



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

MESTRADO FORENSE
VERTENTE CIVIL E EMPRESARIAL

**AS REDES SOCIAIS E O DIREITO À RESERVA
SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA**

Candidata: Ana Festas Henriques

Orientador: Professor Doutor Luís Menezes Leitão

LISBOA, 31 DE MARÇO DE 2014



Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa

Mestrado Forense

As Redes Sociais

e o

Direito à Reserva sobre a intimidade da vida privada

Candidata: Ana Festas Henriques

Orientador: Professor Doutor Luís Menezes Leitão

Lisboa, 31 de março de 2014

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Luís Menezes Leitão por me aceitar como sua orientada e pela sua constante simpatia.

À minha família, em especial aos meus pais, pelo incentivo e pelo apoio incondicional.

À Cristina Miranda pela amizade e disponibilidade ao longo de todo este processo.

Aos meus colegas da CCA-Ontier, a todos um grande obrigada, não podendo no entanto deixar de referir porque sempre presente a Ana Souto Rocha.

Por último, aos meus amigos pela ajuda e pela paciência.

Obrigada a todos!

Lista de Abreviaturas

CC	Código Civil
CDA	Communications Decency Act
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
D.L.	Decreto-Lei
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
E.U.A.	Estados Unidos da América
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
ss	seguintes
Vol.	Volume

Índice

Introdução	1
1. As redes sociais	2
1.1 O conceito de redes sociais	2
1.2 Qualificação enquanto prestador de serviços	3
2. A qualificação enquanto prestador de serviços noutros sistemas jurídicos	8
2.1 E.U.A	8
2.2 Brasil	11
3. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada – o sistema do Código Civil Português	13
3.1 Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada – o artigo 80º do Código Civil	14
a) Conceito atual	14
b) Análise da “teoria das três esferas”	17
c) Artigo 80º, n.º 2 do Código Civil – problemática da “natureza do caso” e “condição das pessoas” no âmbito das redes sociais	18
3.2 Limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada	22
a) Breve exposição	22
b) A aplicação do artigo 81º, n.º 2 do Código Civil – em concreto, da revogabilidade desta limitação voluntária nas redes sociais	26
3.3 Responsabilidade civil por violação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada	30
4. Responsabilidade civil nas redes sociais	33
4.1 Tratamento noutros sistemas jurídicos	37
a) E.U.A	37
b) Brasil	40
4.2 Responsabilidade civil das redes sociais e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada perante a revogação do consentimento à divulgação da informação pelo titular da mesma	44
Conclusão	47
Bibliografia	i

Introdução.

Vivemos numa era de tecnologia. Existem câmaras na rua, as instituições financeiras sabem como gastamos o nosso dinheiro, os supermercados sabem que produtos consumimos, a via verde e os radares permitem saber por onde viajamos, máquinas de *scanner* nos aeroportos “vasculham” as nossas bagagens (e até mesmo o nosso corpo), a utilização de *cookies* permite seguir o rasto detalhado da nossa utilização da Internet, entre outros.

Há, assim, claramente uma grande mudança na perceção da privacidade. Na atualidade, os próprios indivíduos diminuem voluntariamente a sua privacidade através da entrada em “*reality shows*”, da participação em redes sociais, entre outros. Como tal, colocam-se, portanto, relevantes desafios aos indivíduos e ao direito na compreensão e regulação de tais realidades.

É, pois, desta realidade e desta preocupação que nasce o presente trabalho, onde procuraremos analisar a problemática do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada nas redes sociais.

Para tal, começaremos por analisar o conceito de redes sociais (comum e jurídico) nos ordenamentos jurídicos português, americano e brasileiro. Seguidamente procederemos a análise do regime do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, com especial relevo para a limitação voluntária deste direito e os problemas que se colocam perante o exercício da revogação pelo indivíduo no âmbito das redes sociais. Note-se que não tratamos no âmbito do presente trabalho da violação deste direito por terceiros.

Por fim, procederemos à análise do regime da responsabilidade civil das redes sociais enquanto prestadores de serviços intermediários em rede, procurando, por fim, perceber em que moldes podem as redes sociais ser responsabilizadas pela divulgação de conteúdo aquando da revogação pelo titular do direito do seu consentimento a tal divulgação.

1. As Redes Sociais

1.1. O Conceito de Redes Sociais

As redes sociais são uma realidade incontornável da nossa vivência enquanto participantes da Sociedade da Informação. Todavia, a par das incomensuráveis vantagens desta realidade, as redes sociais levantam inúmeros problemas jurídicos, tais como a manutenção *online* de perfis de pessoas falecidas, o combate à prática e divulgação da pedofília, a prevenção, combate e sancionamento de violações de direitos de autor e direitos conexos, ou a proteção de dados pessoais.

Em concreto, as redes sociais têm-se destacado como um veículo relevantíssimo na prática de inúmeros ilícitos, como sejam a difamação, a injúria, a violação do direito de imagem, e a perturbação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dos utilizadores das mesmas ou de terceiros.

Sendo esta problemática o cerne do presente trabalho, importa, previamente à análise do concreto regime de responsabilidade civil aplicável aos operadores de redes sociais, compreender e definir em termos jurídicos esta concreta realidade.

Os autores NICHOLE ELLISON e DANAH BOYD definem redes sociais como "*Serviços baseados na Web que permitem aos indivíduos (1) construir um perfil público ou semipúblico dentro de um sistema limitado; (2) articular uma lista de outros utilizadores com quem eles partilham uma conexão; e (3) visualizar e percorrer a sua lista de conexões e aquelas feitas por outras pessoas dentro do sistema.*"^{1/2}.

¹ Tradução livre da Autora de ROBERT E. LEMONS, *Protecting our digital walls: regulating the privacy policy changes made by social networking websites*, 2011, p. 606 (disponível em www.heinonline.org).

