

A LIBERDADE DE REFERÊNCIAS EM LINHA E OS SEUS LIMITES (*)

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

I – O PRINCÍPIO: 1. As referências no WWW; 2. Os hiperexos; 3. A questão da licitude de estabelecer hiperexos; 4. A liberdade como princípio; 5. A proibição pelo titular do sítio do estabelecimento de hiperexos; 6. O direito de reprodução; 7. O hiperexo profundo; 8. O hiperexo oculto; 9. A conexão por incorporação; 10. A sobreposição das páginas pelo utente e a obra derivada; 11. A disponibilização de página alheia pelo titular do sítio de origem; 12. Hiperconexão por incorporação e transformação da obra; 13. Restrições de ordem pessoal; 14. A concorrência desleal.
II – A LESÃO DE TERCEIROS: 15. Entre a liberdade de referências e a apropriação do conteúdo ilícito; 16. Os limites de ordem pública; 17. Os limites pessoais; 18. Concorrência desleal em relação a terceiros; 19. A violação de direito de autor; 20. O acto ilícito de quem estabelece o hiperexo; 21. Responsabilidade a título de provedor de serviços.

I. O princípio

1. As referências

O WWW, ou World Wide Web, é um conjunto descentralizado de informações ou outros materiais, organizados por sítios (*sites*) e armazenados em servidores. Os interessados podem aceder directamente a esses sítios e inteirar-se do seu conteúdo; se o

(*) Este trecho corresponde fundamentalmente à nossa contribuição para a *Festschrift* Adolf Dietz, a que se acrescentou a Parte II.

sítio é de acesso condicionado, deverão satisfazer previamente as condições de acesso.

As referências mútuas, que os sítios fazem entre si, representam uma das grandes valias do WEB, pois potenciam o valor do conjunto. São benéficas quer para o sítio de origem quer para o de destino.

A referência, em si, é sempre livre. Os norte-americanos integram essa liberdade na liberdade de expressão. Embora não seja a qualificação europeia espontânea, é possível que tenham razão. Referir uma fonte é um elemento básico do diálogo social.

A liberdade geral de referências abrange, não apenas as relativas a sítios alheios, ou parte destes, mas também designações de qualquer ordem, na observância das restrições legais e da boa fé.

Assim acontece com os *títulos*. O título tem uma função referencial. Quer seja genérico quer distintivo, pode ser sempre usado por outrem com função de referência.

Assim acontece mesmo quando – o que é raro – o título possa ser qualificado por si como uma obra literária. Esta qualificação não lhe tira a função de referência que desempenha. Por isso, qualquer um pode sem limitação usá-lo para referir a obra a que se aplica, sem que isso justifique nenhuma reacção fundada no direito de autor.

2. Os hipernexos

Os vários sítios podem ser conectados por meio de hipernexos (*hyperlinks*). O cibernauta, que visita um sítio, pode a partir dele aceder a outro sítio através de vias de acesso que nele estejam predispostas⁽¹⁾. Para esse efeito, ele não precisa de conhecer a identificação do sítio *ad quem*, pois essa está predisposta, embora de modo não visível, no sítio *a quo*.

O hipernexo pode ser *patente* ou *oculto*. No primeiro caso, o cibernauta é advertido da existência de um hipernexo, pela própria apresentação visual: acciona-o então, se quiser. Mas o hipernexo

(¹) Ou aceder a outras páginas do mesmo sítio, o que nos não interessa particularmente agora.

pode ser oculto: ao cibernauta apresenta-se uma página unitária, sem que se aperceba que concorrem nela elementos que se juntam só no seu visor, por terem sido reclamados automaticamente quando “abriu” a página de origem.

De modo análogo aos hipernexos funcionam os *frames*, ou enquadramentos. Encontram-se geralmente na orla da página que o cibernauta visita, enquadrados, e a sua função de referência é muito clara. Permitem da mesma forma o acesso a um hipertexto, funcionando como uma janela onde este é visualizado. Daqui por diante, limitamo-nos aos hipernexos, para evitar dispersão, uma vez que os enquadramentos trazem problemas próprios.

3. A questão da licitude de estabelecer hipernexos

É lícito estabelecer hipernexos? Predispor o sítio de modo que um utente tenha a partir dele acesso a um sítio diferente?

Esta matéria não foi considerada na Directriz n.º 00/31/CE, de 8 de Junho, sobre o comércio electrónico. O art. 21.º prevê a elaboração de um relatório sobre a aplicação da directriz, a apresentar até 17 de Julho de 2003: este “analisará, em particular, a necessidade de propostas relativas à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização”. Mas não há de momento disciplina comunitária sobre este ponto.

Examinaremos a questão suscitada à luz da ordem jurídica portuguesa. Portanto, de uma ordem de base romanística, que se assemelha a outras ordens latinas mas sofreu também influências germanizantes. Guarda especificidades que não permitem reduzi-la a nenhuma outra, mas não impedem também o diálogo comparativo.

Encontram-se ainda escassos casos jurisprudenciais em Portugal neste domínio. Também não há legislação especificamente aplicável. A questão deverá ser primordialmente resolvida pelos princípios gerais.

A interrogação sobre a licitude do estabelecimento de hipernexos só surgiu numa fase relativamente adiantada da vida da Internet – que coincide com a metamorfose desta, de instrumento predominantemente informativo em veículo comercial. Anterior-

mente, nem se punha em dúvida aquela liberdade. O hipernexo era saudado, pois contribuía poderosamente para a difusão da informação que com a Internet justamente se pretendia.

A questão da licitude do hipernexo pode ser decomposta em dois aspectos muito distintos:

- O hipernexo atinge direitos que protejam esse conteúdo no sítio de origem?
- O estabelecimento do hipernexo atinge direitos de terceiros?

À resposta a estas duas questões serão dedicadas as duas partes deste trabalho.

4. A liberdade como princípio

Vamos designar sítio de origem ou *a quo* o sítio onde o hipernexo é colocado, e sítio de destino, de destinação ou *ad quem* o sítio para que remete.

É irrelevante para esta questão que o sítio *ad quem* seja de *acesso livre* ou de *acesso condicionado*.

Se é de acesso condicionado, o cibernauta que porventura tiver accionado o hipernexo é advertido das condições de acesso. Tudo se passa então nos termos normais: ou satisfaz essas condições e tem o acesso, ou renuncia a este porque as não quer satisfazer. Pelo que esta distinção não surgirá na análise subsequente.

Por outro lado, o conteúdo para que o hipernexo remete pode ser:

- de utilização livre
- protegido por direito de autor ou direito conexo.

No primeiro caso, a liberdade de estabelecimento do hipernexo é dificilmente contestável, não ocorrendo objecções de outra ordem. Permite justamente a realização da finalidade para que a obra foi colocada na Internet. Se a todos era possível aceder a ela através do endereço electrónico daquele sítio, também esse acesso é possível a partir de um hipernexo colocado noutra sítio. Não são

invocáveis nenhuns poderes, nomeadamente emergentes da propriedade ou da jurisdição de “dono de casa” do titular do sítio de destino, que restrinjam estas conclusões.

Continua a valer pois o grande princípio da comunicação: a liberdade de referências. Essa liberdade cobre o estabelecimento de hipernexos que facilitem o acesso.

