

# A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET

*Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão*

## **1. Introdução.**

O tema que é objecto desta conferência relaciona-se com a responsabilidade civil na internet, pretendendo-se uma análise da responsabilidade dos provedores de serviços, face à Directiva Comunitária sobre o Comércio Electrónico, mais precisamente a Directiva 2000/31 /CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico no mercado interno (\*). Esta Directiva surgiu em virtude de a Comunidade ter considerado que a divergência de legislações, bem como a insegurança dos regimes jurídicos nacionais no âmbito da sociedade de informação, poderia funcionar como obstáculo ao bom funcionamento do mercado interno, em virtude de tornar menos atraente a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços (1). Nos termos do seu art. 22.º, os Estados-Membros estão obrigados a proceder à transposição da Directiva até 17 de Janeiro de 2002.

---

(\*) O presente artigo corresponde ao texto da conferência por nós realizada na Associação Empresarial de Portugal, no dia 16 de Novembro de 2000, tendo-lhe sido apenas acrescentadas breves notas.

(1) Cfr. Ponto 5 do Preâmbulo da referida Directiva.

No âmbito desta comunicação examinar-se-á em primeiro lugar as questões jurídicas colocadas pela internet, a definição dos serviços de acesso à internet, para depois se analisar em que termos se encontra estabelecida a responsabilidade por esses serviços.

## 2. Questões jurídicas colocadas pela internet.

### 2.1. Generalidades.

A difusão da internet nos últimos anos correspondeu praticamente a uma revolução na história da humanidade, tal o seu crescimento meteórico e rápida difusão, quer através do incremento constante do número de utilizadores, que actualmente se estima em 200 milhões quer através do aumento do número de *sites*, a que é fornecido acesso. A internet assume assim actualmente uma grande relevância, quer através do sector económico criado pelo comércio electrónico, quer através da influência cultural e educativa que ela exerce, abrindo cada vez mais possibilidades aos seus utilizadores.

Actualmente, as possibilidades fornecidas pela Internet reconduzem-se essencialmente às seguintes:

- 1) a transferência (*download*) de ficheiros, em sistema de *freeware* ou *shareware*, que permite a transferência de bases de dados, aplicações, jogos, imagens e música, através do sistema de transferência de ficheiros (FTP);
- 2) a utilização de aplicações interactivas à distância (Telnet);
- 3) o sistema de correio electrónico (*e-mail*), que permite efectuar trocas de correspondência entre utilizadores;
- 4) o diálogo em directo entre utilizadores através do sistema do *Internet Relay Chat* (ou IRC);
- 5) a *World Wide Web* que permite a exibição de textos e de informações sobre forma gráfica ou *multimédia* e o estabelecimento de ligações (*links*) entre eles através de sistemas de ligação hipertexto.

- 6) Os fóruns ou *newsgroups* através dos quais é permitido aos utilizadores acesso a grupos de discussão temática <sup>(2)</sup>.

Essas possibilidades não devem, no entanto, fazer esquecer que a internet é igualmente susceptível de ser utilizada para fins ilegais ou lesivos, podendo assim desencadear-se hipóteses de responsabilidade civil. Em termos gerais, podemos apontar as seguintes situações juridicamente tuteladas para as quais a utilização da internet poderia constituir fonte potencial de riscos <sup>(3)</sup>:

- 1) a segurança nacional, através da difusão de informações potencialmente perigosas, como alvos terroristas, instruções sobre fabrico de explosivos, produção e tráfico de drogas, segredos militares, *etc.*
- 2) a tutela dos menores, através da emissão de mensagens publicitárias especialmente agressivas, ou a exibição de pornografia ou violência na rede;
- 3) a protecção da dignidade humana, como nos apelos ao ódio racial e religioso ou à discriminação sob quaisquer formas;
- 4) a tutela do património, uma vez que a internet pode ser facilmente usada para a prática de burlas (ex: tratamentos milagrosos, oferta de investimentos), ou de utilização fraudulenta de cartões de crédito;
- 5) a segurança da própria informação electrónica, através do ataque por *hackers* aos *sites* nela disponibilizados;
- 6) a tutela da vida privada, como no caso da transferência não autorizada de dados pessoais ou no assédio electrónico;
- 7) a tutela da honra e da reputação, como nos casos da injúria e difamação por meios electrónicos ou na publicidade comparativa ilícita;
- 8) a tutela da imagem, através de publicação de imagens digitais alteradas ou de montagens eróticas ou pornográficas;

---

<sup>(2)</sup> Cfr. THIERRY PIETTE-COUDOL/ANDRÉ BERTRAND, *Internet et la loi*, Paris, Dalloz, 1997, p. 4.

<sup>(3)</sup> Seguimos em parte nesta enumeração a *Comunicação da Comissão Europeia ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 16/10/1996 sobre conteúdo ilegal ou lesivo da internet*, p. 3.

- 9) a protecção da propriedade industrial ou da lealdade na concorrência, através da utilização de marcas ou nomes e insígnias de estabelecimento, em *sites* sem autorização do respectivo titular, por vezes mesmo registando-se estes como nomes de domínio (*cybersquatting*).
- 10) a protecção da propriedade intelectual, através da distribuição e publicação não autorizada de obras tuteladas por direitos de autor ou por direitos conexos (ex. obras literárias, musicais, cinematográficas, programas de computador, etc.).