² A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) adota a terminologia de "*participate networked platforms*", as quais "*facilitate social communication and information exchange. They are services based on new technologies such as the web, instant messaging, or mobile technologies that enable users to contribute to developing, rating, collaborating and distributing Internet content and developing and customising Internet applications, or to conduct social networking. This category is intended to include social networking sites, video content sites, online gaming websites and virtual worlds*", in *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*", OCDE, abril 2010, p. 14.

A primeira rede social, de acordo com esta definição, terá surgido em 1977 com a SixDegrees.com³. Desde então surgiram dezenas de redes sociais, como sejam o Facebook⁴, o Twitter⁵, o LinkedIn⁶, o Instagram⁷, o Pinterest⁸, e o Myspace⁹.

Em termos práticos as redes sociais permitem, designadamente, aos utilizadores: interagir em tempo real com outros utilizadores, através de *chat rooms* e mensagens instantâneas; encontrar amigos e fazer novos amigos; partilhar e fazer o *upload* de fotografias, vídeos, imagens; publicar e partilhar conteúdos, pensamentos, emoções; jogar jogos; criar e aderir a grupos de interesse ou comunidades¹⁰; receber comentários ou mensagens nas suas páginas, escrever nas páginas dos outros utilizadores, entre outros¹¹.

1.2. A qualificação enquanto prestador de serviços da sociedade da informação

³E. LEMONS, ROBERT, *ob. cit.*, p. 606.

⁴ Sendo a mais popular rede social de acordo com <http://www.ebizmba.com/articles/social-networking-websites>, terá cerca de 1.23 mil milhões de utilizadores ativos mensais desde dezembro de 2013, de acordo com o <http://newsroom.fb.com/Key-Facts>. O Facebook foi criado em 2004 por um estudante de Harvard, Mark Zuckerberg. Inicialmente, esta rede social destinava-se apenas aos estudantes universitários que tivessem um endereço de e-mail da sua faculdade, mas em 2006 foi aberto ao público em geral - assim, AMY MORGANSTERN, *In the spotlight: social network advertising and the right of publicity*, 2008, p. 181 (disponível em www.heinonline.org). O Facebook, tal como outras redes sociais, permite aos seus utilizadores criarem um perfil, identificar uma lista de outros utilizadores com quem tenham uma ligação ou relação, ver e escrever no mural/perfil dos outros utilizadores, enviar mensagens, estabelecer e afiliar-se a *networks* e grupos, convidar membros para eventos, procurar outros membros, entre outros, tal como enunciado por KATHLEEN ELLIOT VINSON, *The blurred boundaries of social networking in the legal field: "just face it"*, 2010, pp. 359-361.

⁵Esta rede social tem cerca de 241 milhões de utilizadores ativos mensais, conforme <https://about.twitter.com/company>. Trata-se de um "serviço para amigos, família, e colegas para comunicar e manter-se em contacto através da troca rápida e frequente de mensagens. As pessoas escrevem pequenos updates, denominados "Tweets" de 140 caracteres ou menos. Estas mensagens são colocadas no perfil do utilizador e enviada para os "seguidores" e podem ser pesquisadas na pesquisa do Twitter.", in <http://support.twitter.com/articles/13920-new-user-faqs#>.

⁶ O LinkedIn surgiu em 2003 e é considerado atualmente a maior rede profissional do mundo com cerca de 250 milhões de utilizadores. Esta rede permite que o utilizador crie um perfil profissional, mantenha contato com outros profissionais e colegas, encontre oportunidades profissionais, de empreendedorismo e de negócio, e compartilhe notícias do setor profissional, conforme http://www.linkedin.com/static?key=what_is_linkedin&trk=hb_what.

⁷O Instagram surgiu em 2010, tendo atualmente cerca de 85 milhões de utilizadores (in <http://www.ebizmba.com/articles/social-networking-websites>). Trata-se de uma rede social que permite a partilha de fotografias com outros utilizadores, bem como a sua transformação, através da utilização de filtros (in <http://instagram.com/about/faq/#>).

⁸ O Pinterest é uma rede social fundada em 2010 que permite colecionar e organizar as coisas que inspiram os utilizadores.

⁹O Myspace foi lançado em Agosto de 2003 e tem cerca de 40 milhões de utilizadores (in <http://www.ebizmba.com/articles/social-networking-websites>). Esta rede social é principalmente conhecida por permitir aos artistas expor e vender a sua música, para além de permitir a conexão entre utilizadores (assim JASON MAZZONE, *Facebook Afterlife*, p. 1663, disponível em www.heinonline.org).

¹⁰ Como sejam páginas de moda, *erasmus*, futebol, turmas de faculdade, entre outros.

¹¹ *Good practice guidance for the providers of social networking and other user-interactive services*, UK council for child internet safety, 2010, pp. 6 e 7.

Atendendo a esta concreta realidade social, vejamos agora como poderemos enquadrar e qualificar juridicamente as redes sociais.

Para tal é relevante, antes de mais, analisar o conceito de serviço da sociedade da informação, que se entende como “qualquer serviço¹² prestado normalmente mediante remuneração, à distância¹³, por via electrónica¹⁴ e mediante pedido individual de um destinatário de serviços.”^{15/16/17}, de acordo com o art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 98/34/CE¹⁸, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação.

Para além deste conceito, é necessário também definir o que se entende por “prestador de serviços”, para este efeito. Nos termos do art. 2.º, alínea b), da Diretiva 2000/31/CE¹⁹ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre o comércio eletrónico”, adiante designada Diretiva 2000/31/CE)²⁰,

¹² Partilhamos da opinião de CLÁUDIA TRABUCO que defende não se referir este conceito de “serviço” apenas ao contrato de prestação de serviços regulado nos arts. 1154.º e ss. do CC, uma vez que não se limita a contratos de prestação de serviços celebrados com os destinatários (*in Lei do Comércio Eletrónico Anotada*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, 2005, pp. 25 e 26). Veja-se também da Autora “*Responsabilidade e Desresponsabilização dos Prestadores de Serviços em Rede*”, *in O Comércio Eletrónico em Portugal – O Quadro Legal e o Negócio*, Anacom, Lisboa, 2004, p. 143, sendo igualmente relevante, enquanto auxiliar interpretativo, o Considerando 18 da Diretiva 98/34/CE.