Mas o mesmo devemos concluir quando o conteúdo para que se remete está protegido por um direito de autor ou direito conexo.

Nesse caso, pressupõe-se que o direito foi exercido pelo titular: uma vez que esse direito consiste, tal como definido pelos tratados da OMPI de 1996, em colocar a obra em rede à disposição do público ⁽²⁾. Se a obra foi disponibilizada, isso significa justamente que qualquer um a ela pode aceder. O estabelecimento do hipernexo não altera em nada esta situação.

O hipernexo acrescenta, à vulgar citação de pé de página, o proporcionar o acesso directo. Isso não lesa o direito de autor ou os direitos conexos que porventura estiverem implicados.

O ponto de partida está assim no **princípio da liberdade de estabelecimento de hipernexos**, que é manifestação do princípio geral da liberdade de referências.

5. A proibição pelo titular do sítio do estabelecimento de hipernexos

É frequente suscitar esta questão perguntando se há uma pre-sonção de autorização ou uma forma de licença implícita e automática. Dominantemente fala-se numa *licença implícita*, que não necessitaria de ser estabelecida por escrito, porque não se aplicariam as regras do direito de autor, mas as regras gerais dos contratos ⁽³⁾. Invoca-se também a categoria do *fair use*.

⁽²⁾ Art. 8.º do Tratado sobre Direito de Autor e arts. 10.º e 14.º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

⁽³⁾ Alain Strowel / Nicolas Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens*, II, separata de RIDA 186, Outubro 2000, 33, com apoio numa decisão do *Oberlandsgericht* de Düsseldorf de 29 de Junho de 1999; Ignacio Garrote Fernandez-Diez, *Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.*, em Pe.i. (Madrid), n.º 1, 1999, 67-93 (85).

A nosso parecer, não há nenhuma licença tácita, porque o direito intelectual foi exercido quando se integrou a obra no WWW: a faculdade em causa consiste justamente, como ficou assente nos tratados da OMPI, em colocar a obra em rede à disposição do público. Os conteúdos disponíveis no WEB não estão num regime de reserva imposta, mas num regime de liberdade. Foram aí colocados para estarem à disposição de todos.

Sendo assim, quem acede à Internet exerce uma liberdade geral e não uma licença que lhe tenha sido concedida; e do mesmo modo, quem estabelece o hipernexo age nos quadros da liberdade geral de acesso, não necessitando de nenhuma autorização específica.

Que se não presume nenhum consentimento resulta também da irrelevância das proibições determinadas pelo titular do sítio.

Pode o titular dum sítio proibir que para ele se estabeleçam hipernexos; e afixar essa proibição no próprio sítio. Pressupomos que o faça de forma ostensiva, pois doutro modo não pode presumir que mesmo os visitantes do sítio conheçam a proibição.

Qual a valia jurídica de semelhante proibição?

Devemos distinguir a proibição em geral e a proibição que seja emanção do titularidade dum direito de autor ou conexo.

A proibição em geral, portanto a emanada de um operador não qualificado pela titularidade de um direito de autor ou conexo, que valia tem?

Supomos que não tem nenhuma. Uma declaração unilateral não tem o efeito de limitar uma liberdade geral. Se há uma liberdade geral de estabelecer hipernexos, como afirmamos, a declaração do titular do sítio *ad quem* é irrelevante.

Repare-se que quem estabelece um hipernexo não actua no sítio *ad quem*; não altera nada neste. Actua no ciberespaço livre, numa zona que não está submetida ao senhorio do titular do sítio *ad quem*. Regula caminhos de acesso, apenas.

Tão-pouco se pode dizer que a declaração unilateral é uma *cláusula contratual geral*, que terceiros aceitam. Para além de todos os problemas ligados ao conhecimento pelos utentes, a verdade é que a visita ao sítio não representa a celebração dum contrato, pelo que não tem o efeito de submeter o cibernauta a cláusulas contratuais gerais.

De todo o modo, quem proporciona o hipernexo não é o utente, é o titular do sítio de origem; e esse não está em nenhuma relação com o titular do sítio de destino que o leve a ficar subordinado a cláusulas contratuais gerais (4).

Pela mesma razão, é irrelevante qualquer determinação que o acesso só se poderá fazer pela primeira página. Se a obra está disponível em rede, quem quer que entre e por onde quer que entre, entrou bem. Se o titular do sítio quiser impedir o acesso por páginas interiores, que instale dispositivos que o excluam. Se o não fizer, a reserva expressa é tão irrelevante como a tabuleta que declare proibido olhar as traseiras de uma moradia (5).

Suponhamos agora que sobre o conteúdo recai um direito de autor ou conexo. Que significado poderá ter então a reserva de que se não admitem hipernexos?

Teríamos de começar por distinguir entre as ordens jurídicas, para determinar quais as que dão relevo a essas reservas, e quais não dão.

A lei portuguesa só exclui a reprodução de artigos de actualidade, que tenha sido expressamente reservada (art. 75.º *i* do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos). Esta previsão não permite que dela se extraia um princípio geral da relevância de reservas que eventualmente tenham sido estabelecidas (6). E não há base de analogia, porque não há analogia entre a reprodução de um artigo e o estabelecimento dum hipernexo para uma obra disponível em rede.

Concluimos assim que, na ordem jurídica portuguesa, não há nenhum princípio que permita excluir o estabelecimento de hipernexos por força de uma reserva que tenha sido formulada pelo titular do sítio *ad quem*.

(4) Veja-se a análise desta problemática em Strowel, *La responsabilité* cit., RIDA, 186, 37-43, que ilustra com a situação emergente do caso *Ticketmaster*: o juiz considerou não provada a existência dum contrato entre as empresas implicadas.

(5) Repare-se que, mesmo em relação a dispositivos tecnológicos de protecção, os tratados da OMPI só prevêm a sanção da violação de dispositivos tecnológicos *efectivos* (art. 11.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, por exemplo).

(6) Também o art. 10.º-*bis* 1 da Convenção de Berna, qualquer que seja a interpretação que lhe caiba, tem um âmbito restrito de actuação, não permitindo extrair dele um princípio geral.

6. O direito de reprodução

Mas o hipernexo não atingirá o direito de reprodução do titular de direitos intelectuais sobre o conteúdo?

À hora em que escrevemos não foi ainda aprovada a Proposta de Directriz sobre o direito de autor e a sociedade da informação, e portanto não nos podemos basear na posição que toma sobre o direito de reprodução (*). Segundo a proposta, o direito de reprodução seria reservado em todas as dimensões no art. 2.º, mesmo tratando-se de reproduções meramente tecnológicas, como as que subjazem à visualização informática de obras. Porém, essas reproduções acabariam por ser liberadas pelo art. 5.º/1, nas condições aí estabelecidas.

Esta previsão poderia suscitar um longo debate, por se basear na reserva de reproduções meramente tecnológicas, que não representam por si utilização da obra.

Mas não é necessário fazê-lo.

Diremos que é possível abstrair desta proposta, uma vez que dela não resultaria a proibição do hipernexo, como não resulta a do *caching* ou do *browsing*.

