reprodução ou comercialização* do retrato da pessoa, nada se dizendo sobre a sua mera captação.

Não obstante, a maior parte da doutrina portuguesa tem-se posicionado a favor da proibição da captação da imagem de alguém, sem o seu consentimento, posição que nos cumpre adotar. Efetivamente, as regras decorrentes do artigo 79.º são também aplicáveis à captação da imagem, “*na medida em que apesar de não decorrer expressamente da letra do art. 79.º, n.º 1, a exposição, reprodução e ou o lançamento da imagem no comércio pressupõe a sua captação prévia. Para fortalecer esta interpretação, a doutrina recorre ainda ao disposto no art. 199.º, n.º 2 do CP que prevê, como elemento do tipo penal do crime de gravações e fotografias ilícitas, exatamente a captação de fotografias e vídeos sem o consentimento da pessoa*”⁶⁵.

3. O consentimento

3.1. A limitação voluntária dos direitos de personalidade

A imagem de uma pessoa não pode ser captada ou difundida sem o consentimento dela. O consentimento pode ser prestado por qualquer das vias dos artigos 81.º ou 340.º do CC.

Nos termos do disposto no artigo 81.º, n.º 1, *a contrario sensu*, do CC, os direitos de personalidade são passíveis de limitações voluntárias pelo seu titular, exceto quando tais limitações se apresentem como contrárias aos princípios da ordem pública, caso em que são nulas. Trata-se do consentimento autorizante, resultante entre um contrato pelo qual o titular do direito de personalidade permite a que, nos moldes definidos pelo seu consentimento, outrem se imiscua no seu direito ou de alguma forma lhe imponha uma limitação.

Relativamente à contrariedade com a ordem pública⁶⁶, a doutrina tem proposto a articulação deste preceito com o artigo 280.º do CC. Daqui verificamos que não é apenas a ordem pública que está em causa, mas também a contrariedade à lei e aos bons costumes que determinam a nulidade do negócio que tenha por objeto direitos de personalidade.

Conforme já decidiu o Tribunal da Relação de Évora, em Acórdão de 24-02-2005: “*II – (...) a transmissão genérica do direito à exploração da imagem, por configurar uma cedência do próprio direito é nula e de nenhum efeito por ofensa da ordem publica nacional (art. 81º n.º 1 e 280º do CC)*”⁶⁷.

⁶⁵ Joana Costa Lopes, *Os Desafios à Tutela Judicial Civil no Direito à Imagem na Era Digital*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, tomo 2, 2023, 1117-1206, p. 1177.

⁶⁶ Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, “*A Ordem Pública, como constelação de valores carentes de concretização, fundada no Bem Comum e na utilidade coletiva, dirigida à proteção da Comunidade, comunga aqui com a Moral (bons costumes) e com a Lei injuntiva a função de delimitar o âmbito material da autonomia privada*” (Pedro Pais de Vasconcelos, obra cit., pp. 155 e 156).

⁶⁷ Ac. do TRE, de 24-02-2005, proc. n.º 2788/04-3, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtre.ns>

Pedro Pais de Vasconcelos, a quem acompanhamos neste ponto, refere-nos que a referência à ordem pública exprime a dualidade entre o que, nos direitos de personalidade, é disponível e o que não é. *“Os mais importantes valores da personalidade são indisponíveis. A vida não pode ser trocada por dinheiro, nem é lícito o suicídio. Mas já é lícito que a pessoa se submeta voluntariamente a experiências médicas ou científicas das quais possa resultar perigo para a sua vida”*⁶⁸.

Importa salientar, ainda, que o consentimento, tal como qualquer declaração negocial, deve ser sempre esclarecido, sob pena de ser ferido de nulidade⁶⁹.

Quando validamente prestado, o consentimento é sempre e arbitrariamente revogável, por força do n.º 2 do artigo 81.º. *“Trata-se de aspetos da dignidade humana, da qual a pessoa não pode, nunca, perder definitivamente o controlo. Seja qual for a limitação, o titular do direito de personalidade negocialmente limitado mantém sempre e a todo o tempo, a possibilidade de o recuperar”*⁷⁰.

Quando seja revogado, o titular do direito de personalidade em crise fica obrigado a indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Dada a livre revogabilidade do consentimento prestando nos termos do n.º 1, bem como o facto de em causa estarem direitos de personalidade, a revogação não gera para a parte contrária um direito a exigir o pontual cumprimento do acordo, mas antes uma expectativa juridicamente tutelada e ressarcível caso seja frustrada⁷¹.

3.2. O consentimento do lesado

De acordo com o disposto no artigo 340.º, n.º 1, do CC, *“O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”*. Conforme nos ensina José Alberto González, aqui, *“aquele que produz a lesão não tem o direito de o provocar [como na hipótese anterior]; apenas beneficia da tolerância daquele outro que a sofre”*⁷².

f/134973db04f39bf2802579bf005f080b/729b9ea6eaa21b1f80257de1005747a6?OpenDocument&Highlight=0,2788%2F04-3.

⁶⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, obra cit., p. 155.

⁶⁹ De acordo com o Ac. do STJ, de 07-06-2011, proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.gde.mj.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/79d91d1f297fb39d80257b900033ec67?OpenDocument>: *“O consentimento, como decorre do já aforado, deve ser esclarecido, e porque esclarecido, (conscientemente) autorizado. Não se concebe uma manifestação de vontade que para obter autorização (validamente formada e prestada) não deva ser previamente esclarecida. Poderão ocorrer formas de perverter a formação da vontade do sujeito autorizador, seja através do esclarecimento defeituoso ou incompleto ou omissão de elementos essenciais para a prestação de uma autorização despojada de desvios de boa fé, mas, na ocorrência de situações similares, a autorização obtida, por dolo ou reserva mental, tornar-se-ia inválida e ineficaz para obstar à ilicitude que a vulneração do direito à própria imagem supõe”*.

⁷⁰ Pedro Pais de Vasconcelos, obra cit., p. 166.

⁷¹ Seguindo Pedro Pais de Vasconcelos, deve haver um particular cuidado na fixação do valor da indemnização. *“O valor fixado não deve ser de tal modo avultado que impeça, de facto, o exercício do poder de revogação. De outro modo ficaria frustrado o regime de livre revogação”* (Idem, p. 168).