¹³ Considera-se como serviço prestado à distância qualquer serviço prestado sem que ambas as partes estejam presentes – cfr. art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 98/34/CE e art. 2.º, alínea b), ponto i, do Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, que transpõe para o direito interno a referida Diretiva.

¹⁴ Trata-se de um serviço prestado por via eletrónica caso este seja “*enviado desde a sua origem e recebido no destino através de instrumentos eletrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos*”, *in* art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 98/34/CE e art. 2.º, alínea b), ponto ii, do Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril.

¹⁵ A Diretiva fala aqui num “*serviço fornecido por transmissão de dados mediante pedido individual*” – cfr. art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 98/34/CE e art. 2.º, alínea b), ponto iii, do Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril.

¹⁶ O Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que aprovou a lei do comércio eletrónico, no seu art. 3.º, n.º 1 define serviço da sociedade da informação como “*qualquer serviço prestado à distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário*”.

¹⁷ Vide *Lei do Comércio Electrónico Anotado*, *ob. cit.*, p. 25.

¹⁸ Alterada pela Diretiva 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de julho de 1998.

¹⁹ Esta Diretiva divide-se em cinco capítulos: (i) a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação e os requisitos para o exercício da atividade; (ii) a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede e, em especial, dos prestadores intermediários de serviços; (iii) a publicidade; (iv) a celebração de contratos por via eletrónica; (v) as entidades de supervisão e o regime sancionatório (*in Lei do Comércio Eletrónico Anotado*, *ob. cit.*, p. 20). Neste trabalho iremos apenas analisar o ponto (ii) e o (v).

²⁰ “*Este diploma pode ser dividido em duas áreas: a primeira, cria um domínio coordenado que respeita a todas as disposições legais nacionais relativas ao acesso e prossecução de atividades em linha pelos prestadores de serviços e a segunda, harmoniza certas áreas locais, nomeadamente, local de estabelecimento e às*

transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro²¹ (adiante designado D.L. n.º 7/2004)²², prestador de serviços é “*qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação*”.

Ao contrário da referida Diretiva, o D.L. n.º 7/2004 não definiu prestador de serviços, apresentando antes a noção mais restrita de prestadores intermediários de serviços em rede, os quais qualifica como aqueles prestadores “*que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço*”²³. Serão, pois, e no dizer de OLIVEIRA ASCENSÃO, os prestadores que oferecem serviços instrumentais para a atuação em rede²⁴, e que, a par dos “prestadores que oferecem serviços finais”, compõem a noção de prestadores de serviços para este efeito²⁵.

Por conseguinte, e de acordo com a definição *supra* referida, as redes sociais são prestadores intermediários de serviços em rede²⁶.

Torna-se, pois, imperativo analisarmos agora os diversos tipos de prestadores intermediários, de forma a podermos aferir em concreto que tipo de prestador intermediário são as redes sociais.

comunicações comerciais, entre outros”, in ANACOM, *Comércio eletrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio*, Lisboa, 2004, p. 124.

²¹ Este D.L. assume a mesma estrutura que a Diretiva 2000/31/CE (vide *supra* nota 19), sendo que, neste trabalho, iremos apenas analisar o ponto (ii) e o (v).

²² Alterado pelo D.L. n.º 62/2009, de 10 de março e pela Lei n.º 46/2012 de 29 de agosto.

²³ Cfr. o art. 4.º, n.º 5 do referido normativo. JOÃO FACHANA, conjugando as definições dadas por MANUEL CARNEIRO DA FRADA e CHRIS REED, define estes prestadores de serviços como “*peçoas singulares ou colectivas, que, intervindo de forma autónoma, permanente e organizada, permitem que um determinado conteúdo circule na Internet e, conseqüentemente, que o utilizador que o coloca online consiga transmiti-lo ao utilizador que o visualiza, a final.*” (in *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Almedina, 2012, p. 39).

²⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO define prestadores intermediários de serviços como “*os que provêem ao transporte, ou transmissão de mensagens, ao acesso à rede, à armazenagem intermediária ou definitiva em servidor e a outras funções intermediárias análogas.*” (“Introdução à Perspectiva Jurídica”, in *O Comércio Eletrónico em Portugal – O quadro legal e o Negócio*, Anacom, Lisboa, 2004, p. 106).

²⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO distingue “*dois tipos de prestadores: os prestadores que oferecem serviços finais e os prestadores que oferecem serviços instrumentais para a atuação em rede, os denominados prestadores intermediários de rede*” (ob. cit., p. 106).

²⁶ A OCDE esclarece que «*“internet intermediaries” bring together or facilitate transactions between third parties on the Internet. They give access to, host, transmit and index content, products and services originated by third parties on the Internet or provide Internet-based services to third parties.*» in *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, abril 2010, p. 9

MENEZES LEITÃO, atendendo ao tipo de envolvimento do prestador intermediário com os conteúdos disponibilizados em rede, distingue quatro tipos de fornecedores²⁷: o fornecedor de conteúdos, que coloca à disposição dos utilizadores conteúdos; o fornecedor de acesso, que permite o acesso dos utilizadores à rede; o intermediário de serviços, que facilita a prestação de serviços da rede; e o fornecedor de espaço, que coloca determinadas áreas do ciberespaço à disposição do utilizador²⁸.

Já o D.L. n.º 7/2004 distingue os prestadores intermediários de serviços em rede por referência ao nível de intervenção e controlo que estes exercem sobre os conteúdos transportados ou armazenados na prossecução das suas atividades²⁹.