Poderá pretender-se que o estabelecimento do hipernexo implica uma reprodução tecnológica do texto disponível em rede, por parte do titular do sítio onde o hipernexo foi colocado?

Não pode, porque mesmo tecnicamente não se realiza nenhuma reprodução no sítio *a quo*.

O hipernexo não *atrai* a página alheia ao sítio de origem. Permite ao cibernauta visualizar aquele conteúdo, mas a partir do sítio *ad quem*, e não do sítio onde o hipernexo foi colocado. Por isso, o titular do sítio *a quo* nunca poderia ser considerado autor de uma reprodução de um eventual conteúdo protegido.

A única reprodução tecnológica que se dá, verifica-se no terminal do cibernauta.

Que pensar então dessa reprodução no terminal do cibernauta? Não fere ela própria o direito de reprodução?

Semelhante pretensão provaria demais, porque a situação é idêntica à que se verifica em qualquer acesso em WWW. Se não há

(*) Foi entretanto aprovada: é a Directriz n.º 01/29.

obstáculo quando o cibernauta acciona directamente o endereço electrónico, também o não há quando acciona o endereço que subjaz a um hipernexo. Nos casos comuns, o acesso não é problemático, porque a página está franqueada, ou as condições de acesso foram satisfeitas. Também aqui não há problema, porque o facto de o acesso ter sido feito por via de um hipernexo em nada altera a fisionomia da situação. É sempre a mesma reprodução tecnológica, em vista da qual aquele conteúdo foi colocado em rede, que se verifica.

Concluimos assim que a invocação do direito de reprodução seria irrelevante. Este não passa a ser violado pelo facto de o acesso não se fazer directamente, mas por via de um hipernexo.

7. O hipernexo profundo

Os hipernexos podem ser simples ou profundos.

São *simples* quando conduzem à primeira página ou frontispício de um sítio alheio. A partir daí, o cibernauta poderá mover-se para as páginas interiores.

São *profundos* quando conduzem directamente a uma página interior, sem passar pela primeira página.

O hipernexo simples é menos prático para o cibernauta, que poderá ser obrigado ainda a uma complexa navegação para encontrar o conteúdo que lhe interessa. Assim acontece particularmente quando o sítio para que se é transportado tem muitas páginas.

O hipernexo profundo tem o inconveniente, para o titular do sítio visitado, de omitir a visualização da primeira página. Ora, é desta que constam as indicações gerais, e particularmente a publicidade. Como a valia desta se mede pelo *acesso* ⁽⁷⁾, o estabelecimento do hipernexo profundo traz uma diminuição do proveito possível. Com esta base, tem sido defendida a ilegitimidade das hipernexos profundos.

Usa-se um argumento que se repete a vários outros propósitos ⁽⁸⁾: o do prejuízo do titular do sítio de destino, ou do titular do

⁽⁷⁾ É o correspondente à *audiência* em matéria de radiodifusão.

⁽⁸⁾ Cfr. por exemplo Stephan Bechtold, *Schutz der Anbieter von Information. Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet*, ZUM 1997, BI 1.2.bbb., a propósito dos *inline graphics*.

direito de autor. O estabelecimento de hipernexos deixaria de ser possível quando isso trouxesse prejuízo àqueles interessados, ou ao menos ao último.

Mas a causação de prejuízo é uma realidade fáctica, e não uma razão jurídica. Não é por causar prejuízo que uma conduta é ou não proibida ⁽⁹⁾. Basta pensar que toda a concorrência económica se traduz necessariamente na causação de prejuízos aos concorrentes.

A causação de prejuízos é vedada quando resulte de um facto ilícito. Esse é que deveria ser provado. O lucro cessante – ou melhor, a não verificação de uma vantagem económica possível – para o titular do sítio de destino é um interesse patrimonial que não tem a sustentá-lo uma cobertura jurídica.

O cibernauta poderia aceder por si, directamente, às páginas interiores do sítio de destino. Nada há de substancialmente diferente se aí acede por meio de um hipernexo.

Concluimos assim que o interesse do titular do sítio de destino no acesso pela primeira página não é um interesse juridicamente protegido. Se todo o conteúdo está disponibilizado a terceiros, todo o conteúdo pode ser objecto de acesso directo.

Se o titular pretende que, em todo o caso, a publicidade seja visualizada pelos visitantes, terá de a reproduzir em todas as páginas. Mas não pode taxar de ilícito um percurso que a omita; tal como não é ilícita a leitura de um jornal sem passar pelas páginas de publicidade.

Repare-se que tudo isto é independente de o conteúdo daquelas páginas ser ou não protegido pelo direito de autor ou direitos conexos. Esta circunstância é porém importante no que respeita à indicação da proveniência do texto chamado. Se este é protegido por direito intelectual, essa indicação é necessária. Se não é, uma regra de cortesia leva a pedir aquela indicação. Mas mais dificilmente se encontrará uma regra jurídica que o exija, salvo em caso de concorrência desleal. Esse será examinado adiante.

⁽⁹⁾ Há aqui uma diferença entre o direito romanístico e o *case law* anglo-americano, em que a causação de prejuízo, ou o lucro cessante, são frequentemente invocados por si como fundamento da decisão.

De todo o modo, a liberdade de estabelecimento de hiper-nexos estende-se aos próprios hiper-nexos profundos.

8. O hiper-nexo oculto

Dissemos que o hiper-nexo pode ser oculto. A imagem transmitida ao cibernauta pode provir de sítio diferente do que ele supõe visitar, no todo ou em parte. Sem que ele tenha praticado qualquer acto voluntário de accionar um hiper-nexo e normalmente sem que disso se possa aperceber, tem perante os olhos um conteúdo de proveniência diferente. Seja por exemplo um timbre, uma imagem ou um texto de página alheia que são automaticamente chamados.

Pode suscitar-se a dúvida quanto à admissibilidade dos hiper-nexos ocultos, dada a possível indução em erro do cibernauta: ele suporia visitar um sítio quando estaria visualizando, ao menos parcialmente, material de sítio diferente.

Mas a própria colocação da questão nos indica já qual é a resposta.

O facto de o hiper-nexo ser oculto não altera nada quanto à admissibilidade da conexão em si. Nomeadamente, quanto à eventual reserva de um conteúdo protegido.

O que pode é trazer outros problemas, relacionados com a necessidade de evitar métodos enganosos para o público em geral. Mas isso são já aspectos de ordem diferente, porque respeitam directamente à posição de terceiros e não do titular do sítio *ad quem*. Serão considerados na segunda parte deste estudo.

Todavia, esse limite pode implicar ainda o titular do sítio *ad quem*, quando este é de carácter comercial. A hiperconexão pode representar uma modalidade de *concorrência desleal*. Nomeadamente, o hiper-nexo oculto pode induzir em erro o público, e a indução em erro representa uma das modalidades principais da *concorrência desleal*.

Por isso referiremos adiante a eventualidade de um hiper-nexo implicar *concorrência desleal*.

9. A conexão por incorporação

O hipernexo pode funcionar:

- por remissão
- por incorporação.

Quando funciona por remissão, o cibernauta é transportado a outro sítio, abandonando o sítio de origem. É a hipótese normal: não necessita de esclarecimentos complementares.