⁷² José Alberto González, obra cit., 2011, p. 117.

Estamos aqui perante uma causa de exclusão da ilicitude que justifica a conduta de quem pratica um ato lesivo aos direitos de outrem e que poderia, em abstrato, incorrer em responsabilidade civil por factos ilícitos, nos termos gerais do artigo 483.º.

Tem-se apontado que este regime resulta da própria liberdade pressuposta pelos direitos subjetivos⁷³. No que importa aos direitos de personalidade, a doutrina vem defendido que o consentimento do lesado apenas exclui a ilicitude do ato lesivo quando em causa estejam direitos disponíveis. Contudo, conforme atrás explicámos, os direitos de personalidade, ainda que geralmente sejam considerados como direitos indisponíveis, comportam uma parcela de disponibilidade, desde tal não interfira com o seu núcleo essencial ou com a titularidade do próprio direito. Nesse âmbito, podem ser voluntariamente limitados através do instituto do consentimento do lesado. Ainda assim, porém, no que toca aos direitos de personalidade, sempre se impõe uma articulação dos limites ao consentimento válido do n.º 2 do preceito em análise (não contrariedade a proibição legal ou aos bons costumes) com o artigo 81.º do CC.

O consentimento poderá ser expresso ou tácito⁷⁴, “considerando-se como tal aquele que resulte de um comportamento concludente do lesado”⁷⁵.

O artigo 340.º, n.º 3, equipara ainda o consentimento presumido ao consentimento expresso, quando a lesão se tenha dado no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível. Conforme nos ensina Almeida Costa, “o consentimento presumido é ficcionado em função das circunstâncias concretas e da vontade hipotética do lesado, no quadro das mesmas circunstâncias”⁷⁶.

Desta forma, para aferir da validade do consentimento presumido, é necessário, através de um juízo de prognose póstuma, avaliar se, “com toda a probabilidade”, o lesado teria concedido o consentimento, podendo prestá-lo^{77 78}.

⁷³ Como refere António Menezes Cordeiro, “Por definição: sendo direitos, não têm de ser exercidos; além disso, eles envolvem, para o seu titular, a possibilidade de permitir ingerência no âmbito da sua própria permissão normativa específica de atuação” (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil VIII*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 504).

⁷⁴ Segundo Vítor Palmela Fidalgo, “A imagem da pessoa humana poderá estar sujeita ainda a um regime mais exigente, dado que caberá na categoria de dados sensíveis presente no art. 9.º, n.º 1, do RGPD”, diploma este que impõe, no tratamento de dados sensíveis, que o consentimento terá de ser explícito (Vítor Palmela Fidalgo, *Inteligência Artificial e Direitos de Imagem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, n.º 3-4 (julho-dezembro 2018), 2018, 879-903, p. 893).

⁷⁵ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume I, 15.ª edição, Coimbra, Almedina, 2020, p. 308.

⁷⁶ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 1991, p. 465.

⁷⁷ José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2017, pp. 341 e 342.

⁷⁸ Ac. do STJ, de 07-06-2011, proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.gde.mj.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/79d91d1f297fb39d80257b900033ec67?OpenDoc>

3.3. Os limites do consentimento

Em qualquer caso, porém, o consentimento é válido apenas para os efeitos para os quais foi concedido, esgotando-se nestes, e não cobrindo os demais. A utilização da imagem de outrem para fins diversos dos quais fundaram a decisão de consentir do seu titular, origina, naturalmente, a violação do direito de imagem deste.

A este propósito, vejamos o Acórdão do STJ, de 07-06-2011, em cujo sumário se pode ler:

“IV - Se alguém aceita, ainda que de forma tácita, ser fotografado para um determinado fim, não podem as imagens ser utilizadas para fim diverso, sem que para este específico fim tenha sido obtido prévio consentimento do titular ou pelo menos que, aquando da captação de imagens, não tivesse sido adquirido um sentido inequívoco de que o titular do direito permitiria na utilização das imagens captadas para esse específico fim”⁷⁹.

III – A Responsabilidade por Reconhecimento Facial

1. Os perigos associados à FRT

1.2. Data mining

O termo *data mining*, em português, mineração ou extração em massa de dados, traduz um dos principais riscos que a IA coloca no direito à imagem. Este risco consiste essencialmente na captação de imagens em massa, com base na internet. Isto é, servindo esta como principal fonte à recolha de dados para o sistema de FRT⁸⁰.

ument:

“III - Em situações limite poderá ocorrer uma presunção de consentimento, bastando para tal que a conduta do titular do direito à própria imagem revele um comportamento de tal modo alheado à sorte da captação de imagens que dele se possa inferir uma anuência desprendida ou inane ao conteúdo e destino das imagens.

IV - Se alguém aceita, ainda que de forma tácita, ser fotografado para um determinado fim, não podem as imagens ser utilizadas para fim diverso, sem que para este específico fim tenha sido obtido prévio consentimento do titular ou pelo menos que, aquando da captação de imagens, não tivesse sido adquirido um sentido inequívoco de que o titular do direito permitiria na utilização das imagens captadas para esse específico fim.

V - Para que ocorra uma situação de consentimento tácito, significação externa de autorização para a captação, reprodução e publicitação da imagem de quem quer, torna-se necessário que os sinais (significantes ou exteriorizáveis) do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida”.

⁷⁹ Ac. do STJ de 07-06-2011, proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.gde.mj.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/79d91d1f297fb39d80257b900033ec67?OpenDocument>.

⁸⁰ *“No seu tratamento são utilizadas tecnologias baseadas em data mining e algoritmos assentes em técnicas de machine learning, tendo como objetivo a criação de nova informação, que poderá consistir, eventualmente, num perfil de uma determinada pessoa”* (Vitor Palmela Fidalgo, obra cit., pp. 891 e 892.).

Ora, a internet é, sem dúvida, uma “*mina de ouro*” de dados pessoais, sobretudo no tocante às imagens publicadas livre e voluntariamente pelas pessoas. É concebível que, face à quantidade de dados existentes, sobretudo nos meios de comunicação social, ou redes sociais, seja, pelo menos, tentatório para os programadores de FRT recorrerem a estas vias para daí extrair dados necessários à criação ou aumento das bases de dados.