O primeiro tipo de prestador intermediário definido na lei é o de simples transporte. Este prestador prossegue apenas a atividade de transmissão de informações em rede ou faculta o acesso a uma rede de comunicações (*network providers* ou *access providers*), sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários, nos termos do art. 14.º, n.º1, do D.L. n.º 7/2004 e do art. 12.º, n.º1, da Diretiva 2000/31/CE. Note-se que, esta atividade abrange a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que tal armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão, conforme dispõe o art. 12.º, n.º 2, da Diretiva 2000/31/CE.

Seguidamente, a lei define o prestador intermediário de armazenagem intermediária (usualmente denominada por *caching* ou *mirroring*)³⁰. Este tipo de prestador não tem qualquer intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas, nem na seleção destas ou dos

²⁷ MENEZES LEITÃO, LUÍS, “A responsabilidade civil na internet” in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III, 2002, p. 158.

²⁸ No mesmo sentido veja-se CLÁUDIA TRABUCO, “Responsabilidade e Desresponsabilização dos Prestadores de Serviços em Rede”, in *O Comércio Eletrónico em Portugal – O quadro legal e o Negócio*, Anacom, Lisboa, 2004. De acordo com esta Autora, nos termos da definição *supra*, podemos distinguir quatro tipos de fornecimento: o de espaço, ou seja, “a colocação de uma certa área do ciberespaço à disposição de outrem quer para a criação de uma página ou para envio e recepção de informações de e pelos utilizadores, quer para a colocação em rede dos mais variados conteúdos, nomeadamente, através da gestão e da organização da informação disponibilizada por terceiros nos chamados boletins eletrónicos”; o de acesso dos utilizadores à rede informática; o de serviços em geral, “que inclui, a disponibilização de meios que possibilitam ou facilitam a prestação e a recepção desses serviços” e o de conteúdos, isto é, a “colocação de meios que possibilitam ou facilitam a prestação e a recepção desses serviços” p. 144.

²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *ob. cit.*, p.131.

³⁰ Considerando 43 da Diretiva 2000/31/CE.

seus destinatários, devendo respeitar as condições de acesso à informação, de acordo com o art. 15.º, n.º1, do D.L. n.º 7/2004, devendo, portanto, proceder apenas à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, nos termos do art. 13.º, n.º1, da Diretiva 2000/31/CE.

Em terceiro lugar, é definido o prestador intermediário de armazenagem principal, ou seja, o chamado *hosting*, que consiste no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, conforme dispõe o art. 16.º, do D.L. n.º 7/2004 e o art. 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE.

A lei portuguesa define ainda, para além dos prestadores mencionados *supra*, o prestador intermediário de serviços de associação de conteúdos³¹, de acordo com o art. 17.º, do D.L. n.º 7/2004. Estes prestadores permitem o acesso a conteúdos através de instrumentos de busca³², hiperconexões³³ ou processos análogos.

Importa ter presente que um prestador pode exercer mais do que uma atividade³⁴ e que esta enumeração de prestadores não é estanque, atendendo ao desenvolvimento e diversificação dos tipos de serviços prestados³⁵ e à interconexão de diferentes serviços em ofertas “*bundling*”.

Conforme referimos anteriormente, as redes sociais são prestadores intermediários de serviços em rede. Contudo, de forma a definir o tipo de prestador intermediário de serviços que constitui uma rede social é necessário analisarmos as concretas atividades desenvolvidas pela rede social, o que apenas é possível através de uma análise casuística. Esta análise é de suma importância para se apurar o tipo de responsabilidade civil que se poderá imputar a cada rede social, como veremos *infra* no capítulo 4.

³¹ Este tipo de prestadores apenas se encontra previsto na Europa, e para além da lei nacional, em Espanha, na Áustria e no Liechtenstein.

³² Como sejam, Google, Yahoo e Sapo.

³³ Onde se integram o *surfasse linking*, *deep linking*, *framing* e *embedded linking* (cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *ob. cit.*, p.155).

³⁴ *Lei do Comércio Eletrónico Anotada, ob. cit.*, p. 49 e *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, OCDE, abril 2010, p. 10.

³⁵ CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Almedina, 2000, p. 30 e KAMARCK, MICHELL D., *Understanding Copyright Liability in Cyberspace: a Primer*, dezembro de 1996 (disponível em <http://www.rmslaw.com/articles/art53.htm>).

Note-se que em Portugal a jurisprudência é muito escassa nesta matéria. Aliás, da pesquisa por nós efetuada, não encontramos jurisprudência portuguesa que qualifique as redes sociais como um prestador de serviços. Os poucos acórdãos³⁶ identificados consideraram as redes sociais (leia-se a rede social *Facebook*), para efeitos de aplicação do art. 183.º, n.º 2 do Código Penal (isto é, para efeitos de subsunção ao crime de difamação), como meios de comunicação social. Para tal, alega-se, a possibilidade de qualquer pessoa aceder à página do *Facebook* do utilizador e não apenas o seu “grupo de amigos”, concluindo-se então que a página visa atingir um conjunto alargado de pessoas – o que, de acordo com FARIA COSTA, é característica essencial de um meio de comunicação social³⁷.

Diferentemente, noutros sistemas jurídicos este tema é largamente analisado pela jurisprudência. No presente trabalho sugerimos analisar o sistema jurídico americano, uma vez que foi neste país onde surgiram as redes sociais e atendendo às especificidades deste ordenamento, e ainda o direito brasileiro, onde esta matéria tem sido largamente discutida e estudada. Não analisamos nenhum outro ordenamento jurídico europeu, atendendo à relativa uniformização nesta matéria por força da regulação europeia.

2. Qualificação enquanto prestador de serviços noutros sistemas jurídicos

2.1. E.U.A.

Os E.U.A. têm como política promover o desenvolvimento contínuo da Internet, de outros serviços informáticos interativos e/ou serviços interativos de media, bem como preservar o mercado livre, competitivo e vibrante que existe presentemente para a Internet e outros serviços informáticos interativos, entre outros.^{38/39}

³⁶Exemplos: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.10.2013, processo 1087/12.9TAMTS.P1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.11.2013 disponível em www.dgsi.pt.