Por todos estes elementos já se podem analisar os riscos que a internet suscita em termos de actuação ilegais e lesivas por seu intermédio. Nestes casos, qualquer destas situações é susceptível de implicar responsabilidade civil ou por violação de direitos ou por violação de normas de protecção destinadas a proteger interesses alheios (art. 483.º do Código Civil). Especificamente, podem-se colocar situações de responsabilidade civil por violação de direitos de autor (art. 203.º do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos), por violação de direitos da propriedade industrial ou concorrência desleal (arts. 257.º, 260.º, 264.º e 268.º do Código da Propriedade Industrial), por violação de direitos de personalidade (art. 70.º do Código Civil), responsabilidade por informações (art. 485.º) e responsabilidade por produtos defeituosos, nos termos do D.L. 383/89, de 6 de Novembro.

A aplicação destes dispositivos à internet suscita, no entanto, diversas questões, entre as quais se poderá apontar as seguintes:

## 2.2. A violação de direitos de autor.

Em relação à responsabilidade por violação de direitos de autor, coloca-se o problema de a colocação da obra na internet não ser uma forma de publicação gráfica da obra, e de a obtenção de cópias da mesma por esta via ser efectuada pelos próprios utilizadores, através do processo de *download*, o que poderia considerar-se como abrangido pela permissão do art. 81.º b) do Código de

Direito de Autor (cópia privada) (4). É, no entanto, manifesto que por esta via ocorre uma difusão não autorizada da obra, que entre nós se encontra proibida pelo art. 68.º, n.º 1 e) do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos, bem como pelo art. 11.º bis da Convenção de Berna. Efectivamente, a difusão da obra através da internet é muito mais elevada que através dos meios mais comuns como testemunha o episódio da publicação na internet por um cibercafé da obra *Le grand secret* sobre a situação clínica do falecido Presidente François Mitérrand, onde se referiu que o número de acessos para *download* após essa colocação atingiu os mil por hora.

Na América houve, por isso, logo decisões a considerar violado o *copyright* através da colocação na internet. Essa solução foi adoptada pelo *U.S. District Court of Florida* no caso *Playboy versus Frena*, de 9 de Dezembro de 1993 (5), em que várias fotografias retiradas da revista *Playboy* foram, com referência à fonte, introduzidas num boletim fornecido contra retribuição aos seus subscritores via internet, sendo permitido a estes efectuar o *download* das fotografias. O Tribunal considerou ter existido violação do *copyright* da empresa *Playboy* sobre as fotografias, considerando que a publicação na internet extravasa do uso normal que é concedido ao utilizador de uma obra, não tendo aceite a defesa de que não tenha sido a Ré a efectuar as cópias das fotografias. A mesma solução é adoptada posteriormente em 28 de Março de 1994 pelo *U.S. District Court of California* no caso *Sega Enterprises versus Maphia*, relativa a um caso de distribuição de jogos *Sega* num boletim internet (6). Finalmente, a mesma solução apa-

---

(4) Em matérias de programas de computador ou de bases de dados nem sequer a cópia privada é lícita, face ao que se dispõe respectivamente no art. 4.º da Directiva 91/250/CEE, de 14 de Maio de 1991, transposta pelo art. 5.º do D.L. 252/94, de 20 de Outubro e no art. 5.º da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital", no *BFD* 75 (1999), pp. 475-521(481), chega mesmo a sustentar uma proibição geral da cópia privada no ambiente digital.

(5) Cfr. "PLAYBOY ENTERPRISES, Inc., v. George FRENA, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess". 839 F. Supp. 1552, No. 93-489-Civ-3-20, transcrito em <http://www.loundy.com/CASES/PlayboyvFrena.html>

(6) SEGA ENTERPRISES LTD. and Sega of America, Inc., Plaintiffs, v. MAPHIA, 857 F. Supp. 679, e também em <http://www.jmls.edu/cyber/cases/sega.txt>

rece em casos que envolvem a Igreja de Cientologia, tendo-se considerado que o fornecimento de documentos desta Igreja por antigos membros via internet não está abrangido pela utilização livre e viola o direito de autor.

Em relação aos ficheiros áudio que podem ser ouvidos através dos programas *Realaudio* ou *Quicktime* a situação é mais complicada uma vez que a colocação de ficheiros audio na *web* não se apresenta como um processo de radiodifusão por ondas hertzianas, cabo ou fibras ópticas nem o utilizador se torna ouvinte, ocorrendo apenas a transferência de um ficheiro informático sonoro de um computador para outro. Mais complicada parece ser ainda a reprodução dos ficheiros através do *Napster*, onde, conforme se sabe não existe sequer uma armazenagem em *hardware* das obras musicais, mas apenas a criação de um *software* de bases de dados através da ligação em rede de diversos computadores dos utilizadores privados que têm ficheiros de som MP3, permitindo a troca desses ficheiros. Em qualquer dos casos, parece-nos que nessa transferência há manifestamente um processo de reprodução da obra, pelo que a situação é vedada pelo art. 68.º, n.º 2 i) do Código de Direitos de Autor e pelo art. 11.º bis da Convenção de Berna (7).

Efectivamente, desde 1997 e após a entrada em vigor do Tratado de Direito de Autor da OMPI, de 20 de Dezembro de 1996, o