Evidentemente, face ao artigo 81.º do CC, o titular do direito à imagem é livre de captar, publicar ou até comercializar a sua fotografia, da forma como entender, desde que dentro dos limites da lei, da ordem pública e dos bons costumes. Nada impede que alguém publique em rede social uma fotografia sua⁸¹.

Nesse âmbito, embora assim se não perspetive, o consentimento é conferido à plataforma respetiva para que a fotografia “publicada” seja reproduzida a um conjunto de pessoas predeterminado ou não. Mas este consentimento é válido apenas e tão-só para os fins a que se destina. Ainda que o titular do direito tenha optado por partilhar a sua fotografia para um número de pessoas indeterminado, a eficácia deste consentimento esgota-se aí.

Não terá consentido o “retratado”, à partida, à recolha dos seus dados por sistemas de IA, nem à sua colocação nas suas bases de dados. Até porque, em princípio, não tem aquele sequer conhecimento desta recolha de dados para fins externos daqueles que formaram o seu consentimento inicial. Ora, conforme atrás adiantado, o consentimento tem necessariamente de ser esclarecido para que possa ser validamente conferido: em causa estão direitos de personalidade.

A partir daqui, não cobrindo o consentimento do retratado este tipo de ações, qualquer utilização que se der aos dados recolhidos, ainda que seja a mera recolha, origina um dano correspondente à violação do direito à imagem.

1.3. *Algorithmic bias*

Já atrás se explicou que a precisão dos sistemas de reconhecimento facial depende sobretudo da quantidade de dados comparáveis de que dispõe. Tais dados podem ser adquiridos de forma lícita ou ilícita, dependendo da medida do consentimento dado pelo titular do direito à imagem, da conformidade desse consentimento com a lei, os bons costumes e a ordem pública ou da verificação dos pressupostos do artigo 79.º, n.º 2 do CC.

Admitindo embora que estes dados tenham sido adquiridos de forma lícita, ainda assim, a quantidade de dados determina a precisão do sistema. Embora

⁸¹ Segundo o já citado acórdão do TRP, de 08-05-2023, proc. n.º 7251/22.5T8PRT.P1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8c246bf5f321c363802589d4002ff5da?OpenDocument>: “III - Uma pessoa que decide tornar públicos, designadamente em redes sociais, comportamentos ou imagens que são protegidos pela reserva de intimidade da vida privada não está a renunciar ao seu direito de personalidade (onde se inclui o direito à imagem), mas a exercê-lo autonomamente, definindo assim soberanamente a sua auto-exposição”.

sistemas como o Facebook possuam uma larga quantidade de dados, especialmente neste caso, onde é alimentado pelas fotografias voluntariamente publicadas pelos seus utilizadores, diversos estudos⁸² apontam uma margem para erros no reconhecimento facial, sobretudo em relação a sujeitos do sexo feminino, da raça negra e entre as idades de 18 a 30 anos⁸³. A isto deve-se a menor quantidade de dados comparáveis de que dispõe o sistema relativamente a pessoas com tais características.

O efeito causado por este fenómeno consiste na discriminação de grupos de pessoas em relação às quais o sistema não tenha sido devidamente treinado.

Assim, conforme bem sublinha José A. R. Lorenzo González, *“No acesso a algo tão simples como um telemóvel que se obtenha também mediante reconhecimento facial, a errada identificação, pode, também, por exemplo, autorizar o acesso de estranhos às informações pessoais nele contidas ou constituir uma fonte de discriminações em razão do sexo ou da raça”*⁸⁴.

Além destes desafios, muitos outros se colocam, entre os quais a manipulação da imagem, as designadas *deepfakes*, ou a fuga de dados a terceiros mal-intencionados. Não corremos, porém, o risco de expor exaustivamente cada um deles, mas tão-só evidenciar e chamar à atenção para as ameaças perante as quais nos enfrentamos.

2. A Proposta de Regulamento sobre a Inteligência Artificial

2.1. Aspetos gerais

No ordenamento jurídico interno é ainda escassa a regulação das tecnologias que utilizam IA e, no que importa para o presente ensaio, as FRT.

Já no plano europeu a tendência é contrária. A União Europeia tem vindo, nos últimos anos, a notar a carência de regulamentação sobre a IA, atenta a necessidade de estabelecer regras à sua utilização.

Neste contexto, foi recentemente aprovada a Proposta de Regulamento sobre a Inteligência Artificial, o que consiste numa primeira aproximação à harmonização de regras relativamente à IA. Trata-se de um instrumento jurídico que, em tese, poderá contribuir para o estabelecimento de uma base normativa para o desenvolvimento e utilização de IA na União Europeia.

Este instrumento jurídico, primeiro que tudo, releva nas definições que estabelece, a primeira das quais no tocante à IA, definindo-a como *“um sistema*

⁸² Vide Joy Buolamwini e Timnit Gebru, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, Proceedings of Machine Learning Research, 81, 2018, 1–15.

⁸³ Alex Najibi, *Racial Discrimination in Face Recognition Technology*, disponível em <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/> (consultado em 18 de maio de 2024).

⁸⁴ José A. R. Lorenzo González, obra cit., 2022, p. 600.

baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis variáveis de autonomia, que pode apresentar adaptabilidade após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, infere, a partir dos dados que recebe, como gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais”⁸⁵ (artigo 3.º, n.º 1).

“Identificação biométrica”, para efeitos do Regulamento, consiste no “reconhecimento automático de características humanas físicas, fisiológicas, comportamentais ou psicológicas para efeitos de determinação da identidade de uma pessoa singular através da comparação de dados biométricos dessa pessoa com dados biométricos de pessoas armazenados numa base de dados”⁸⁶ (artigo 3.º, n.º 35).

A proposta aprovada define também “verificação biométrica” como sendo “a verificação automatizada e individual, incluindo a autenticação, da identidade de pessoas singulares através da comparação dos seus dados biométricos com dados biométricos previamente fornecidos”⁸⁷ (artigo 3.º, n.º 36).