³⁷ Para o Autor «há que considerar “o valor de uso – ao nível da esfera do leigo – que uma tal expressão adquire no seio da comunidade jurídica em que se emprega ou utiliza”, sendo que a comunicação social se realiza “na pluralidade de meios que, em determinado momento histórico, a comunidade é capaz de fornecer para a difusão dos diferentes fluxos informacionais e que visa, tem por específica finalidade, atingir com essa informação um conjunto alargado ou maciço de pessoas.» (FARIA COSTA, JOSÉ DE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, p. 640, conforme citado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30 de outubro de 2013, processo n.º 1087/12.9TAMTS.P1, disponível em www.dgsi.pt.

³⁸ Tradução livre da Autora do 47§ U.S. Code 230 (b) (1) e (2) do Communications Decency Act.

³⁹ Concordamos com JOÃO FACHANA ao afirmar que a posição americana se baseia na falta de possibilidades técnicas dos prestadores de serviços em controlar previamente os conteúdos e na importância da liberdade de expressão (*ob. cit.*, p. 91). Contudo, consideramos igualmente como preocupação da mesma o incentivo ao desenvolvimento da internet.

Efetivamente, em 1996 foi elaborado o *Communications Decency Act* (adiante designado CDA)⁴⁰ para “*promover a livre troca de informações e ideias pela Internet e incentivar a monitorização voluntária e livre de conteúdo ofensivo ou obsceno*”⁴¹. Importa ter presente que o CDA foi a primeira regulação do conteúdo da informação transmitida pela Internet nos EUA⁴². Esta lei aplica-se aos casos de difamação, injúria e violações da reserva da intimidade da vida privada⁴³.

Primeiramente analisemos o conceito de “serviço de informação” (*information service*), o qual se encontra no 47§ *U.S. Code* 3 (a) (41). Serviço de informação significa a oferta de uma capacidade de geração, aquisição, armazenamento, transformação, processamento, utilização, ou disponibilização de informações por via de telecomunicações, incluindo publicação eletrónica, mas não incluindo qualquer uso de qualquer dessas capacidades de gestão, controle ou operação de um sistema de telecomunicações ou a gestão de um serviço de telecomunicações⁴⁴.

O CDA define também “serviço informático interativo” (*interactive computer service*) como qualquer serviço de informação, sistema ou prestador de *software* de acesso que possibilita ou permite o acesso por múltiplos utilizadores a um servidor de computador, incluindo especificamente um serviço ou sistema que permite o acesso à Internet, bem como os sistemas operados ou oferecidos por bibliotecas ou instituições educacionais, nos termos do 47§ *U.S. Code* 230 (e) (2).⁴⁵

Outra qualificação utilizada respeita à figura do “prestador de conteúdo de informação” (*information content provider*), definido na secção 47§ *U.S. Code* 230 (e) (3) como qualquer pessoa ou entidade que é responsável, no todo ou em parte, pela criação ou desenvolvimento de informação prestada através da Internet ou por qualquer outro serviço informático interativo⁴⁶.

⁴⁰ O CDA encontra-se inserido na parte V do *Communications Reform Act*.

⁴¹ *Carafano v. Metrosplash.com, Inc.*, 339 F.3d 1119, 1122 (9th Cir.), 2003, disponível em <http://law.justia.com/cases/>

⁴² FACHANA, JOÃO, *ob. cit.*, p. 89 e CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p.111.

⁴³ Importa ter presente que, para violações de direitos de autor e direitos conexos, aplica-se o *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA). Contudo, atendendo ao escopo deste trabalho, não iremos analisar o DMCA.

⁴⁴ Tradução livre da Autora.

⁴⁵ Tradução livre da Autora.

⁴⁶ Tradução livre da Autora.

Estatui-se ainda no 47§ *U.S. Code* 230 (e) (4) que “fornecedor de *software* de acesso” (*access software provider*) é qualquer fornecedor de *software* (incluindo *software* do servidor ou cliente) ou de ferramentas que permitem pelo menos uma das seguintes funcionalidades: (a) filtragem, rastreio, permissão ou bloqueio de conteúdo; (b) escolher, determinar, analisar ou assimilar conteúdo; ou (c) transmitir, receber, exibir, transferir, *cache*ar, pesquisar, subagrupar, organizar, reorganizar ou traduzir conteúdo⁴⁷.

A jurisprudência americana tem entendido que as redes sociais são serviços informáticos interativos⁴⁸ ou prestadores de conteúdos de informação⁴⁹. Veja-se o caso *Doe v. MySpace, Inc.*⁵⁰, no qual a rede social *MySpace*⁵¹ foi processada por não implementar medidas básicas de segurança que preveniam a comunicação de predadores sexuais com menores. Neste caso, o Tribunal considerou que o *MySpace* não é um prestador de conteúdo de informação, conforme definido no CDA, mas sim um mero serviço informático interativo que permitia aos utilizadores publicarem conteúdo *online*⁵².

No caso *Barnes v. Yahoo, Inc.*⁵³ o ex-namorado de Cecília Barnes criou um perfil num *website* do *Yahoo* através do qual divulgou fotografias não autorizadas desta, a morada real e eletrónica de Cecília, bem como o seu número de telefone, solicitando relações sexuais. Para além disso, o ex-namorado mantinha conversas no *chat* fazendo-se passar por Cecília. Embora tenha procedido de acordo com a política do *Yahoo*, apenas no momento em que Cecília processou o *Yahoo* foram os conteúdos retirados. Neste caso, a rede social do *Yahoo* foi tratada como um serviço informático interativo^{54/55}.

Noutros casos as redes sociais foram consideradas prestadores de conteúdos de informação, designadamente no caso *Fair Housing Council of San Fernando Valley V. Roomates.com*,

⁴⁷ Tradução livre da Autora.