---

(7) O caso do Napster ainda se encontra em julgamento nos EUA. Tendo sido interposta uma acção pela RIAA contra a Napster, alegando a primeira existir uma colossal violação de direitos de autor e defendendo-se segunda com o argumento de que os seus utilizadores se limitavam a trocar ficheiros de som para fins não comerciais. Em Julho de 2000, um tribunal de S. Francisco concedeu uma *temporary injunction*, determinando a suspensão da sua actividade (cfr. "Napster Shut Down", na *BBC News On-line* de 27/7/2000, em [http://news.bbc.co.uk/hi/english/business/newsid\\_852000/852283.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/english/business/newsid_852000/852283.stm).), mas essa decisão veio a ser imediatamente anulada em recurso por um *Federal Court of Appeals*, que permitiu a continuação da actividade durante o decurso do processo (cfr. "Napster Can Remain in Business", na *BBC News On-Line*, de 28/7/2000, em [http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/amencas/newsid\\_856000/856658.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/amencas/newsid_856000/856658.stm)). A Napster realizou posteriormente um acordo com uma das companhias que o processaram, a alemã *Bettersmann*, mas outras grandes companhias, como a *Seagram's Universal Music*, *Sony Music*, *Warner Music* e *EMI*, têm continuado a acção (cfr. "Napster Lawsuit Continues", na *BBC News On-Line*, de 1/11/2000, em [http://news.bbc.co.uk/hi/english/business/newsid\\_1000000/1000463.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/english/business/newsid_1000000/1000463.stm)). Cfr. SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 44, nota (60).

seu art. 8.º é claro no sentido de que a comunicação ao público das obras inclui a colocação à disposição do público destas, de maneira a que membros do público possam ter acesso a estas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem, sendo essa autorização um direito exclusivo dos autores (8). No art. 10.º admitem-se, porém, limitações e excepções a conceder pelos Estados que não atinjam a exploração normal da obra nem causem um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Actualmente, no âmbito da Comunidade Europeia encontra-se em discussão uma proposta de Directiva sobre o Direito de Autor na Sociedade da Informação, onde igualmente se prevê expressamente a mesma orientação (9).

### 2.3. A violação de direitos da propriedade industrial.

Em relação à violação de direitos de propriedade industrial, também no caso *Playboy versus Frena* se considerou que a distribuição via *internet* de fotografias contendo as marcas *Playboy®* e *Playmate®* implicava violação do direito à marca e concorrência desleal por indevida apropriação do prestígio da mesma. A mesma

---

(8) É o seguinte o seu texto: "Sem prejuízo das disposições do artigos 111) (ii), 11 bis 1) (I) e (ii), 11 ter 1) (ii) e 14 bis 1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem". OLIVEIRA ASCENSÃO, "O direito de autor no ciberespaço", em AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2000, pp. 83-103 (87 e ss.), considera incorrecta a menção do artigo, já que a colocação da obra à disposição do público é independente de qualquer utilização, pelo que não constitui necessariamente uma forma de comunicação pública da obra, sendo antes uma faculdade autónoma incluída no direito de autor. Cfr., ainda sobre esta questão, OLIVEIRA ASCENSÃO, "E agora? Pesquisa do futuro próximo" em ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELCTUAL (org.), *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 9-30 (28), e "A Sociedade da Informação", em FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA / ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELCTUAL (org.), *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 163-184 (169 e ss.) e ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Internet, Direito de autor e acesso reservado", em AAVV, *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, pp. 263-273.

(9) Cfr. o art. 3.º do Projecto segundo a Posição Comum (CE) 48/2000, de 28 de Setembro de 2000, no JOCE C 344 de 1/12/2000.

violação do direito à marca é afirmada no caso *Sega Enterprises versus Maphia*. Questões especiais podem colocar-se quanto ao registo dos nomes de domínios, uma vez que tem havido pouca cautela na concessão dos registos, com casos de concessão de registos de domínios em conflito com marcas ou nomes de estabelecimento. Parece que, no entanto, a concessão do registo do domínio não impede a violação do direito de exclusivo ou de concorrência desleal, podendo essa violação determinar o cancelamento do registo, conforme foi efectuado sucessivamente pelos tribunais.

#### **2.4. A responsabilidade do produtor.**

Em relação à responsabilidade por produtos defeituosos, coloca-se a questão se a colocação de *software* defeituoso na rede, cuja utilização venha a danificar os programas ou os ficheiros informáticos constantes de um computador, pode ou não ser considerado como colocação de um produto em circulação, para efeitos do art. 1.º do D.L. 383/89, de 6 de Novembro. A questão coloca-se quanto à interpretação do conceito de produto, para efeitos do art. 2.º do D.L. 383/89, parecendo à primeira vista que a definição de produto se limitaria às coisas móveis corpóreas. No entanto, parece claro que a comercialização de disquetes defeituosas cairia na alçada desta disposição, pelo que não haverá motivo para dela excluir os produtos fornecidos *on-line* quando eles se apresentem como funcionalmente equivalentes à transmissão de mercadorias fora da rede (10).

### **3. As restrições de acesso à Internet perante a liberdade da informação.**

Uma das formas de reagir contra as actividades ilegais e lesivas na internet seria a imposição de restrições ao acesso fundadas

---

(10) Cfr. THOMAS HOEREN, "Zivilrechtliche Haftung im Internet" em <http://www.rewi.huberlin.de/HFR/2-1998>, p. 1. Em sentido contrário, ao que julgamos, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A responsabilidade civil na negociação informática", FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA / ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELECTUAL (org.), *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 229-239.

essencialmente na protecção de outros interesses legalmente protegidos como seja a tutela dos menores ou a tutela da segurança nacional. Especialmente grave põe-se a questão da tutela dos menores, uma vez que qualquer criança sabe hoje em dia surfar na internet e pode ter facilmente acesso a sites pornográficos ou violentos. Daí que tenham surgido tentativas de limitar o acesso e de responsabilizar os fornecedores de acesso caso tal viesse a acontecer. Essa via foi ensaiada nos Estados Unidos através do *Communications Decency Act* cujo § 502 estabelecia a pena de dois anos de prisão para quem estabelecesse uma comunicação contendo material pornográfico, que por essa via se tornasse acessível a menores de 18 anos. Este, porém foi declarado inconstitucional por um tribunal federal americano no Caso *ACLU Vs Reno* <sup>(11)</sup>, com fundamento na violação da liberdade de expressão, assegurada pelo art. 1.º da Constituição Norte Americana, tendo-se considerado a proibição como demasiado ampla, já que, embora fosse legítimo proteger os menores, não havia meios de determinar se o utilizador era menor, o que implicava proibir na prática qualquer fornecedor de publicar conteúdos “para adultos” na internet tendo-se ainda considerado que os pais poderiam ter controlo sobre as mensagens recebidas pelos filhos através dos sistemas de controlo de acesso a instalar nos seus computadores. Pensamos que, entre nós, a solução seria idêntica face ao art. 37.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, que dispõe que “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. Não parece assim possível responsabilizar os fornecedores pelos conteúdos pornográficos, sob o pretexto de que estes podem ser acessíveis a menores.