É manifesto que o Regulamento integrará o reconhecimento facial no âmbito da verificação dos dados biométricos. O reconhecimento facial, conforme atrás se precisou, consiste na recolha, armazenamento e comparação de dados dos quais dispõe o sistema, configurando uma atividade que permite ao sistema verificar a identidade de uma pessoa, através da leitura dos traços do seu rosto.

2.2. Práticas proibidas

A utilização de FRT pode constituir uma importante ferramenta para a atividade policial e a segurança pública. Ao mesmo tempo, porém, podem estas tecnologias ser bastante intrusivas nos direitos fundamentais das pessoas. É também elevado o risco de se verificarem erros e um conseqüente enviesamento. Entre os riscos existentes, assinalam-se os riscos da vigilância em massa, da discriminação e do uso de dados recolhidos para fins ilícitos ou de forma ilícita.

Por esta razão, a Proposta de Regulamento estabelece algumas práticas de IA consideradas proibidas, entre as quais destacamos as seguintes:

- a) a colocação no mercado, a colocação em serviço para este fim específico

⁸⁵ Tradução nossa, do texto original: “AI system’ means a machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy, that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”.

⁸⁶ Tradução nossa, do texto original: “biometric identification’ means the automated recognition of physical, physiological, behavioural, or psychological human features for the purpose of establishing the identity of a natural person by comparing biometric data of that individual to biometric data of individuals stored in a database”.

⁸⁷ Tradução nossa, do texto original: “biometric verification’ means the automated, one-to-one verification, including authentication, of the identity of natural persons by comparing their biometric data to previously provided biometric data”.

ou a utilização de sistemas de IA que criem ou expandam bases de dados de reconhecimento facial através da recolha não direcionada de imagens faciais da Internet ou de imagens de câmaras de videovigilância (artigo 5.º, n.º 1, alínea e));

- b) a colocação no mercado, a colocação em serviço para este fim específico ou a utilização de sistemas de categorização biométrica que *categorizem individualmente pessoas singulares* com base nos seus dados biométricos para deduzir ou inferir a sua raça, opiniões políticas, filiação sindical, crenças religiosas ou filosóficas, vida sexual ou orientação sexual, embora não se refira esta proibição à classificação ou filtração de dados biométricos legalmente adquiridos, tais como imagens, com base em dados biométricos ou a categorização de dados biométricos na área da ação policial ou manutenção da ordem pública (artigo 5.º, n.º 1, alínea g));
- c) a utilização de sistemas de identificação biométrica à distância, em tempo real, em espaços acessíveis ao público para finalidades da manutenção da ordem pública, a menos e na medida em que essa utilização seja *estritamente necessária* para a prossecução de um dos seguintes objetivos (artigo 5.º, n.º 1, alínea h)):
 - i. a busca de vítimas de rapto, tráfico de seres humanos ou exploração sexual de seres humanos, bem como a busca de pessoas desaparecidas;
 - ii. a prevenção de uma ameaça específica, substancial e iminente à vida ou à segurança física de pessoas singulares ou de uma ameaça real e atual ou real e previsível de um atentado terrorista;
 - iii. a localização ou identificação de uma pessoa suspeita de ter cometido uma infração penal, para efeitos de investigação criminal, ação penal ou execução de uma sanção penal por infrações expressamente identificadas⁸⁸ e puníveis no Estado-Membro em causa com uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a quatro anos.

Efetivamente, o Regulamento estabelecerá fortes entraves à atividade policial, no tocante ao uso de FRT, ressalvadas algumas situações excecionais de manifesta necessidade. Evidentemente, estes são os casos em que os direitos fundamentais são, de forma abstrata, mais suscetíveis de serem violados, uma vez que o uso das FRT pressupõe, em alguma medida, uma agressão e uma intromissão não consentida (nem se pressupondo que seja consentida) nos direitos do visado.

⁸⁸ Tais ofensas criminais constam do Anexo II do Regulamento, envolvendo, designadamente, crimes como o terrorismo, o tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, rapto, participação em organizações criminais, entre outros que, de um modo geral, consistem em tipos de ilícito especialmente graves.

Refere o n.º 2 do artigo 5.º da Proposta de Regulamento que a utilização de FRT para os fins previstos na alínea h) deve ser apenas realizada para confirmar a identidade da *pessoa especialmente visada* e deve ter em conta, por um lado, a natureza da situação que dá origem à eventual utilização, nomeadamente a gravidade, a probabilidade e a dimensão do prejuízo que seria causado se o sistema não fosse utilizado, e por outro, as consequências da utilização do sistema para os direitos, liberdades e garantias de todas as pessoas em causa, nomeadamente a seriedade, a probabilidade e a dimensão dessas consequências.

Adicionalmente, prevê-se que a utilização de FRT deverá obedecer a determinados requisitos, nomeadamente a realização de uma avaliação de impacto sobre os direitos fundamentais, cujo resultado deverá ser comunicado à entidade competente pela fiscalização (“*market surveillance authority*”⁸⁹) e, ainda, a sujeição a autorização por uma entidade judicial ou uma entidade administrativa independente^{90 91}.

2.3. Considerações

A proposta de Regulamento sobre a Inteligência Artificial prossegue distinguindo entre os sistemas de alto ou baixo risco, consoante o impacto que têm na saúde, na segurança ou nos direitos fundamentais⁹². O objetivo é impor aos fornecedores, importadores e distribuidores de sistemas de IA considerados de alto risco estritos requisitos, por forma salvaguardar a segurança e os direitos fundamentais dos utilizadores desses sistemas e das pessoas por eles afetados.

Sem prejuízo das importantes definições que o Regulamento prevê, não resolve totalmente o problema no plano da responsabilidade civil. Poderá eventualmente a responsabilidade ser atribuída a qualquer das partes que incorrer em violação dos direitos que o Regulamento estabelece, sobretudo nos artigos 16.º a 26.º. Parece haver um reconhecimento, pelo menos em abstrato,

⁸⁹ “‘*market surveillance authority*’ means the national authority carrying out the activities and taking the measures pursuant to Regulation (EU) 2019/1020” (artigo 3.º, n.º 26).

⁹⁰ Para efeitos da concessão da autorização, o Regulamento atribui particular relevo às exigências da proporcionalidade e estrita necessidade na utilização das FRT aos fins prosseguidos.