Mas o hipernexo pode funcionar por incorporação. Nesse caso, a página alheia é incorporada na página *a quo*, de modo que o visitante não abandona o sítio de origem.

O cibernauta pode nem dar por isso. Mas permanece na página de origem, e nomeadamente o fragmento chamado surge sobreposto às indicações dessa página. Por isso, o texto apropriado fica sujeito à publicidade que eventualmente houver nesse sítio.

O material objecto da referência não consiste necessariamente num texto. Pode consistir em imagem, fixa ou em movimento, som... A Internet, hoje, é capaz de aceder e veicular todos os *media*. Portanto, temos de ter presente a possibilidade de qualquer destes conteúdos ser incorporado na página de origem.

Podem suscitar-se situações complexas. Assim, suponhamos que um sítio, para animar a sua mensagem, contém um hipernexo, oculto ou por incorporação, para imagens, fixas ou em movimento, ou para sons (músicas), constantes de outro sítio.

Em vários casos, isso não suscitará dificuldades. Se por exemplo o sítio *ad quem* é de acesso condicionado, o utente satisfará, querendo, os requisitos de acesso. Não parece haver nada de que o titular do sítio de destino se possa queixar.

Pode porém o sítio de destino ser um sítio de livre acesso, porque publicitário ou porque desinteressado; e o sítio de origem ser um sítio comercial.

Nesse caso, é chocante que o titular se aproveite de elementos alheios através da técnica da incorporação. Mesmo que reconheça expressamente a proveniência daqueles elementos.

Pelo menos nestes casos, ultrapassamos a mera referência. A hiperconexão não é referência ou via de acesso, é substantivamente um aproveitamento de uma obra ou conteúdo protegido. E o

princípio fundamental é o de que ao autor pertence o exclusivo do aproveitamento económico da obra.

Diremos assim que, quando a hiperconexão tem o significado de uma utilização económica de uma obra (ou outro conteúdo) protegido, deixa de ser livre. Cai no exclusivo reservado ao autor. E conseqüentemente, fica submetida às regras que caracterizam este.

A questão foi particularmente sentida no domínio da publicidade, portanto, quando estamos perante concorrência empresarial.

De todo o modo, quando está em causa a concorrência, passa-se a outra questão.

Situámo-nos no domínio do direito de autor e direitos conexos, prevalentemente, perguntando se o estabelecimento do hipernexo representa uma violação destes direitos.

A concorrência desleal responde a interrogações muito diferentes. Equaciona o comportamento adequado entre concorrentes, haja ou não um conteúdo protegido nas páginas colocadas por estes. Supõe outras preocupações e critérios, cujo exame nos afastaria fatalmente do que nos ocupa.

Deixamos por isso essa análise para momento posterior.

10. A sobreposição das páginas pelo utente e a obra derivada

Poderia pretender-se que a conexão por incorporação cria uma obra derivada, quando o conteúdo da página *ad quem* é uma obra literária ou artística. Dela resultaria uma obra que representaria a transformação de uma obra preexistente. Restaria então determinar qual das obras, a supor que existissem, seria a originária e qual a derivada ⁽¹⁰⁾.

Mas na realidade, não há nenhuma obra derivada.

Temos de percorrer três ângulos de visão:

- 1) O utente que tem no seu visor as páginas em sobreposição estará a fazer uma utilização não autorizada de uma obra derivada?

⁽¹⁰⁾ Também se poderia falar em conexão de obras.

- 2) A predisposição, pelo titular do sítio *a quo*, de um mecanismo que permite a conjugação das páginas no visor do utente equivale a uma disponibilização da obra em rede, que está reservada ao autor?
- 3) Ou pelo menos, essa predisposição não equivale a proporcionar a obra transformada?

Vamos examinar estes aspectos sucessivamente, começando pelo primeiro.

A sobreposição de páginas que o utente realiza, accionando o hipernexo, não pode ser considerada uma utilização ilícita.

Mesmo quando a hiperconexão é voluntária, nunca há que presumir a sua ilicitude.

E ainda que a hiperconexão fosse ilícita e o utente o soubesse – caso extremo, seguramente de rara ocorrência – o utente não deveria ser responsabilizado.

No seu terminal, o utente faz uso privado. Pode por sua iniciativa combinar páginas diferentes, recorrendo directamente a elas. Nunca viola assim um direito de autor ou conexo.

Pois tão-pouco os viola quando recorre a um hipernexo, mesmo ilícito, que lhe for proporcionado em rede. A utilização que por si fizer é uso privado. O mal está então na ilicitude do hipernexo, e não no accionamento deste pelo utente que faz uso privado. Nem mesmo se pode falar em qualquer tipo de cumplicidade do utente, como veremos.

Portanto, o utente que se limita a accionar os dispositivos preexistentes fica sempre fora do plano da responsabilidade.

11. A disponibilização de página alheia pelo titular do sítio de origem

Os Tratados da OMPI de 1996 atribuem aos titulares dos direitos intelectuais protegidos o direito exclusivo de colocar à disposição do público as obras ou prestações, “de maneira que membros do público possam ter acesso a elas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem”.

O titular do sítio *a quo* cria os dispositivos que permitem a membros do público aceder aos conteúdos constantes do sítio *ad quem*.

Isso não equivale justamente a colocar à disposição do público esse conteúdo, usurpando faculdades que só poderiam ser exercidas pelo titular dos direitos sobre esses conteúdos?

Não. E antes de mais por razões técnicas.

Ao contrário de que ao cibernauta se afigura, não há nenhum lugar no ciberespaço onde se combinem a página de origem e a página de destino.

Permanecem sempre separadas. A página de destino com o seu conteúdo sem sofrer nenhuma alteração. A página de origem com o seu hipernexo activado.

É somente no visor do terminal do cibernauta que se produz essa manifestação visual, da sobreposição dos textos das páginas conectadas, quando o hipernexo é activado. Não há pois um paradigma que esteja disponível no ciberespaço, mas somente uma aparição individual e localizada, enquanto o computador permanecer na página que foi chamada. Não há portanto nunca nada a que possamos chamar uma obra preexistente à activação provocada pelo cibernauta.

Daqui deriva que o titular da página *a quo* nunca poderá ser acusado de oferecer em rede algo cujo conteúdo é, pelo menos parcialmente, retirado de página alheia. Oferece apenas a própria página, da qual consta um hipernexo. Não criou nenhuma obra, e nomeadamente não criou nenhuma obra derivada.

A página que incorpora página alheia é uma aparição individual e efémera, no visor do utente, e não uma obra derivada que esteja disponível em rede.

O titular do sítio de origem não disponibiliza pois nenhum conteúdo em rede, pela simples razão de que esse conteúdo está já disponibilizado. Ele limita-se a fornecer um acesso simplificado a material já franqueado, sem alterar as condições dessa disponibilização⁽¹¹⁾. Fornecer o acesso é contribuir para a finalidade da dis-

⁽¹¹⁾ Simona Kiritsov, *Can millions of Internet users be breaking the law every day? An Intellectual Property analysis of linking and framing and the need for licensing*, <http://str.stanford.edu/STLR/Events/linking/contents-f.htm>, faz uma interessante comparação com a sintonização de estações de rádio, quando essa é feita previamente e fica ao dispor através do simples premir duma tecla.

ponibilização; não implica nenhuma intromissão em domínios reservados.