Por esse motivo também a Comissão Europeia tem salientado que nenhuma acção regulamentadora destinada a proteger os menores pode tomar a forma de uma proibição incondicional de usar a Internet para distribuir materiais que estejam disponíveis livremente em outro meio de comunicação <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Este caso pode ser confrontado em <http://www.bna.com/elaw/cases/aclureno.html>

<sup>(12)</sup> *Comunicação cit.*, p. 17.

A solução prática para tutela dos menores que aparece defendida pela Comissão Europeia baseia-se assim num controlo a jusante e não a montante, através da instalação de *softwares* de filtragem. Neste âmbito, têm sido utilizadas as técnicas de elaboração de **listas negras**, onde o *software* bloqueia o acesso a *sites* considerados como indesejáveis, ou das **listas brancas**, que apenas autorizariam o acesso a determinados *sites* listados e ainda o sistema de **rotulagem neutra**, em que o *site* recebe determinado rótulo, cabendo depois ao utilizador decidir se a ele pretende ter acesso ou não.

A técnica das listas brancas é muito limitativa, pois põe em causa a função de descoberta a que anda associada a utilização da internet, ainda que em virtude da sua segurança seja utilizada nas escolas. A técnica das listas negras veda o acesso a *sites* com determinado tipo de conteúdos e encontra-se já bastante difundida a sua utilização através da comercialização de sistemas de *software* que permitem vedar o acesso a *sites* com conteúdos pornográficos ou violentos, como sejam os *Cyber Patrol*, *Cybersitter*, *The Internet Filter*, *Net Nanny*, *Parental Guidance*, *SurfWatch* e *SmartFilter*. Já a rotulagem neutra tem vindo a ser desenvolvida através do padrão *PICS (Platform for Internet Content Selection)*, inserido na última geração de *browsers* na internet. Este padrão rotula os *sites* através de uma cotação, e só permite visualizar os *sites* que correspondam aos padrões estabelecidos no computador doméstico.

Os *softwares* limitativos não deixam no entanto de suscitar controvérsia a propósito da liberdade de expressão, aparecendo críticos que suscitam a questão de serem introduzidos nas listas negras *sites* sem outro critério que não seja o do produtor do *software*, admitindo-se por exemplo que o produtor do *software* pudesse bloquear qualquer *site* que fizesse uma crítica aos seus produtos. Daí que na própria internet aparecem *sites* a reagir contra os *softwares* limitativos como o da *peacefire*, em [www.peacefire.org](http://www.peacefire.org). que, com o curioso argumento de que a igno-rância não tem que ser hereditária, fornece instruções para desbloquear os *softwares* limitativos, e elege todos os dias um *site* sujeito ao bloqueio. Ontem, 15 de Novembro de 2000 referem o facto de o *IGear* e o *Smartfilter* terem bloqueado o acesso ao romance Jane Eyre, referindo ainda terem sido bloqueados diversos *sites* de can-

didatos às eleições americanas, incluindo os dos candidatos conservadores. A defesa dos *softwares* limitativos é efectuada também na internet em [www.filteringfacts.org](http://www.filteringfacts.org), onde se salienta a importância do controlo educativo das crianças salientando a eventual responsabilidade da escola que lhes permitisse o acesso indiscriminado à internet.

O Parlamento Europeu, na resolução de 19/5/1997, considerou que os *softwares* de filtragem não permitirão resolver o problema do controlo da internet enquanto não forem clarificadas as questões da classificação e da codificação. Efectivamente, independentemente do mercado existentes para estes produtos, não parece que eles possam só por si funcionar para resolver a questão das actuações ilícitas na internet.

#### 4. A definição dos prestadores de serviços da internet.

Surge assim a necessidade de disciplinar juridicamente a prestação de serviços de acesso à internet, o que a Comunidade veio a fazer recentemente através da referida Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre o Comércio Electrónico).

De acordo com o art. 2.º a) dessa Directiva, a definição de serviços de acesso à internet consta do art. 1.º da Directiva 98/34/CE, alterada pela Directiva 98/48/CE, nos termos da qual se considera como serviço “qualquer serviço da sociedade de informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”. Nesta norma tem-se o cuidado de se especificar que se considera “à distância”, “um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes”; “por via electrónica”, “um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos electrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios ópticos ou outros meios electromagnéticos” e “mediante pedido individual de um destinatário de serviços”, “um serviço fornecido por transmissão de dados mediante pedido individual”. No Anexo V à Directiva 98/48/CE encontra-se uma

lista exemplificativa de serviços que não são abrangidos pela definição de serviços da sociedade de informação.