⁴⁸ *Gentry v. eBay, Inc.* (2002) 99 Cal.App.4th 816, 831, fn. 7; *Carafano v. Metersplash.com, Inc.* (C.D.Cal. 2002) 207 F.Supp.2d 1055, 1066, *affd.* on other grounds (2003) 339 F.3d 1119; e *Schneider v. Amazon.com, Inc.* (Wash.App. 2001) 108 Wash.App. 454 [31 P.3d 37, 40-41], todos disponíveis em <http://law.justia.com/cases/>

⁴⁹ *Mazur v. eBay Inc.*, No. C 07-03967 MHP, 2008 WL 618988 (N.D. Cal. March 4, 2008); *Fair Housing v. Roommates.com*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008); e *NPS LLC v. StubHub, Inc.*, 25 Mass.L.Rptr. 478, 2009 WL 995483 (Mass. Super. Ct. Jan. 26, 2009), todos disponíveis em <http://law.justia.com/cases/>

⁵⁰ *Doe v. MySpace* 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008) conforme referenciado por MATTHEW LAFFERMAN, *Do facebook and twitter make you a public figure?: how to apply the gertz public figure doctrine to social media*, 2013, disponível em www.heinonline.org.

⁵¹ Vide nota 9 *supra*.

⁵² *Doe v. MySpace* 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008), p.8.

⁵³ *Barnes v. Yahoo, Inc.* 570 F. 3d 1096 (9th Cir. 2009), disponível em <http://law.justia.com/cases/>.

⁵⁴ *Barnes v. Yahoo, Inc.* 570 F. 3d 1096 (9th Cir. 2009), p. 7421.

⁵⁵ *Barnes v. Yahoo, Inc.* 570 F. 3d 1096 (9th Cir. 2009), p. 7421.

*L.L.C.*⁵⁶. Esta rede social requeria que os utilizadores respondessem a questões relacionadas com género e orientação sexual, pelo que foi considerada um prestador de conteúdos de informação. O facto de os utilizadores serem prestadores de conteúdos de informação não impede a qualificação daquela rede social também como um prestador de conteúdos de informação⁵⁷.

Por conseguinte, uma rede social pode ser um serviço informático interativo ou um prestador de conteúdos de informação. Se se limita a disponibilizar conteúdo por terceiros é um serviço informático interativo. Mas, caso crie conteúdo, ou seja responsável pela criação ou desenvolvimento, no todo ou em parte do conteúdo é também, para além de um serviço informático interativo, um prestador de conteúdos de informação⁵⁸.

2.2. Brasil

No Brasil aplica-se nesta matéria a Carta de Princípios do Comércio Eletrónico, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, encontrando-se previsto entrar em vigor este ano o Marco Civil da Internet⁵⁹.

O projeto de lei “Marco Civil da Internet”⁶⁰ de 2011 estatui no seu art. 2.º que o uso da internet “*tem como fundamentos: (i) o reconhecimento da escala mundial da rede; (ii) os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios*

⁵⁶ *Fair Housing Council of San Fernando Valley V. Roomates.com, L.L.C.*, 489 F.3d 921 (9th Cir. 2007) rev’d in part, vacated in part, aff’d in part, 521 F.3d 1157 (9th Cir.2008), disponível em <http://law.justia.com/cases/>

⁵⁷ *Fair Housing Council of San Fernando Valley V. Roomates.com, L.L.C.*, 489 F.3d 921 (9th Cir. 2007) rev’d in part, vacated in part, aff’d in part, 521 F.3d 1157 (9th Cir.2008), p. 1166, disponível em <http://law.justia.com/cases/>

⁵⁸ *Fair Housing Council of San Fernando Valley V. Roomates.com, L.L.C.*, 489 F.3d 921 (9th Cir. 2007) rev’d in part, vacated in part, aff’d in part, 521 F.3d 1157 (9th Cir.2008), p. 1163. Efetivamente, e de acordo com a posição assumida pelo Tribunal em *Nemet Chevrolet, Ltd. v. Consumeraffairs.com, Inc.*, 591 F.3d 250 (4th Cir. 2009), para que se possa qualificar um determinado prestador de serviço informático interativo como prestador de conteúdos de informação é necessário, nomeadamente, que a estrutura e organização do *website* seja “*sufficiently contributing to the content*”.

⁵⁹ Note-se que o Marco Civil da Internet foi aprovado no dia 25 de março de 2014 pela Câmara de Deputados faltando agora apenas a aprovação pelo Senado.

⁶⁰ De acordo com o Comitê Gestor da Internet do Brasil “*trata-se de um projeto de lei que visa consolidar direitos, deveres e princípios para a utilização e o desenvolvimento da internet no Brasil.*”, in *Relatório O Comitê Gestor da Internet no Brasil e o Marco civil da Internet*,pág.5, disponível em <http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/CGI-e-o-Marco-Civil.pdf>

digitais; (iii) a pluralidade e a diversidade; (iv) a abertura e a colaboração; e (v) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e (vi) a finalidade social da rede”.

Já no art. 3.º enuncia como princípios relativos ao uso da internet “*a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição; a proteção da privacidade⁶¹; a proteção aos dados pessoais, na forma da lei; a preservação e garantia da neutralidade da rede; a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e a preservação da natureza participativa da rede.”*

No seguimento dos princípios *supra* indicados, o seu art. 8.º prevê que é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações. É interessante realçar que no Marco Civil da Internet não foi definido qualquer tipo ou categorias de prestadores de serviços, o que parece contradizer o princípio enunciado de responsabilização dos agentes de acordo com as concretas atividades desenvolvidas.

O Código de Defesa do Consumidor⁶² (adiante designado CDC) vem apresentar no art. 3.º, parágrafo 2, a definição de serviço como “*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*” Entende-se, assim, que o facto de o serviço prestado ser gratuito não deturpa a relação de consumo, pois o conceito “*mediante remuneração*” deve ser interpretado de forma ampla, incluindo também o “*ganho indireto do fornecedor*”^{63/64}.