Se o titular do sítio *a quo* não disponibiliza ele próprio, em nada atinge o direito de colocar uma obra ou prestação à disposição do público.

Foi objectado que as pretensões de cessação de conduta infractora do direito de autor se dirigem contra todos aqueles cuja conduta for *conditio sine qua non* da lesão, nos limites da causalidade adequada, não bastando que a lesão seja praticada autonomamente por um terceiro ⁽¹²⁾. Este, accionando o hipernexo, provocaria imediatamente uma reprodução ilícita. Mas este raciocínio baseia-se na admissão de uma reprodução (tecnológica) ilícita, por parte do cibernauta, o que vimos já que não acontece. Sendo assim, cai pela base esta tentativa de imputar responsabilidade a quem estabelece um hipernexo.

12. Hiperconexão por incorporação e transformação da obra

A questão pode ser retomada por um prisma ligeiramente diferenciado. Pode perguntar-se se o estabelecimento de um hipernexo em tais condições não implica a colocação à disposição do público duma obra derivada. Porque, embora no sítio de origem nunca figure a obra derivada, em todo o caso predisuseram-se os mecanismos que permitem que o público desfrute dessa obra derivada. Predispor esses mecanismos não equivale justamente a disponibilizar em rede ao público uma obra derivada?

Os direitos exclusivos representam excepções a liberdades naturais. Como excepções, têm um âmbito precisamente demarcado. Não podem ser objecto de ampliações que as transportem para domínios diferenciados.

A proibição de disponibilizar ao público uma obra transformada não equivale juridicamente à proibição de estabelecer dispositivos que permitam ao público beneficiar da sobreposição com outra obra ou prestação disponível em rede. Isso já não cai na previsão da colocação à disposição do público de obras ou outros con-

(12) Cfr. Stephan Bechtold, ZUM 1997 (nt. 4), *ibid.*

teúdos protegidos, uma vez que só se conjugam elementos que estão já à disposição do público.

Muitos dispositivos permitem ao público beneficiar da sobreposição de obras. Desde o caleidoscópio aos enquadramentos especiais de fotografias, da apresentação de obras de arte em filmes à simples transposição de trechos citados para fora do seu *habitat* originário, tudo são modos de desenquadrar obras, ou trechos destas, para as apresentar com integração diversa.

Não só os meios técnicos utilizados para esse fim são lícitos, como a actividade de enquadramento é em princípio livre. Enquadrar não equivale a transformar: a ser assim, a própria aplicação da moldura ao quadro seria proibida. Transformar supõe tornar a obra originária como base de uma nova criação, em que a essência daquela primeira obra é aproveitada.

Em princípio, nada disto se passa nestes casos: por isso dissemos já que não havia uma obra derivada. Predispor a sobreposição no terminal do utente não representa uma transformação, mesmo que o enquadramento seja diverso. Nem representa uma disponibilização de obra transformada, porque a obra de destino não sofre transformação nenhuma.

Só em casos especiais essa hiperconexão não deve ser admitida. Mas a razão não está então na incorporação em si. Está na ocorrência de razões particulares que impedem que assim se proceda. Seja o caso de se fazer concorrência desleal. Mas esses pontos, a que voltaremos, estão fora do tema que nos ocupa agora.

Em conclusão: pelos princípios gerais do direito de autor (ou dos direitos conexos) não se chega ao banimento da hiperconexão por incorporação. Para que esta seja por si proibida ou restringida, teria de haver regra que o estabelecesse. Essa regra não se encontra.

Como o princípio é o da liberdade, não se podem estender as previsões actuais para além do seu âmbito. Os norte-americanos diriam que assim se violaria a primeira emenda à Constituição federal, sobre liberdade de expressão. Nós diremos simplesmente que se quebraria a normalidade do diálogo social; com prejuízo muito grave de formas de comunicação que estariam na base da almejada sociedade da informação.

13. Restrições de ordem pessoal

O hipernexo pode defrontar ainda restrições de ordem pessoal.

No domínio do direito de autor, avultam os direitos pessoais (ou *morais*) de autor. O hipernexo não pode ser predisposto de maneira que estes direitos saiam ofendidos. Assim, ele não poderá pôr em causa o direito à menção da designação.

Também é importante o que respeita ao direito à integridade da obra. Mas a possibilidade duma violação do direito à integridade da obra por meio duma incorporação só poderá ser admitida parcimoniosamente. Uma incorporação por meio dum hipernexo não representa por si nenhuma modificação da obra que foi colocada em linha à disposição do público. Para além disso, a modificação da obra supõe no direito português para ser relevante (tal como na Convenção de Berna) que cause prejuízo à honra ou reputação do autor, ou então que represente uma desfiguração da obra.

Pode produzir-se a lesão de direitos de personalidade. Assim, do hipernexo pode resultar a lesão do direito à imagem. Suponhamos um hipernexo oculto, que faria aparecer, encimando publicidade própria, a imagem, constante de outra página, de uma pessoa que não consentira em semelhante associação. A ligação da imagem àquela publicidade violaria um direito de personalidade.

Para além dos direitos de personalidade, há outras manifestações pessoais que excluem certos tipos de hiperconexão.

Suponhamos um sítio científico, em que estão em aberto imagens, ou seqüências de imagens, relativas a fundos marinhos.

Um sítio comercial, de venda de produtos de pesca por exemplo, estabelece hipernexos por incorporação, em que aquelas imagens vêm associadas à publicidade dos seus produtos.

Embora as imagens estivessem franqueadas ao visionamento por terceiros, o aproveitamento mercantil que assim se realiza deturpa o seu significado. O titular do sítio pode opor-se a semelhante conexão, por não aceitar que a sua tarefa seja confundida com um propósito mercantil. Pode não se tratar de um direito de personalidade – imaginemos que é a instituição científica titular do

sítio quem reage – mas há de todo o modo a lesão de um direito pessoal ⁽¹³⁾.

14. A concorrência desleal

Examinando os litígios que têm surgido neste domínio, somos impressionados pela circunstância de eles se situarem, exclusivamente ou quase, no domínio do comércio electrónico.

De facto, foi a metamorfose da Internet em veículo comercial que fez surgir a questão. Até aí, toda a hiperconexão era benvinda, porque servia a finalidade de comunicação e cultural da rede.

Por isso, não é surpreendente que o ramo jurídico em que a matéria é prevalentemente discutida não seja o do direito de autor, mas sim o da concorrência desleal. É este, nomeadamente, o fundamento de quase todas as acções propostas nos Estados Unidos da América: o *copyright*, se invocado, fica em posição secundária.

Um conteúdo é lançado em rede, suponhamos que livre, por veicular um tipo de publicidade. Se um outro operador lança um hipernexo que permite a incorporação do conteúdo em causa, mas enquadrado pela publicidade do sítio *a quo*, temos um aproveitamento de um conteúdo alheio para prossecução de objectivos próprios.

Os grandes litígios neste domínio surgiram no campo da publicidade, justamente, perante a frustração representada pelos hipernexos alheios.