Nos termos do art. 2.º b) da Directiva 2000/31/CE é considerado “prestador de serviços”, “qualquer pessoa, singular ou colectiva que preste um serviço, no âmbito da sociedade de informação”. Trata-se de uma definição propositadamente abrangente, permitindo nela incluir não apenas as operadoras mas também os próprios cibernautas, que ocasionalmente podem prestar serviços no âmbito da sua intervenção na rede, sem carácter profissional e mesmo a título gratuito<sup>(13)</sup>. O art. 2.º c) acrescenta, porém, uma delimitação ao distinguir entre prestadores de serviços e prestadores de serviços estabelecidos, os quais são “aqueles que efectivamente exerçam uma actividade económica através de uma instalação fixa por período indefinido”, esclarecendo-se, no entanto, que a simples presença e utilização de meios técnicos e de tecnologias necessárias para prestar o serviço, não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador.

## 5. A responsabilidade dos prestadores de serviços.

### 5.1. Generalidades.

Conforme se referiu, a Directiva CE 2000/31 utiliza um conceito bastante abrangente de prestação de serviços na sociedade de informação, o que consideramos prejudicial, pois tenderá a conduzir ao amalgamar de realidades distintas. Propomos assim estabelecer uma distinção para efeitos de responsabilidade entre:

- a) o **fornecedor de conteúdos**, correspondendo à entidade que coloca conteúdos *on-line*, à disposição dos utilizadores da internet,

<sup>(13)</sup> O art. 1.º, n.º 2 da Directiva 98/34/CE, na redacção da Directiva 98/48/CE apenas exige que o serviço seja prestado *normalmente mediante remuneração*. Já MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “<Vinho novo em odres velhos>?. A responsabilidade civil das ‘operadoras de Internet’ e a doutrina comum da imputação de danos” na ROA 59 (Abril 1999), pp. 665-692 (669) tinha defendido que o carácter amador e esporádico que caracteriza a actuação dos cibernautas não os exime de toda a responsabilidade, pois estão seguramente vinculados a deveres genéricos de comportamento *on-line*.

- b) o **fornecedor de acesso**, correspondendo à entidade que permite aos utilizadores o acesso à rede;
- c) o **intermediário de serviços**, correspondendo à entidade que exerce actividades de intermediação em relação aos serviços que circulam na rede, facilitando a prestação e a recepção desses serviços;
- d) o **fornecedor de espaço**, correspondendo à entidade que se limita a colocar certa área do ciber-espaço à disposição de outrem, para esta aí colocar conteúdos.

Examinemos assim em que termos se pode colocar a responsabilização destas entidades.

## 5.2. A responsabilização do fornecedor de conteúdos.

Em relação à responsabilidade pela actuação ilícita ou lesiva na internet, não se colocam quaisquer dúvidas em relação à responsabilidade dos que colocam os conteúdos na internet, através da produção de *sites* com conteúdos ilegais, uma vez que estes são naturalmente responsáveis pela licitude do material que colocam à disposição dos utilizadores. O problema que se pode porém colocar é a dificuldade de estabelecer essa responsabilização prática, face à possibilidade de uso anónimo da internet<sup>(14)</sup>, levando a que perante o anonimato do fornecedor de conteúdos surja a tentação de demandar o provedor de serviços. Esse problema não se coloca em relação à *World Wide Web* em que o fornecedor de acesso tem sempre possibilidade de identificar o fornecedor de conteúdo mas pode colocar-se em relação ao correio electrónico ou aos grupos de discussão em que as mensagens podem aparecer anonimamente tornando desconhecido o autor do acto ilícito<sup>(15)</sup>. Parece, no entanto, que uma imposição de identificação obrigatória na internet se apresentaria como inconstitucional por violar o sigilo da cor-

---

(14) Cfr. SOFIA CASIMIRO, *op. cit.*, pp. 77 e ss., que considera esta a maior dificuldade prática de fazer actuar a responsabilidade civil na internet.

(15) O anonimato pode resultar da utilização de um servidor que apaga o endereço electrónico (*remailer*) ou da mera indicação de um endereço electrónico falso (*spoofing*). Efectivamente, o verdadeiro endereço electrónico é apenas numérico e não aparece obrigatoriamente indicado nas mensagens enviadas.

respondência e das telecomunicações. Por outro lado, a imposição de identificação apresentar-se-ia como excessiva dado que há inúmeras razões legítimas para o utilizador querer permanecer anónimo. Isso mesmo foi salientado pelos juízes do Supremo Tribunal dos EUA no referido caso *ACLU vs Reno* que salientaram a importância do anonimato dos utilizadores que procuram acesso a informações consideradas sensíveis como nos *websites Critical Path AIDS Project, Queer Ressources Directory e Stop Prisoners Rape*.

### 5.3. A responsabilização do fornecedor de acesso.

Quanto à responsabilidade do fornecedor de acesso, não parece possível em princípio estabelecer genericamente a sua responsabilização pelo conteúdo ilegal ou lesivo da internet, na medida em que o fornecedor se limita a permitir aos utilizadores o acesso à rede, não controlando efectivamente o conteúdo dos *sites* a que os destinatários têm acesso. Mesmo que se pudesse considerar existente um dever de controlar o conteúdo do material que circula na rede, a verdade é que se torna materialmente impossível estabelecer esse controle, da mesma forma que não é possível a um operador da rede telefónica controlar o conteúdo de uma chamada, o que inviabiliza qualquer possibilidade de estabelecer um juízo de culpa, necessário para a constituição da responsabilidade civil.