⁹¹ “A autorização deve passar por um processo de avaliação da conformidade *ex ante*, realizado por um organismo notificado para verificar a conformidade com os requisitos aplicáveis aos sistemas de IA de risco elevado e ficará sujeita a requisitos mais exigentes em termos de registo e supervisão humana” (Graça Enes, *A Estratégia Europeia para a Inteligência Artificial*, in Maria Raquel Guimarães, Rute Teixeira Pinto (coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, Almedina, 2023, p. 64).

⁹² A Proposta inicialmente integrava nos sistemas de IA considerados de elevado risco os que se destinem a ser “*utilizados para a identificação biométrica à distância «em tempo real» e «em diferido» de pessoas singulares*”. A versão aprovada, porém, estabelece um âmbito mais amplo, considerando de elevado risco, entre outros, os sistemas de identificação biométrica à distância, sem incluir embora aqueles cujo único objetivo é confirmar que uma pessoa singular específica é a pessoa que afirma ser (Anexo III, 1, a)).

da licitude do uso das FRT. Mas não oferece solução para os casos em que o dano resulte, por exemplo, de uma falha do próprio sistema por insuficiência de dados. A estes perigos reportar-nos-emos adiante.

3. A proposta de diretiva responsabilidade da IA

Em setembro de 2022, foi publicada a Proposta de Diretiva relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA).

A Proposta toma essencialmente por referência definições e regras previstas pelo Regulamento Inteligência Artificial, estabelecendo novas regras para a responsabilidade civil extracontratual.

De entre tais regras, destacamos as previstas nos artigos 3.º e 4.º.

O artigo 3.º preocupa-se com a dificuldade de prova dos danos causados por sistemas de IA, dispondo que os tribunais deverão poder ordenar a divulgação de elementos de prova relevantes sobre sistemas de IA considerados de elevado risco suspeitos de terem causado danos, guiando-se por critérios de necessidade e proporcionalidade⁹³, devendo o demandado cumprir com tais ordens, sob pena sobre ele recair a presunção ilidível de incumprimento do dever de vigilância pertinente.

Nos termos do artigo 4.º, é estabelecida uma presunção ilidível de nexo de causalidade entre o facto culposo do demandado e o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de produzir um resultado. É necessário, assim, que se tenha provado previamente a ocorrência de um dano e a culpa⁹⁴ do demandado.

⁹³ “Tal como previsto no artigo 3.º, n.º 4, primeiro parágrafo, o tribunal só pode ordenar a divulgação na medida do necessário para fundamentar a ação, uma vez que as informações podem constituir elementos de prova essenciais para a ação da pessoa lesada em caso de danos que envolvam sistemas de IA.

Ao limitar a obrigação de divulgação ou conservação aos elementos de prova necessários e proporcionados, o artigo 3.º, n.º 4, primeiro parágrafo, visa assegurar a proporcionalidade na divulgação de elementos de prova, ou seja, limitar a divulgação ao mínimo necessário e evitar pedidos genéricos” (exposição dos motivos da Proposta de Diretiva, p. 14).

⁹⁴ “Essa culpa pode ser demonstrada, por exemplo, por incumprimento de um dever de diligência nos termos do Regulamento Inteligência Artificial ou de outras regras estabelecidas a nível da União, como as que regulam o uso da monitorização e da tomada de decisões automatizadas para o trabalho em plataformas digitais ou as que regulam o funcionamento de aeronaves não tripuladas. O tribunal também a pode presumir com base no incumprimento de uma decisão judicial de divulgação ou conservação de elementos de prova ordenada nos termos do artigo 3.º, n.º 5. No entanto, só é adequado estabelecer uma presunção de causalidade caso se afigure provável que o facto culposo em causa tenha influenciado o resultado do sistema de IA pertinente ou a inexistência de resultado, o que pode ser avaliado com base nas circunstâncias gerais do caso” (exposição dos motivos da Proposta de Diretiva, p. 15).

4. A responsabilidade civil por danos causados no regime vigente

A questão da responsabilidade civil pela utilização de tecnologias de reconhecimento facial que provoquem danos à imagem de determinada pessoa⁹⁵ coloca-se, sobretudo, no plano da responsabilidade civil aquiliana, quando nos reportamos à tutela de direitos subjetivos que emergem da própria personalidade, e não de um contrato.

Nos termos do disposto no artigo 483.º, n.º 1 do CC, “*Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”.

Nesta norma estão incluídas duas modalidades de ilicitude⁹⁶: a ilicitude por violação do direito de outrem e a ilicitude por violação de norma de proteção.

Estaremos no âmbito da primeira modalidade quando se dê a violação de um direito subjetivo específico. “*O direito subjetivo, enquanto permissão específica para o seu titular, é não-permissão para terceiros. Estes devem respeitá-lo, ou o direito subjetivo não fará sentido, precisamente no momento em que seria suposto revelar a sua utilidade*”⁹⁷.

Naturalmente, entramos no campo da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, estes que correspondem “*à frustração de utilidades não suscetíveis de avaliação pecuniária*”^{98 99}, embora se não exclua a possibilidade de os danos revestirem uma forma patrimonial, atento o interesse económico que a imagem detém, em abstrato, conforme *supra* se destacou.

Estatui o artigo 562.º do CC que “*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”, devendo a indemnização ser fixada em dinheiro “*sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor*”, fixando o tribunal, no caso dos danos não patrimoniais, o montante da indemnização *equitativamente*.

O nosso legislador parece ter adotado a tese do *counterfactual test*, através da qual se procede “*à comparação entre a situação real e atual da pessoa afetada com aquela*

⁹⁵ Quer se trate de danos causados pela extração da imagem sem o consentimento do respetivo titular ou dos causados pelo uso indevido dessa imagem.

⁹⁶ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, obra cit., pp. 287 e 288: “*Em qualquer dessas previsões a ilicitude aparece sempre configurada como um juízo de desvalor atribuído pela ordem jurídica*”; “*A ilicitude não se afeire em relação ao resultado, mas pressupõe antes uma avaliação do comportamento do agente*”.

⁹⁷ António Menezes Cordeiro, obra cit., 2016, p. 448.

⁹⁸ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, obra cit., p. 333.