Isto traz efectivamente problemas jurídicos. Mas não são problemas relativos ao Direito de Autor e Direitos Conexos. O que houver de condenável situar-se-á no domínio da concorrência desleal. Haverá que perguntar se aquela apropriação do conteúdo alheio traduz um modo correcto de conduzir a concorrência.

Para isso, à face do direito português, supõe-se uma relação de concorrência entre empresas implicadas, e que o acto de estabelecimento do hipernexo possa ser qualificado um acto de concorrência. O que vai fatalmente deixar de fora muitas situações.

⁽¹³⁾ Partimos do princípio que entes colectivos poderão ter direitos pessoais, mas não direitos de personalidade.

Desde logo, todas aquelas em que qualquer dos sítios implicados não seja comercial.

Uma figura típica neste domínio surge quando uma empresa comercializa um bem, através de hiperconexões para outras empresas que os têm disponíveis.

Assim aconteceu em dois casos-padrão; os de *Ticketmaster* e de *Total News*, que todos os autores referem.

No primeiro, outras operadoras comercializavam marcações de lugares para espectáculos, através de hipernexos que estabeleceram para *Ticketmaster*, empresa que se especializara nesse domínio.

No segundo, a *Total News* oferecia as notícias de jornais e outras publicações periódicas, mediante hipernexos que estabelecera para os respectivos sítios. Não tinha nenhum conteúdo próprio.

Independentemente dos pormenores destes casos, e outros semelhantes, o que interessa saber é se representa concorrência desleal a actividade empresarial que se baseie no recurso a hiperconexões com outra empresa do sector.

Vamos supor que a empresa *ad quem* não é prejudicada, porque recebe contrapartida da utilização feita – nomeadamente com o pagamento da remuneração que tenha eventualmente estabelecido.

A questão resume-se para nós a saber se a comercialização indirecta realizada pode ser considerada parasitária, a ponto de dever ser afastada como concorrência desleal ⁽¹⁴⁾. Não conhecemos ainda pronúncias judiciais definitivas sobre este ponto.

É difícil considerar esta actividade como constitutiva de concorrência desleal. Isolada assim a questão, a empresa *ad quem* não é atingida no seu negócio. A empresa *a quo*, embora não produza o conteúdo, contribui com uma prestação própria, que é válida em termos de concorrência ⁽¹⁵⁾. Dificilmente se poderá dizer que viola as “normas e usos honestos” ⁽¹⁶⁾ ou qualquer das outras cláusulas gerais que demarcam nos vários países a matéria da concorrência desleal.

⁽¹⁴⁾ Entraria na categoria norte-americana da *misappropriation*.

⁽¹⁵⁾ Nomeadamente, a elaboração de *índices*, com acesso aos vários termos através de hipernexos, representa contribuição válida.

⁽¹⁶⁾ Art. 260.º do Código da Propriedade Industrial.

Há porém circunstâncias que caracterizam a concorrência desleal. Num litígio recentemente decidido em Paris entre *Cadres On Line* e *Keljob*, estava em causa o estabelecimento de hipernexos profundos, entre um instrumento de localização de ofertas de emprego e uma sociedade do sector, em que o primeiro estabelecia os hipernexos sem designar (ou até adulterando) a sua proveniência. Foi considerada “uma acção desleal, parasitária e de apropriação do trabalho e dos esforços financeiros de outrem”.

II. A lesão de terceiros

15. Entre a liberdade de referências e a apropriação do conteúdo ilícito

Os hipernexos podem lesar, não apenas os titulares ou interessados no sítio *ad quem*, mas também outros interessados, que são terceiros em relação a esse sítio. Nestes casos, a questão passa a ser a da violação dos direitos ou interesses juridicamente protegidos de terceiros, em consequência do particular conteúdo do sítio para o qual o hipernexo é estabelecido.

Com efeito, a afirmação do princípio da liberdade do estabelecimento de hipernexos não implica que essa liberdade seja absoluta. Não há liberdades ou direitos absolutos.

As restrições surgem particularmente quando está em causa uma hiperconexão para sítio cujo conteúdo seja de qualquer modo ilícito.

Esta ilicitude pode fundar-se, nomeadamente:

- em razões de ordem pública
- na tutela de direitos pessoais
- na repressão da concorrência desleal
- na das violações de direitos intelectuais.

É necessário conciliar o princípio da liberdade das referências com a repressão dos actos de apropriação do conteúdo ilícito.

A questão está então em determinar se quem estabelece o hipernexo actua no exercício da liberdade de informação, ou na

prossecação doutro fim lícito, ou procede antes a uma forma indirecta de disponibilização de conteúdos para um objectivo ilícito.

Este último caso verifica-se sem dúvida quando os responsáveis dos sítios *a quo* e *ad quem* participam dum plano conjunto para realizar a infracção.

Independentemente de conluio, é muito importante verificar se o titular *a quo* beneficia com a actividade de conexão que realiza, passando a traduzir uma finalidade que não lhe permite distanciar-se da infracção realizada.

E será ainda importante verificar se o hipernexo traduz algo que não é coberto pelo fim de informação, ou outro fim lícito prosseguido por quem o predispõe.

Isto quer dizer que a liberdade que domina nesta matéria não pode ser pretexto para o agente se aproveitar à custa da violação do direito alheio, ou divulgar por meios indirectos um conteúdo ilícito.

Mas da exposição dos casos em que o hipernexo surge como ilícito resultam já também os limites precisos destas situações.

Sobretudo, há que acentuar que o princípio é o da liberdade. E isto implica que a prossecação de um fim lícito justifique, salvo razão de força maior, o estabelecimento do hipernexo.

Particularmente, não há nenhuma lei do silêncio que obrigue a omitir tudo aquilo que represente conteúdo ilícito. E que, por maioria de razão, impeça o estabelecimento de hipernexos. Semelhante forma de censura não existe.

Estes princípios orientadores são ainda de grande generalidade. Necessitam subsequentemente de concretização, pois podem ter manifestações diferentes consoante o tipo de conteúdo ilícito que estiver em causa. Porém, só poderemos limitar-nos seguidamente a referências sumárias a algumas categorias mais importantes.

16. Os limites de ordem pública

Os *limites de ordem pública* colocam-se quando o próprio conteúdo do sítio para onde se remete contrariar regras imperativas. Seja o caso de sítios pedófilos, ou de difusão de práticas terroristas, ou de defesa de orientações ideológicas que são proscritas.

O conteúdo das leis de ordem pública varia muito de país para país; e varia entre o continente europeu e a América do Norte.

Varia muito também a reacção ao estabelecimento de hiperconexões para sítios de essa ordem.

Tal como varia, enfim, o âmbito dos intervenientes que poderão ser responsabilizados.

É tema que nos dispensamos de aprofundar.

17. Os limites pessoais

As restrições provêm frequentemente do conflito com direitos ou liberdades alheias.

Entre os direitos implicados surgem em primeiro lugar os direitos de personalidade. O hipernexo não pode ser predisposto de maneira a assumir, mesmo implicitamente, algo que ofenda a personalidade alheia.

Este princípio desdobra-se num grande número de manifestações.

O mesmo aconteceria se, por incorporação, um trecho constante de sítio alheio fosse apresentado de maneira que atingisse a honra de alguma pessoa, por exemplo, porque sugerisse desvios sexuais. O direito da personalidade impediria semelhante conexão.