O problema pode, porém, colocar-se com especial acuidade quando o fornecedor de acesso é informado desse mesmo conteúdo, havendo que estabelecer se aí existe ou não um dever de bloquear o acesso, cuja violação seja susceptível de instituir responsabilidade. Na Alemanha, o § 5.º n.º 4 da *Teledienstgesetz* vem estabelecer um dever de o fornecedor bloquear a utilização de conteúdos ilícitos, quando ele é notificado pelas autoridades para o efeito, desde que o bloqueio seja possível e exigível ao fornecedor de acesso<sup>(16)</sup>. A questão não é, porém, isenta de dificuldades em virtude de o acesso ser mundial e os critérios que impedem o conteúdo podem variar de país. Assim, no caso *CompuServe*, o procurador da República alemão veio a considerar que alguns itens constantes de *newsgroups* eram ilegais, e solicitou que lhes fosse

(16) Cfr. THOMAS HOEREN, *op. e loc. cit.*

bloqueado o acesso. A *CompuServe* assim fez, mas como o *software* inicialmente utilizado não permitia distinguir entre os assinantes alemães e não alemães, foi bloqueado o acesso aos assinantes de todo o mundo, o que levantou a controversa questão de estar a ser exportada a moralidade alemã para o resto do mundo. Da mesma forma, posteriormente, o Procurador alemão veio a considerar ilegal o conteúdo de uma revista holandesa *Radikal*, que promovia a violência terrorista determinando a proibição do seu acesso a partir da Alemanha, o que os servidores fizeram sob protesto, tendo a revista holandesa considerado estar a Alemanha a desrespeitar a liberdade de circulação de serviços na União Europeia<sup>(17)</sup>.

A solução que veio a ser consagrada no Direito dos EUA, através do *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (novo § 512 do *U.S. Copyright Act* de 1976) veio estabelecer a irresponsabilidade dos fornecedores de serviços por infracções ao *copyright* em caso de *Transitory Digital Communications*, as quais são definidas como aquelas em que apenas ocorre a transmissão, direccionamento ou fornecimento de conexões relativamente a material distribuído na rede ou sua armazenagem provisória, desde que (1) a transmissão do material tenha sido iniciada por outra pessoa que não o fornecedor de serviços; (2) ela tenha ocorrido por meios inteiramente automáticos, sem selecção do material pelo fornecedor de serviços; (3) o fornecedor de serviços não seleccionar os receptores do material, a não ser por pedido automático; (4) não haja cópias do material genericamente disponíveis a outros que não os receptores antecipados da comunicação, e estas não deverão ser retidas por um período superior ao razoavelmente necessário; (5) o material seja transmitido pelo sistema sem qualquer modificação do seu conteúdo.

A Directiva 2000/3 1/CE veio consagrar uma solução semelhante, na medida em que o art. 12.º da Directiva, relativo ao simples transporte, que define como “a transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações”, estabelece que a responsabilidade do prestador não possa ser invo-

---

(17) Cfr. sobre este caso *SOFIA CASIMIRO*, *op. cit.*, p. 75.

cada no que respeita às informações transmitidas, desde que esse prestador “a) não esteja na origem da transmissão; b) não selecione o destinatário da transmissão e c) não selecione nem modifique as informações que são objecto da transmissão” (art. 12.º, n.º 1). A exclusão da responsabilidade no caso do simples transporte abrange ainda “a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo que considerado razoavelmente necessário à transmissão”. No entanto, o art. 12.º, n.º 3, determina expressamente que o disposto no presente artigo “não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção”. Situações como o caso *CompuServe* e da revista holandesa acima referido são assim expressamente salvaguardadas. Nem sequer o argumento da restrição à livre circulação de serviços da sociedade de informação pode proceder, uma vez que o art. 3.º, n.º 4, admite a possibilidade, sob certas regras de procedimento, de qualquer Estado-membro adoptar medidas derogatórias dessa livre circulação, designadamente por motivos de tutela da ordem pública — onde se inclui o incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade —; protecção da saúde pública; segurança pública, incluindo a salvaguarda da segurança e da defesa nacionais; e defesa dos consumidores, incluindo a defesa dos investidores.

#### 5.4. A responsabilização dos intermediários de serviços.

Quanto aos intermediários de serviços, eles correspondem a situações em que alguém coloca à disposição de terceiros material alheio por sua própria conta, facilitando assim o acesso a este material, sendo que por vezes os fornecedores de acesso funcionam também como intermediários de serviços. Entre os intermediários de serviços mais comuns encontram-se os fornecedores de navegação (*navigation providers*), que facilitam a busca e acesso à informação pretendida através do direccionamento no âmbito da internet e os gestores de boletins electrónicos (*sysops*, abreviatura

de *system operators*), que organizam a informação disponibilizada por outros nesses boletins <sup>(18)</sup>.

A situação de intermediação de serviços na internet tem colocado alguns problemas novos em sede de responsabilidade civil. A solução adoptada no § 5.º, n.º 4, da *Teledienstgesetz* alemã estabelece que os fornecedores de serviços apenas não serão responsabilizados quando se limitem a intermediar o acesso, considerando-se que a mera intermediação de acesso ocorre quando o acesso é estabelecido automática e imediatamente com base na solicitação do utilizador. Já a jurisprudência americana adoptou inicialmente soluções divergentes. No caso *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc* <sup>(19)</sup>, em que a sociedade *Cameron Communications* tinha colocado num jornal on-line fornecido pela *CompuServe* uma notícia difamatória para a *Cubby, Inc.*, sem conhecimento daquela, considerou-se que a *CompuServe* não podia ser sujeita à mesma responsabilidade dos meios de comunicação social, uma vez que não exerce controlo editorial, sendo a sua actuação mais comparável com a de um livreiro que coloca um livro numa montra. No entanto, uma solução diferente foi adoptada no caso *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services* <sup>(20)</sup>, em que no boletim on-line *Money Talk* da *Prodigy* fora colocada uma mensagem anónima que acusava a autora, uma sociedade de investimentos, de conduta criminosa e fraudulenta. Apesar da defesa da *Prodigy* de que não poderia controlar 60.000 mensagens, o tribunal, numa decisão de 26 de Maio de 1995, divergiu do caso anterior por considerar que a *Prodigy* obrigava os seus utilizadores a não mencionar expressões insultuosas ou ofensivas e tinha sistemas de *software* que permitiam apagar essas mensagens, o que implicava exercer um controlo editorial semelhante ao de uma publicação periódica. No entanto, por acordo das partes, o pedido de indemnização de 200 milhões de