⁹⁹ Conforme nos ensina Luís Menezes Leitão, “*se a indemnização por danos não patrimoniais não elimina o dano sofrido, pelo menos permite atribuir ao lesado determinadas utilidades que lhe permitirão alguma compensação pela lesão sofrida sendo, em qualquer caso, melhor essa compensação do que coisa nenhuma*” (Idem, *Ibidem*).

*outra em que ela se encontraria caso o autor da conduta não tivesse atuado como atuou (situação atual virtual)*¹⁰⁰.

E assim, conforme nos ensina José Alberto González, “*para aquele que tiver direito a compensatory damages devidos a título de violação ilícita de algum dos seus direitos não patrimoniais, a respetiva atribuição surge como fruto da sua colocação em pior condição – pessoal, nestas circunstâncias – quando comparada com aquela em que se encontraria caso a conduta lesiva não tivesse sucedido*”¹⁰¹.

A imagem é um bem jurídico particularmente sensível, uma vez que a sua afetação pode colocar em causa outros bens jurídicos, por conexão: especialmente, o direito à intimidade privada. O consentimento traça uma fronteira, mais ou menos estável, entre uma ingerência permitida e uma violação do direito à imagem. Neste último caso, embora de difícil prova, como acontece com a generalidade dos danos morais, é incontestável a ocorrência de um dano.

Assim, havendo uma ingerência não permitida nos direitos de personalidade de outrem, especificamente no direito à imagem, teremos, pelo menos em abstrato, um dano cometido por um facto ilícito, na primeira modalidade da ilicitude.

Restará, no entanto, saber a quem se deverá atribuir a responsabilidade e, ainda, que tipo de responsabilidade se trata, quando em causa está a violação de direitos de personalidade, como o direito à imagem, por utilização de FRT, sobretudo no tocante à recolha ilegítima de dados e às falhas apresentadas pelo algoritmo.

No que diz respeito ao objeto do presente estudo, embora estejamos perante a suscetibilidade da verificação de danos causados por sistemas dotados de IA, grande parte das questões que se têm colocado nesse domínio não têm aqui cabimento.

Efetivamente, não estamos, pelos menos no estado atual das coisas, a reportar-nos a sistemas dotados de uma total autonomia ou de uma “vontade” autónoma. As tecnologias de reconhecimento facial vulgarmente utilizadas nos dias de hoje e no futuro mais próximo suscitam problemas complexos que se colocam em outros âmbitos, e sobretudo em relação ao direito à imagem e aos direitos conexos a este.

Por esta razão, não nos parece possível conceber a personificação de FRT ou, por qualquer forma, atribuir-lhes a responsabilidade nestes termos.

Ao mesmo tempo, porém, atenta a natureza dos problemas e dos bens jurídicos envolvidos, entendemos que a responsabilidade por danos causados por sistemas de reconhecimento facial nos termos gerais consiste numa proteção relativamente escassa conferida aos lesados. A isto deve-se o facto de que os lesados dificilmente terão conhecimento da recolha dos seus dados, quando esta ocorra, por exemplo, em espaços públicos. Por outro lado, é manifesta a dificuldade de

¹⁰⁰ José Alberto González, obra cit., 2017, p. 60.

¹⁰¹ Idem, pp. 114 e 115.

provar que essa recolha aconteceu e aconteceu ilegitimamente¹⁰².

Neste aspeto, a questão que nos parece merecer maior relevância consiste em saber se a responsabilidade por danos causados por FRT deve recair sobre o produtor ou programador do sistema ou, antes, sobre o seu utilizador.

4.1. A responsabilidade do produtor

No primeiro caso estaremos no âmbito da responsabilidade do produtor. Por meio desta tese, poder-se-ia afirmar que a responsabilidade por danos causados aos direitos de personalidade de outrem por FRT recai sobre o programador do sistema, que assim o configurou.

Imagine-se, por exemplo, sistemas de reconhecimento facial em aeroportos ou serviços de controlo de fronteiras que, a partir da captação da imagem de certa pessoa, procedem à categorização dessa pessoa através da comparação com os dados constantes da sua base de dados, oferecendo sugestões sobre o perfil da pessoa, nomeadamente sobre a suscetibilidade de esta cometer ilícitos criminais. Sem dúvida, estamos perante um dano ao direito à imagem (entre outros). Será responsável, neste caso, o programador do sistema por ter o configurado desta forma, isto é, possibilitando-o realizar este tipo de atividades?

Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, que estabelece o regime da Responsabilidade Decorrente de Produtos Defeituosos, *“O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação”*.

O diploma estabelece uma definição de “produto” bastante ampla, definindo-o como *“qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel”*, nos termos do seu artigo 3.º, n.º 1.

Todavia, este regime não foi, à partida, pensado para o tipo de situações com as quais nos deparamos aqui. Desde logo, porque pressupõe um defeito no produto.

O artigo 4.º, n.º 1 deste diploma legal dispõe que *“Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação”*.

A razão do regime da responsabilidade do produtor relaciona-se, sobretudo, com a dificuldade de prova e de consequente responsabilização por danos causados por produtos inseridos num vasto ciclo produtivo.

No âmbito do uso de FRT, porém, a questão não se coloca tanto com os defeitos apresentados pelo sistema, exceto nos casos de enviesamento de dados, conforme *supra* explanado, onde efetivamente o dano é provocado por uma im-

¹⁰² Um dos grandes desafios que se coloca na atualidade é o de escrutinar a base de dados de um sistema e, em seguida, apurar a proveniência desses dados, sobretudo atendendo à função de *deep learning* da IA.

precisão do sistema face à dimensão da base de dados de que dispõe¹⁰³.

No entanto, mesmo esta hipótese suscita dificuldades. Desde logo, porque o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 383/89 exclui a responsabilidade do produtor quando:

- a) Tendo em conta as circunstâncias, se poder admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação;
- b) O defeito for devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- c) O estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito.

Os problemas evidenciam-se por si. Em primeiro lugar, o defeito apenas ocorre no momento em que realiza uma leitura incorreta do rosto de outrem, podendo, nesta medida, nunca sequer chegar a consumir-se. Por outro lado, é manifesta a escassez legislativa no âmbito de FRT. Por último, tal como sucede na primeira nota, a existência do defeito não é configurável *ab initio*.