Todavia, é sempre necessário ter presente a distinção entre a mera referência e a apropriação do conteúdo. Distinção que é difícil.

Uma sentença do Tribunal Regional de Hamburgo de 12.05.98, considerando um hipernexo feito para uma sátira constante da Internet, condenou o réu, julgando que teria feito seu o texto conectado: não se teria distanciado dele nem estaria apenas a dar conhecimento de opiniões.

Na ordem jurídica portuguesa será por caminhos gerais desta índole que haverá que avançar, na falta de elementos específicos ⁽¹⁷⁾.

(17) Torsten Betting / Stefan Freytag, *Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links, Computer und Recht*, 9/98, 545-556, analisam o caso à luz da legislação especial alemã sobre meios de comunicação, que está fora da nossa análise. Mas também chegam à necessidade de distinguir o conteúdo referenciado como próprio ou alheio, procurando nomeadamente um interesse próprio do autor do hipernexo no conteúdo referenciado.

Em todos estes casos, o estabelecimento do hipernexo complementa ou reforça a violação do direito de personalidade que se pratica no sítio *ad quem*. Mas o que respeita à posição relativa dos responsáveis dos sítios será melhor considerado a seguir, a propósito da violação de direitos intelectuais.

Os meios de reacção variam conforme os casos. A protecção mais forte é a outorgada pelos direitos de personalidade. Na ordem jurídica portuguesa, não só estes direitos são atípicos, como são atípicas as providências que podem ser decretadas para sancionar as violações (art. 70.º do Código Civil).

Deste modo, o juiz terá sempre base para fazer cessar o hipernexo que abusivamente se estabeleça para um sítio violador.

18. Concorrência desleal em relação a terceiros

A situação é diferente quando o hipernexo é lançado entre sítios comerciais. Neste caso, se a conduta não é correcta, não haverá em princípio ofensa de direitos pessoais, mas sim manifestação de concorrência desleal.

De novo se defronta esta categoria no domínio dos hipernexos; uma vez que deste modo se pode fazer concorrência desleal, não apenas aos concorrentes interessados no sítio *ad quem*, mas também a terceiros.

Como dissemos, a matéria dos hipernexos tem originado ainda poucos litígios em Portugal.

Num caso recente, suscitou-se litígio a propósito de uma marca nominativa, que tinha titulares (registados) diferentes em Portugal e no Brasil. Um portal português, referindo essa marca, abriu um hipernexo para o sítio da marca registada no Brasil.

Neste caso havia a utilização de um meio incorrecto, que permitia contornar a lei que atribuíra o exclusivo à marca registada em Portugal.

Não nos interessa indagar até que ponto se poderia falar em lesão do direito à marca. O que havia seguramente era concorrência desleal, em exclusivo ou em concurso com a eventual violação do direito à marca. Porque não é uma maneira leal de fazer concorrência a referência a uma marca dando a ilusão de que se tratava

de marca protegida em Portugal. Os interesses do concorrente titular da marca em Portugal ficaram lesados.

É matéria que não aprofundamos, por não haver aparentemente desvios a apontar em relação aos princípios gerais da concorrência desleal.

19. A violação de direito de autor

Pode o hipernexo remeter para um sítio onde se processa a violação dum direito de autor (ou dum direito conexo).

O estabelecimento do hipernexo para esse sítio representa, por si, uma violação de tal direito?

Os princípios gerais do direito de autor (e, em medida mais reduzida, também os dos direitos conexos) trazem limites à possibilidade de estabelecer hipernexos. Particularmente, de hipernexos por incorporação.

No que respeita aos chamados direitos morais de autor (que preferimos designar os direitos pessoais de autor) está particularmente em causa o direito à integridade da obra, que permite ao autor opor-se a tudo o que deturpe a obra ou o atinja na sua honra ou reputação.

Da hiperconexão, mesmo por incorporação, não resulta modificação da obra. Mas o direito moral ou pessoal pode ser atingido pela maneira como a hiperconexão é disposta. O hipernexo pode levar a que a obra seja apresentada, por exemplo, em conexão com orientações religiosas ou políticas que o autor combate. O direito à integridade, pelo menos no sentido amplo que lhe tem sido atribuído, é violado por semelhante cumulação, ainda que esta se dê apenas no visor do cibernauta.

A questão é de mais difícil resposta quando não estão em causa os direitos pessoais (ou morais). Quem estabelece um hipernexo para um sítio onde se pratica violação dum direito patrimonial de autor viola o direito de autor?

No domínio do Direito Penal a resposta, pelo menos à luz da ordem jurídica portuguesa, é sem dúvida negativa. O princípio da tipicidade, ou precisão típica, impede que onde a lei fala em con-

trafacção, comercialização de produtos contrafeitos e assim por diante, se inclua também o estabelecimento de hipernexos.

E poderá esse estabelecimento da hiperconexão originar responsabilidade civil?

Mas a responsabilidade civil pressupõe, na ausência de regra especial, o carácter ilícito do lançamento do hipernexo. Ora, é justamente essa ilicitude que é necessário estabelecer.

André Lucas nota que falta o acto material que permita concluir pela existência duma contrafacção directa ⁽¹⁸⁾.

Efectivamente, violar o direito de autor e dar uma via abreviada de acesso a um sítio em que se pratica tal violação são coisas muito diversas. Para que se pudesse considerar um acto ilícito, seria necessário indicar a faculdade de direito de autor que o estabelecimento do hipernexo violaria. Essa faculdade não foi apontada.

Daqui se segue que, na falta de disposição especial, o mero estabelecimento de um hipernexo para um sítio onde se pratique uma violação do direito de autor não representa, por si, um acto ilícito.

20. O acto ilícito de quem estabelece o hipernexo

Se quem estabelece o hipernexo não viola directamente um direito de autor ⁽¹⁹⁾, a sua responsabilidade só pode estar em causa se houver um acto de directa violação por outrem desse direito.

O facto de a problemática da responsabilidade só se poder suscitar se houver um responsável imediato elimina desde logo numerosas hipóteses que se poderiam colocar em dúvida.

No Direito Penal, isso implica sobretudo o recurso à categoria da cumplicidade, com os seus particulares requisitos. Mas no Direito Civil a importância de uma relação de comparticipação é mais lassa: “se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do acto ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado” ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ *Droit d'auteur et numérique*, Litec (Paris), 1998, n.º 592.

⁽¹⁹⁾ Ou o direito conexo, que não referimos expressamente apenas por brevidade.

⁽²⁰⁾ Art. 490.º do Código Civil.

Vamos por isso distanciar-nos da problemática da cumplicidade e perguntar mais em geral qual a relação que deve estabelecer-se entre quem lançou o hipernexo e os implicados no conteúdo ilícito do sítio *ad quem*.

Podemos supor três cadeias de relacionamento:

- por conluio, de que quem lança o hipernexo participa
- pelo encadeamento de vários sítios, através de um ou mais sítios intermediários até ao directamente infractor
- pela relação imediata sítio *a quo* / sítio infractor.

No 1.º caso, há um acto conjunto que facilita a análise, permitindo apurar responsabilidades colectivas.