⁶¹ Foi considerado que, apesar da privacidade se encontrar regulada na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e no artigo 5.º, X, da Constituição Federal Brasileira, seria necessário legislação específica para garantir o direito fundamental à privacidade *in Relatório ..., ob. cit.*, p.6.

⁶² Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

⁶³ Retirado do recurso especial n.º 1.193.764 –SP terceira turma – STJ – relator Nancy Andriighi –julgado em 14 de Dezembro de 2010, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

⁶⁴ No mesmo sentido, veja-se o Agravo em Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, de 3 de Setembro de 2013, onde se afirma que “*Para a caracterização da relação de consumo, o serviço deve ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração. No entanto, o conceito de “remuneração” previsto na referida norma consumerista abrange tanto a remuneração direta quanto a indireta.*” p. 5, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

A Carta de Princípios do Comércio Eletrônico define “intermediário”, no que respeita a uma mensagem eletrônica particular, como a pessoa física ou coletiva que em nome de outrem envie, receba ou armazene essa mensagem ou preste outros serviços em relação a essa mensagem, nos termos da alínea i), da secção Definições, e “prestador de hospedagem” qualquer pessoa física ou coletiva que *“forneça ao público e por meio dos serviços de comunicação eletrônica a estocagem de símbolos, imagens, escritos, sons, mensagens ou outro conteúdo fornecido pelos destinatários desses serviços. Esta atividade pode ser dada a título gratuito ou oneroso”*, de acordo com a alínea n), da secção Definições.

Por sua vez, a jurisprudência brasileira tem sido igualmente profícua na análise da realidade abrangida pelas redes sociais, e, em concreto, na determinação da qualificação das mesmas enquanto prestadores.

A título de exemplo, recuperamos aqui o tratamento jurisprudencial brasileiro da rede social *Orkut*⁶⁵, a qual foi durante muitos anos uma das redes com mais utilizadores no Brasil. Esta rede social é considerada pela jurisprudência um prestador intermediário de armazenagem principal (*provedor de hospedagem*)⁶⁶, afirmando-se mesmo que o serviço *“oferecido no site orkut.com é tipicamente o que se denomina de oferta de hospedagem”*⁶⁷. Esta rede permite aos utilizadores criarem novas páginas dentro de determinadas categorias pré-definidas pelo prestador. Por conseguinte, esta rede fornece a estrutura e o espaço para que os utilizadores possam publicar conteúdos⁶⁸.

Após este breve excuro relativo à problemática da qualificação jurídica das redes sociais enquanto prestadores de serviços, passaremos então a analisar em concreto a problemática do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada nas redes sociais à luz do direito português.

⁶⁵Orkut *“is an online community designed to make your social life more active and stimulating. Orkut’s social network can help you maintain existing relationships with pictures and messages, and establish new ones by reaching out to people you’ve never met before. Orkut makes it easy to find people who share your hobbies and interests, look for romantic connections or establish new business contacts. You can also create and join a wide variety of online communities to discuss current events, reconnect with old school mates or even exchange your favorite recipes.”* in <http://www.orkut.com/About?hl=en>.

⁶⁶Assim o Recurso Especial n.º 1.193.764, do SP terceira turma, STJ, relator Ministra Nancy Andrighi, 14.12.2010; o Agravo em Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.09.2013; e o Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.09.2013, disponíveis em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

⁶⁷Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4.ª Cam. Dir. Priv. Ac 99010126 564-8, Relator Des. Francisco Loureiro, 29.10.2010, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

⁶⁸*Ibidem*.

3. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada – o sistema do Código Civil Português

3.1. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada – o artigo 80.º do Código Civil

a) Conceito atual e perspectivas de evolução

Desde há muito que o direito à privacidade é objeto de estudo e análise pela doutrina⁶⁹ e pela jurisprudência⁷⁰, tendo um dos primeiros textos sobre esta matéria sido escrito em 1890 por SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS⁷¹.

Efetivamente, “*Entende-se que a dignidade da pessoa humana exige que ao homem seja assegurada pela ordem jurídica uma área privativa de confidência, o seu próprio jardim secreto onde lhe seja consentido encontrar-se a si próprio, estar só e tranquilo, afastando do conhecimento de outros aquilo que, em comportamentos ou sentimentos, só a ele moralmente pertence*”⁷².

Em Portugal, este direito à reserva sobre a intimidade da vida privada⁷³ encontra-se regulado no art. 80.º, do Código Civil (adiante designado CC)⁷⁴, tendo proteção constitucional (arts.

⁶⁹ Sobre este tema veja-se RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil)”, in *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988; MANUEL JANUÁRIO GOMES, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, Lisboa, 1982; ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, Coleção “Doutrina”, Lisboa, 1961; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 1995; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”, in *Separata Revista FDUL*, Vol. XLIII n.º1, 2002; A. PENHA GONÇALVES, *Direitos de personalidade e sua tutela, Estudo de Direito Privado*, Luanda, 1974; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012, entre outros.

⁷⁰ Como exemplo veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6.02.2012, processo n.º 417/10.2TTVNF.P1.S1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.06.2012, processo n.º 67/10.3TVPR.L1-1; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11.10.2011, processo n.º 460/11.4TBVCT-BG1, disponíveis em www.dgsi.pt e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8.05.2013, processo n.º 1755/08, disponível em www.jusnet.pt.

⁷¹ WARREN, SAMUEL e LOUIS BRANDEIS, “The right of privacy”, in *Harvard Law Review*, Vol. IV, 1890.

⁷² PENHA GONÇALVES, AUGUSTO, *ob. cit.*, p. 28. Para mais definições veja-se ADRIANO DE CUPIS, *ob. cit.*, e RITA AMARAL CABRAL, *ob. cit.*, entre outros.