Nos demais casos, a captação, o armazenamento e o uso dos dados é a própria função para o qual foi o sistema configurado, pelo que eventuais danos que daí possam resultar são provocados sem qualquer defeito daquele.

4.2. A responsabilidade do utilizador

Outra possível via será responsabilizar aquele que detém ou utiliza o sistema de reconhecimento facial que causa danos a outrem, sendo neste caso os principais responsáveis as grandes empresas, como o Facebook ou o Google, ou o próprio Estado, no exercício da sua função administrativa policial ou judiciária.

Neste último caso, é seguro afirmar a aplicabilidade da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, ex vi artigo 501.º do CC, que estabelece a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público, como uma responsabilidade fundada no risco¹⁰⁴.

A responsabilidade pelo risco é uma modalidade especial da responsabilidade que dispensa a verificação do pressuposto culpa do lesante. “*O risco consiste num outro título de imputação de danos, que se baseia na delimitação de uma certa esfera de riscos pela qual deve responder outrem que não o lesado*”¹⁰⁵. Conforme nos refere Almeida Costa, “*Existem, com efeito, certas atividades humanas que envolvem o risco de causar prejuízos a terceiros, mas que a lei não proíbe em virtude de serem socialmente*

¹⁰³ Conforme se referiu oportunamente, os sistemas de IA, em geral, são sistemas preditivos, que se limitam a sugerir soluções, tendo em conta a informação de que dispõem.

¹⁰⁴ Repare-se que a Proposta de Regulamento Inteligência Artificial também se refere a riscos.

¹⁰⁵ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, obra cit., p. 365.

*úteis ou, quando menos, não reprovadas pelo consenso geral*¹⁰⁶.

Nos termos do artigo 11.º do referido diploma legal, “O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”.

Particularmente importante, neste ponto, é ainda a suscetibilidade do Estado de incorrer em responsabilidade pelo sacrifício, dispondo o artigo 16.º que “O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”. Ora, danos especiais consideram-se, à luz do artigo 2.º, aqueles que “incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas”, e os anormais aqueles que “ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”.

É indubitável a subsunção das situações que por ora tratamos às previsões normativas *supra* citadas.

Todavia, não estando em causa um órgão ou uma função do Estado, não parece ser possível aplicar o instituto da responsabilidade pelo risco às demais situações e entidades, não porque não mereçam tal qualificação, mas apenas pela limitação das situações de responsabilidade objetiva imposta pelo artigo 483.º, n.º 2 do CC.

4.2.1. A inversão do ónus da prova

Restando socorrer-nos à responsabilidade civil aquiliana, nos seus termos gerais, não obstante, a solução que parece mais favorável será a de enquadrar os casos de responsabilidade civil por reconhecimento facial nas situações em que se dispensa a prova, ao lesado, da culpa do lesante, correndo por este o ónus de provar que o facto sucedeu por causa que não lhe é imputável. Solução esta que nos parece adequada, face aos entraves que podem ser colocados ao próprio lesado neste plano.

A Proposta de Diretiva que atrás estudámos estabelece soluções semelhantes, reconhecendo a dificuldade perante a qual nos encontramos.

Assim acontece, por exemplo, no âmbito dos serviços de pagamento com moeda eletrónica, cujo regime é regulado pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro¹⁰⁷, este que estabelece, em relação ao prestador de serviços de pagamento (bancos) o ónus de provar que cumpriu os requisitos de informação estabelecidos, nos termos do seu artigo 80.º, bem como, em caso de operação de pa-

¹⁰⁶ Mário Júlio de Almeida Costa, obra cit., p. 494.

¹⁰⁷ Que transpõe a Diretiva (UE) 2015/2366.

gamento não autorizada, a prova de que a operação de pagamento foi autenticada, devidamente registada e contabilizada e que não foi afetada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência do serviço, nos termos do disposto no seu artigo 113.º.

No âmbito do CC, duas possibilidades existem, refletidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 493.º.

Segundo o seu n.º 1, quem tiver em seu poder coisa móvel com o dever de a vigiar responde pelos danos que a coisa causar, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua. Como nos refere Luís Menezes Leitão, a referida norma pressupõe, “*em face da perigosidade imanente de certas coisas o surgimento de um dever de segurança no tráfego, que impõe automaticamente a sua custódia em relação ao seu detentor*”¹⁰⁸.

Poder-se-ia afirmar, neste caso, a existência de um dever de segurança no tráfego, donde emerge um dever de vigilância sobre as tecnologias em apreço, face aos riscos que colocam, a inexperiência na sua utilização, bem como os bens jurídicos em causa.

Esta será uma possibilidade a adotar, ficando embora a dúvida sobre se o algoritmo (responsável pela atividade do sistema) se pode considerar como *coisa*, ou antes uma *ideia*.

O n.º 2 do artigo 493.º do CC dispõe que “*Quem causar danos a outrem o exercício de uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir*”.

Outra possibilidade seria a de enquadrar a utilização de tecnologias de reconhecimento facial no conceito de *atividade perigosa*, seja pela sua própria natureza ou pelos meios utilizados. Trata-se de um conceito bastante amplo, tendo sido deixado à doutrina e jurisprudência a sua densificação.

A este propósito, cumpre citar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-06-2022, em cujo sumário se pode ler:

- “2. O preenchimento de tal conceito pressupõe uma especial probabilidade de «aquela concreta atividade» causar um dano a terceiro, significando isto que é necessário que a concreta atividade desenvolvida pelo lesante acarrete um perigo que vá para além do que é normal noutras atividades, sendo expectável que dela possam resultar danos que, em termos de normalidade, não ocorreriam noutra atividade.
3. “Atividade perigosa” é, assim, aquela, cujo perigo, que objetivamente a encerra, acompanha o seu correto e adequado exercício, mesmo enquanto «tudo correr bem» e ainda que «tudo corra bem», e não aquela que apenas recebe tal qualitativo quando algo corre mal e o dano acontece, pois que a perigosidade é aferida a priori,

¹⁰⁸ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, obra cit., p. 321.

residindo no próprio processo, e não no resultado danoso, muito embora a magnitude deste possa evidenciar o grau de perigosidade da atividade”¹⁰⁹.