A segunda hipótese verifica-se quando se estabelece uma hiperconexão indirecta, em dois ou mais graus. Assim, um sítio lança um hipernexo para um sítio intermédio, que por sua vez conecta para o sítio de destino, em termos de conexão ilícita de conteúdo.

Seja o caso de um hipernexo para um sítio intermédio que contém por sua vez um hipernexo para um terceiro sítio de conteúdo terrorista. Mas nesse caso não se pode falar em infracção por parte do titular do sítio *a quo* pelo facto de ter estabelecido um hipernexo para o sítio intermédio. Se há um sítio cujo conteúdo é globalmente lícito, a hiperconexão é lícita, não obstante esse sítio conter um hipernexo, porventura ilícito, para um sítio de destino. Seria levar longe de mais a repressão considerar ilícito um hipernexo por ligar a um sítio cujo conteúdo fosse lícito, mas contivesse um hipernexo para um sítio de conteúdo ilícito.

A situação só é diferente se estivermos perante uma fraude à lei. Podem os sítios intermédios ter sido montados para tornear a proibição da conexão ilícita. Então aplicam-se os princípios da fraude à lei, que levam à rejeição da aparência falaciosa para atingir a realidade da ilícita hiperconexão.

Nesse caso, todos os participantes são igualmente responsáveis, porque todos desencadearam o esquema comum destinado a iludir a aplicação da lei. Os titulares dos sítios intermédios não são cúmplices – são autores, porque só em conjunto com os restantes a violação é realizada. Respondem assim nos termos normais da plu-

ralidade de autores. Ou então não há autor nenhum. Mas nesse caso, estamos caídos na primeira hipótese enunciada.

Passamos à terceira hipótese, que é a que particularmente nos interessa. Indaguemos da relação que pode mediar entre quem estabeleceu o hipernexo e o responsável pelo conteúdo ilícito para que aponta.

O princípio da liberdade de referências implica que os hiper-nexos, mesmo para sítio de conteúdo ilícito, devam ser considerados lícitos ⁽²¹⁾. O problema é então o da determinação dos factores que tornam ilícita essa conexão. Voltamos à questão fundamental para que acenámos no início ⁽²²⁾.

As pronúncias judiciais sobre esta matéria, mesmo na Europa, demonstram a imaturidade da questão ⁽²³⁾.

Nos casos que nesta altura nos ocupam, que são os de hiper-nexos lançados para sítios onde há violação de direitos intelectuais, o que está excluído é que o hipernexo seja usado como meio indirecto de violar aqueles direitos, ou de reforçar uma violação já realizada.

21. Responsabilidade a título de provedor de serviços

A que regime se sujeitará uma eventual responsabilidade dos titulares dos sítios, por estabelecimento de hiper-nexos ilícitos?

A questão central consiste em determinar se poderão ser responsabilizados como provedores de serviços.

A Directriz n.º 00/31/CE, de 8 de Junho, sobre o comércio electrónico, não regula a situação de quem proporciona hiper-nexos. A lacuna é intencional, como dissemos ⁽²⁴⁾.

A questão está assim em aberto. Pode ser dividida em dois aspectos:

- se pode ser estendida a exoneração de responsabilidade aos que estabelecem hiper-nexos

⁽²¹⁾ Mais precisamente, um sítio não é condenado em globo pelo facto de ter um fragmento em infracção. O que está em causa é a remissão para esse conteúdo infractor. Mas seriam necessárias ainda outras distinções a que não podemos proceder aqui.

⁽²²⁾ *Supra*, n.º 15.

⁽²³⁾ Sobre a decisão do tribunal de Antuérpia no caso IPFI v. Beckers, cfr. Strowel, RIDA 186 cit., 113.

⁽²⁴⁾ *Supra*, n.º 3.

— se lhes podem ser analogicamente aplicáveis os princípios sobre responsabilidade dos provedores de serviços, constantes da directriz.

A directriz exclui todo o dever geral de vigilância do provedor de serviços (art. 15.º).

E também não acolhe nenhuma figura de boa fé ética, baseada num não conhecer *nem dever conhecer*: satisfaz-se com a boa fé psicológica.

Mas em matéria de responsabilidade civil, no que respeita à armazenagem em servidor (e só nessa), estabelece a relevância das circunstâncias donde resulta que a actividade ou informação é ilegal (art. 14.º/2). Não equivale a um dever de conhecer; respeita mais à prova. Mas, do conhecimento das circunstâncias, a directriz infere (*iuris et de iure*) a responsabilidade civil do prestador de serviços.

Esta previsão será aplicável a quem estabeleceu um hipernexo para uma página em contrafacção? Limitamo-nos a examinar a situação resultante da directriz.

Não há analogia entre quem estabelece um hipernexo e quem armazena em servidor. São actividades muito diferentes, que não permitem recorrer ao regime da directriz para regular a questão dos hipernexos.

Maior semelhança existe entre o estabelecimento de hipernexos e a actividade do provedor de acesso. Mas a analogia continua a ser longínqua. O estabelecimento do hipernexo supõe o acesso já assegurado; limita-se a permitir um atalho. Não há pois base suficiente para sujeitar a situação à disciplina da directriz, mesmo quando se fizer a transposição desta.

Daqui resulta que esta situação não é atingida pela directriz, como a própria directriz declara (art. 21.º/2). Cai assim nos princípios gerais de direito de cada país-membro da Comunidade.

Seguramente que, sem previsão especial, o estabelecimento dum hipernexo não representa execução dum facto penal ilícito. O princípio da precisão típica em Direito Penal impede que o estabelecimento do hipernexo seja assimilado à própria violação do direito de autor.

O lançamento do hipernexo só poderá ser relevante em termos de comparticipação, justamente. Pode acontecer que o hipernexo seja um elemento dum plano mais vasto destinado a violar direitos ou tornar disponível um conteúdo proibido. O autor do hipernexo responde então pela integração deste numa acção conjunta proibida.

Em matéria de responsabilidade civil, terá interesse perguntar se o princípio do art. 14.º/2 da directriz, aplicável à responsabilidade do provedor de serviços de armazenagem, não coincide afinal com um princípio geral do direito português, aplicável também em caso de estabelecimento de hipernexos.

A prova baseia-se em ilações sobre factos conhecidos para determinar factos desconhecidos. Ora, se alguém lança um hipernexo, não obstante conhecer factos ou circunstâncias que tornam visível, ou ostensivo, o carácter ilícito do conteúdo a que se refere, o conhecimento não pode deixar de ser dado como provado. Vale o *id quod plerumque accidit*, que é o fundamento de toda a prova.

Concluimos assim que, por força dos princípios gerais, vigora já na ordem jurídica portuguesa, no que respeita à responsabilidade civil de quem estabelece hipernexos, um princípio análogo ao estabelecido em matéria de responsabilidade civil do provedor de armazenagem pelo art. 14.º da directriz sobre comércio electrónico.

Este princípio vigora porém em todos os ramos do direito, e não apenas no domínio da responsabilidade, salvo regra em contrário. A limitação à responsabilidade civil, constante do art. 14.º da directriz, é uma regra de limitação do âmbito da ilicitude a certos casos típicos. Mas quem predispõe hipernexos está sujeito às regras gerais do ilícito.