---

<sup>(18)</sup> Cfr. SOFIA CASIMIRO, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>(19)</sup> *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991), sumariado em "On-line Service Provider Liability for Defamation", no *The Florida Bar Computer Law Committee, On-line journal*, Summer 1996, em [http://www.computer.flabar.org/3\\_summer96/prodigy.html](http://www.computer.flabar.org/3_summer96/prodigy.html)

<sup>(20)</sup> *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*, No. 94-03163 (N.Y. Sup. Nassau Cty., May 26, 1995) sumariado em "On-line Service Liability Provider for Defamation", no *The Florida Bar Computer Law Committee, On-line journal*, Summer 1996, em [http://www.computer.flabar.org/3\\_summer96/prodigy.html](http://www.computer.flabar.org/3_summer96/prodigy.html)

dólares foi retirado em 26 de Outubro de 1995 a troco de desculpas públicas, tendo anteriormente a autora solicitado a anulação do julgamento por indevida apresentação dos factos pelos seus advogados, o que foi indeferido pelo tribunal em virtude da importância do precedente para a questão da responsabilidade civil na internet. A nosso ver, será preferível a solução da legislação alemã, na medida em que faz muito pouco sentido a responsabilização do intermediário de serviços nesta situação <sup>(21)</sup>.

Uma questão de responsabilidade coloca-se também relativamente àqueles que não colocam directamente os conteúdos, mas se limitam a estabelecer uma ligação (*link*) entre a sua própria *home-page* e as *homepages* com conteúdos ilegais. Neste caso, tem-se vindo a estabelecer a discussão sobre se deveriam ser tratados como fornecedores de acesso ou como fornecedores de conteúdos. A posição que nos parece preferível vem a ser a sustentada por THOMAS HOEREN, de que se a ligação é apenas entendida como uma remissão para um conteúdo estranho, com que o autor da ligação não se identifica, ele deve ser tratado como fornecedor de acesso. Se, no entanto, se puder deduzir através do conjunto das conexões estabelecidas na sua *home-page*, que ele se identifica com o conteúdo da página em relação à qual estabelece o acesso, deve ser tratado como um fornecedor de conteúdo <sup>(22)</sup>. O estabelecimento de ligações hiper-texto pode ainda colocar um problema da existência ou não de uma violação do direito de autor sobre a obra exibida através da *home-page* alheia. À primeira vista, parece-nos, no entanto, que a ligação hiper-texto é uma forma de citação permitida pelo art. 75.º f) do CDA <sup>(23)</sup>, ainda que se possam colocar problemas de responsabilidade caso o autor da página nela vede as ligações hiper-texto.

A solução consagrada no *Digital Millennium Copyright Act* foi estabelecer a irresponsabilização do fornecedor de serviços, que se limita a fornecer *information location tools* (directório, index, referência ou ligações hiper-texto), exigindo-se, no entanto, que (1) o fornecedor de serviços não tenha conhecimento real de

---

<sup>(21)</sup> No mesmo sentido, vide, entre nós PAULO MOTA PINTO, "Sobre alguns problemas jurídicos da internet", AAVV, *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, pp. 349-366 (359-360).

<sup>(22)</sup> Cfr. THOMAS HOEREN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>(23)</sup> Em sentido diferente, veja-se, porém, SOFIA CASIMIRO, *op. cit.*, pp. 57 e ss.

que o material ou actividade é ilegal; (2), não receba um benefício financeiro directamente atribuível à actividade ilegal, no caso em que o fornecedor de serviços possa controlar essa actividade; (3) remova expeditamente a ligação caso seja notificado da existência de infracção.

A Directiva não autonomiza expressamente esta situação mas, face à redacção do art. 12.º parece claro que esta isenção de responsabilidade é susceptível de abranger a situação do intermediário de serviços, devendo este ser, por isso, tratado nos mesmos termos do que o fornecedor de acesso (24).

### 5.5. A responsabilização dos fornecedores de espaço.

Finalmente, cabe analisar a situação dos fornecedores de espaço (*Hosts*) que se limitam a colocar à disposição de utilizadores espaços limitados por forma a permitir-lhes a colocação de conteúdos (ex. *Geocities*, *Terravista*). É duvidoso nestes casos como se deverão aplicar os pressupostos da responsabilidade civil, especialmente se esta for estabelecida com base no direito delitual geral. Efectivamente, em primeiro lugar, há que estabelecer a natureza da conduta do fornecedor de espaço, para averiguar se a sua responsabilidade se deve estabelecer com base na omissão ou com base na acção. À primeira vista estar-se-ia perante uma situação de omissão, uma vez que o fornecedor de espaço deveria controlar os conteúdos colocados no espaço fornecido e vedar a colocação de conteúdos ilegais, o que teria como consequência que a responsabilidade só se estabelece nos casos em que exista por lei ou negócio jurídico o dever de praticar o acto omitido (art. 486.º). Mas é igualmente possível configurar o fornecimento de espaço como uma actuação que se reveste como uma contribuição objectiva para o acto ilícito, o que tem como consequência que o fornecedor de espaço pode responder como auxiliar nos termos do art. 490.º. Uma outra solução poderia ainda ser a aplicação analógica do regime da responsabilidade civil por factos praticados através da imprensa ou da televisão, que estabelecem a responsabilidade soli-

---

(24) No mesmo sentido, anteriormente veja-se CARNEIRO DA FRADA, *ROA* 59 (1999), p. 677.

tária das empresas jornalísticas ou televisivas com o autor do texto, imagem ou programa nelas transmitido (25).