Acresce que o n.º 2 se encontra munido de uma especialidade: é que, perante no exercício de uma “atividade perigosa” não basta a prova da ausência da culpa, uma vez que o legislador existiu “a demonstração de um grau de diligência superior à das disposições anteriores”¹¹⁰.

Trata-se assim esta de uma possibilidade a não excluir, *a priori*, atribuindo a devida relevância ao direito à imagem e à grande suscetibilidade de lesão que conhece com as FRT.

Conclusão

Resta-nos concluir a presente análise com algumas considerações finais.

O objetivo do presente estudo não se prendeu com qualquer sugestão cética de afastamento da FRT. Os sistemas de IA, integrando a FRT, são uma realidade para a qual nos resta acomodar. Isto significa avaliar os riscos que comportam nas suas diversas dimensões e atribuir-lhes alguma solução adequada, ainda que tal se prenda com a necessidade de desenvolvimento legislativo, conforme sucede nesta matéria.

No caso em estudo, as tecnologias de reconhecimento facial colocam diversos riscos no tocante aos direitos de personalidade, sobretudo no direito à imagem e à intimidade privada.

Os direitos de personalidade são direitos inerentes à própria pessoa, da qual não podem ser afastados, sendo protegidos por diversas formas a nível nacional e internacional. São, nesta medida, direitos que resultam da própria ideia do Estado de Direito Democrático.

Por esta razão, importa não esquecer a importância que comportam os direitos de personalidade, perante o surgimento de cativantes inovações tecnológicas, como é o caso da FRT.

A nível europeu algum desenvolvimento legislativo tem sido observado atentas as preocupações acima expostas.

No plano interno, porém, os problemas não são encarados de forma tão expressa e cristalina. No entanto, certo é que os direitos de personalidade são, como não podiam deixar de o ser, protegidos, em termos abstratos, pelo nosso Código Civil.

Nestes termos, é nos possível vislumbrar o suprimimento de alguma desproteção sofrida pelos principais afetados pelas tecnologias emergentes.

¹⁰⁹ Ac. do TRL, de 22-06-2022, proc. n.º 1694/18.6T8PDL.L1-7, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/46b235ae3d7ebe3580258710004cd47b?OpenDocument>.

¹¹⁰ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, obra cit., p. 324.

Com efeito, poder-se-ão enquadrar casos de lesão do direito à imagem no âmbito da responsabilidade civil pelo risco, quando o lesante seja o próprio Estado. Por outro lado, face às dificuldades de prova da culpa do lesante, cujo ónus geralmente recai sobre o lesado, conforme se tem igualmente observado no plano europeu, estando sobretudo em causa algoritmos de leitura e compreensão complexa, é concebível aplicar o instituto da presunção de culpa em determinados casos, invertendo assim o ónus da respetiva prova sobre quem maior informação e possibilidade detém para demonstrar a sua inexistência.

Bibliografia

- Abbass, Hussein, *What is Artificial Intelligence?*, in *IEEE Transactions on Artificial Intelligence*, volume 2, n.º 2 (abril 2021), Canberra, 2021
- Baker, James E., Laurie N. Hobart e Matthew Mittelsteadt, *An Introduction to Artificial Intelligence for Federal Judges*, Federal Judicial Center, Washington, DC, 2023
- Buolamwini, Joy e Timnit Gebru, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, 1-15
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil VIII*, Coimbra, Almedina, 2016
- Criado, J. Ignacio, *Inteligencia Artificial (y Administración Pública)*, in *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20 (abril - septiembre 2021), 2021, 348-372
- Costa, Adalberto, *O Direito à Imagem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72 (outubro/dezembro de 2012), 2012, 1323-1377
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 1991
- Enes, Graça, *A Estratégia Europeia para a Inteligência Artificial*, in Guimarães, Maria Raquel, Rute Teixeira Pinto (coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, Almedina, 2023
- Festas, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem. Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- Fernando, Luís Carvalho, José Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014
- Fidalgo, Vítor Palmela, *Inteligência Artificial e Direitos de Imagem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, n.º 3-4 (julho-dezembro 2018), 2018, 879-903
- González, José Alberto, *Código Civil Anotado*, volume I, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2011
- González, José Alberto, *Direito da Responsabilidade Civil*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2017
- González, José A. R. Lorenzo, *Reconhecimento Facial (FRT) e direito à imagem*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXIII, números 1 e 2, 2022, 579-605
- González, José A. R. Lorenzo, *Responsabilidade por danos e Inteligência Artificial (IA)*, in *Revista de Direito Comercial*, 2020

- Kember, Sarah, *Face Recognition and the Emergence of Smart Photography*, in *Journal of Visual Culture*, volume 13, issue 2, 2014, 182-199
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume I, 15.^a edição, Coimbra, Almedina, 2020
- Lima, Pires de e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, volume I, 4.^a edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987
- Lopes, Joana Costa, *Os Desafios à Tutela Judicial Civil no Direito à Imagem na Era Digital*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, tomo 2, 2023, 1117-1206
- Maia, Ana Rita, *A Responsabilidade Civil na Era da Inteligência Artificial – Qual o caminho?*, in *Revista Julgar Online* (Maio de 2021), 2021, 1-44
- McCarthy, John, *What is Artificial Intelligence?*, Stanford, Stanford University, 2004
- Miranda, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- Neto, Luísa, *Inteligência Artificial e Inteligência Coletiva*, in Guimarães, Maria Raquel, Rute Teixeira Pinto (coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, Almedina, 2023
- Omoyiola, Bayo Olushola, *Overview of Biometric and Facial Recognition Techniques*, in *IOSR Journal of Computer Engineering (IOSR-JCE)*, volume 20, issue 4, ver. I (July-August 2018), 2018, 01-05
- Petrescu, Relly Victoria Virgil, *Face Recognition as a Biometric Application*, in *Journal of Mechatronics and Robotics*, Vol. 3, 2019, 237-257, pp. 240 e 241
- Prata, Ana (coord.), *Código Civil Anotado*, volume I, Coimbra, Almedina, 2017
- Turk, Matthew e Alex Pentland, *Eigenfaces for Recognition*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, Vol. 3, n.º 1, 1991, 71-86
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2023
- Vasconcelos, Pedro Pais de e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Coimbra, Almedina, 2019