A solução que veio a ser consagrada no *Digital Millennium Copyright Act* distingue entre a armazenagem temporária (*caching*) e a armazenagem em *sites* sob a direcção de outrem. As duas situações têm efectivamente natureza distinta, já que, enquanto na primeira situação o fornecedor de espaço se limita a reproduzir e armazenar temporariamente um documento electrónico de acesso mais demorado, por forma a poder satisfazer prontamente os pedidos de acesso que se encontra a receber, desfazendo-se do documento logo que deixa de receber esses pedidos de acesso, na segunda situação o fornecedor de espaço efectua a armazenagem a título duradouro, por forma a permitir futuros acessos sem limite de tempo.

Em relação à armazenagem temporária, o *Digital Millennium Copyright Act* estabelece a exclusão da responsabilidade do fornecedor de espaço, nos casos em que o material tenha sido disponibilizado *on-line* por outra pessoa; ocorra a transmissão do material para uma terceira pessoa sob a direcção desta, e a armazenagem seja realizada mediante processos automáticos, pelos quais outros requerem acesso ao material a quem o disponibilizou.

Em relação à armazenagem em *sites* sob a direcção doutrem, a irresponsabilização do prestador de serviços depende de (1) ele não ter conhecimento real de que o material ou actividade é ilegal; (2), não receba um benefício financeiro directamente atribuível à actividade ilegal, no caso em que o fornecedor de serviços possa controlar essa actividade; (3) remova expeditamente o material armazenado caso seja notificado da existência de infracção.

---

(25) O art. 29.º da Lei de Imprensa (Lei 2/99, de 13 de Janeiro), dispõe no seu n.º 1 que “na determinação das formas de efectivação da responsabilidade civil emergente de factos cometidos por meio da imprensa observam-se os princípios gerais”, referindo a seguir o n.º 1 que “no caso de escrito ou imagem inseridos numa publicação periódica com conhecimento e sem oposição do director ou seu substituto legal, as empresas jornalísticas são solidariamente responsáveis com o autor pelos danos que tiverem causado”. Da mesma forma, o n.º 1 do art. 59.º da Lei da Televisão (Lei 31-A/98, de 14 de Julho) dispõe que “na determinação das formas de responsabilidade civil emergente de factos cometidos através da televisão aplicam-se os princípios gerais”, dispondo, por sua vez, o n.º 2 que “os operadores de televisão respondem solidariamente com os responsáveis pela transmissão de programas previamente gravados, com excepção dos transmitidos ao abrigo do direito de antena”.

Essa solução veio a ser mais uma vez seguida pela Directiva 31/2000 que vem também regulamentar a responsabilidade dos fornecedores de espaço distinguindo entre a armazenagem temporária, ou *caching* (art. 13.º) e a armazenagem em servidor (art. 14.º).

Em relação à armazenagem temporária (*caching*), a solução que se encontra estabelecida no art. 13.º da Directiva estabelece a isenção de responsabilidade no que respeita à armazenagem automática, intermédia e temporária da informação, efectuada apenas com o objectivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação, a pedido de outros destinatários do serviço, desde que:

- a) o prestador não modifique a informação;
- b) o prestador respeite as condições de acesso à informação
- c) o prestador respeite as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector <sup>(26)</sup>;
- d) o prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação;
- e) o prestador actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efectivo de que a informação foi removida da rede na fonte da transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso.

Em relação à armazenagem em servidor, definida como o armazenamento de informação prestada por um destinatário de um serviço, a pedido desse destinatário de serviço, o art. 14.º da Directiva determina mais uma vez a irresponsabilização do prestador desse serviço, desde que:

- a) o prestador não tenha conhecimento efectivo dessa actividade ou informação ilegal ou, perante uma acção de

---

<sup>(26)</sup> Esta regra é estabelecida em virtude de a armazenagem temporária poder levar a reproduções do documento desactualizadas, que seriam assim fornecidas aos utilizadores, se não houvesse cuidado na sua actualização.

indemnização, não tenha conhecimento de factos ou circunstâncias que a evidenciem;

- b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

Essa exclusão da responsabilidade já não ocorre, porém, nos casos em que o destinatário do serviço actue sob autoridade ou controlo do prestador.

Em qualquer caso, porém, estas exclusões de responsabilidade da armazenagem temporária ou em servidor não afectam a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-membros exigir do prestador de serviços que ponha termo a essa infracção, ou legislação para estabelecer a remoção ou impossibilitação do acesso à informação (arts. 13.º, n.º 2 e 14.º, n.º 3 da Directiva).

### 5.6. O não estabelecimento da obrigação geral de vigilância.

Conforme se referiu, consiste numa situação comum de afastamento da exclusão de responsabilidade o conhecimento ou a possibilidade de conhecimento por parte do fornecedor de serviços da ilicitude da informação. É, no entanto, de salientar que o art. 15.º da Directiva determina que os Estados-membros não imporão aos prestadores dos serviços uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. Podem, no entanto, estabelecer a obrigação de os fornecedores de serviços informarem prontamente as autoridades públicas sobre todas as actividades ou informações ilícitas que lhes sejam prestadas, bem como a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

A exclusão desta obrigação geral de vigilância é bastante importante, uma vez que dela resulta claramente a exclusão na internet da responsabilidade por facto de outrem, quer a título objectivo, quer mesmo com base na *culpa in vigilando*. Neste aspecto, a Directiva apresenta-se como uma importante salvaguarda da actividade de prestação de serviços neste domínio.