⁷³ Trata-se de um direito de personalidade moral, e como tal “*pode ser definido como um direito subjetivo, privado, absoluto, geral, extrapatrimonial, inato, perpétuo, intransmissível, relativamente indisponível, tendo por objeto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem que*

26.º, 34.º e 35.º, da Constituição da República Portuguesa – adiante designada CRP) e penal (artigos 190.º a 198.º, do Código Penal).⁷⁵

Foi referido pela primeira vez o conteúdo deste direito no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 128/92, no qual se concluiu que não consubstanciava uma violação do mesmo a norma que previa como fundamento de denúncia do contrato de arrendamento práticas ilícitas, imorais ou desonestas no local arrendado⁷⁶. Nesta decisão foi estabelecido que “*este direito à vida privada, este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado*”.

No que respeita à nossa lei, esta não definiu o conteúdo e o contorno deste direito, limitando-se a estatuir no n.º 1, do art. 80.º do CC que “*todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*”⁷⁷. Perante isto, este preceito levanta inúmeras questões, nomeadamente: o que é que se considera como a intimidade da vida privada de outrem? É lícita a invasão da privacidade alheia desde que mantida a reserva sobre a mesma? Apenas se encontra protegida a intimidade da vida privada ou a vida privada também se encontra protegida por este preceito?

Começamos por analisar a primeira questão, referente à definição de “intimidade da vida privada”. Neste ponto, concordamos com JANUÁRIO GOMES ao apontar que a dificuldade de definir direito à reserva sobre a intimidade da vida privada provém de fatores objetivos e subjetivos que devem ser cuidadosamente ponderados⁷⁸.

incorram em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas e evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida” in JOSÉ AUGUSTO GARCIA MARQUES (relator), Pareceres da Procuradoria-Geral da República, Vol. VII, 1998, p. 23

⁷⁴ Foi consagrado pela primeira vez no CC de 1966.

⁷⁵ ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de personalidade)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 203.

⁷⁶ MOTA PINTO, PAULO, *A proteção da vida privada e a constituição*, BFDC, vol. 76, 2000, p. 157.

⁷⁷ Como afirma PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, “*não pode ser retirado “a contrario” a ilicitude da invasão da privacidade alheia desde que mantida a reserva*” p. 67.

⁷⁸ JANUÁRIO GOMES, MANUEL, *O problema da salvaguarda antes e depois do computador*, Lisboa, 1982, p.15.

O referido Autor em 1982, indicou como fatores objetivos: o Estado Contemporâneo, a atual liberdade de expressão e de imprensa e o modo de vida quotidiano dos cidadãos do séc. XX. Como fatores subjetivos realçou que a esfera da privacidade depende de cada pessoa, quer individualmente quer inserida na sociedade, e da condição das pessoas⁷⁹.

Se analisarmos estes fatores iremos concluir que os mesmos se mantêm atualmente. Acrescentaria ainda, relativamente aos fatores objetivos, a crescente preocupação com a segurança dos cidadãos desde os atentados de 11 de setembro de 2001, que levaram a que os cidadãos estivessem dispostos a abdicar da sua privacidade em prol da defesa da sua segurança.

Para além destes fatores, importa ter presente a posição de MARIA DA GLÓRIA CARVALHO REBELO quando refere que a “*definição exata do que é a vida privada depende dos costumes ou dos usos sociais existentes num determinado país, num determinado momento histórico.*”⁸⁰.

Efetivamente, consideramos que atualmente se verifica uma clara mudança de comportamentos. Hoje, a privacidade é cada vez mais delimitada, não só em virtude das utilizações possíveis de novas tecnologias⁸¹ e da nova era em que vivemos, mas também em virtude do direito à segurança, à informação e à liberdade de expressão, entre outros.

Presentemente, a noção de privacidade parece estar reduzida: existem câmaras na rua, as instituições financeiras sabem como gastamos o nosso dinheiro, a via verde e os radares permitem saber por onde viajamos, máquinas de *scanner* nos aeroportos “vasculham” as nossas bagagens, a utilização de *cookies* permite seguir o rastro detalhado dos utilizadores na Internet, entre outros.

OLIVEIRA ASCENSÃO refere que “*cada pessoa passa assim a viver numa espécie de liberdade condicional. Está constantemente exposta, ou dependente de quem a expõe. A todo o*

⁷⁹JANUÁRIO GOMES, MANUEL, *ibidem*.

⁸⁰CARVALHO REBELO, MARIA DA GLÓRIA, *A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão*, Lex, Lisboa, 1998, pp. 83-84.

⁸¹ De que destacamos, entre outros, o *Google Glass*, *Smart Wigs* da Sony, Impressoras 3D e reconhecimento fácil.

momento pode ser liquidada por factos tirados do passado, revelados na medida necessária e momento oportuno”⁸².

Há, pois, claramente uma grande mudança na percepção e conformação da privacidade! Na atualidade, os indivíduos diminuem voluntariamente a sua privacidade através da entrada em “*reality shows*”⁸³, da sua inserção em redes sociais nas quais voluntariamente partilham informações da sua vida privada, entre outros.

Pensamos que muitos dos factos antigamente considerados como parte da vida íntima de um indivíduo são hoje divulgados pelos próprios titulares (pessoas notórias ou correntes) sem grande reflexão. Tais factos parecem, assim, já não constituírem parte da sua vida íntima⁸⁴ ou, por outro lado, parece entender-se como normal terceiros terem conhecimento destes factos.

Ora, para combater a dificuldade de definir e delimitar o conteúdo e âmbito de proteção deste direito, a nossa doutrina e jurisprudência têm adotado a denominada “teoria das três esferas”.

b) Breve análise da “teoria das três esferas”

De acordo com esta teoria, podemos distinguir três esferas onde se desenvolve a vivência de cada indivíduo: a vida íntima, a vida privada e a vida pública⁸⁵.

⁸² Conforme referência em SOARES DA FONSECA, TIAGO, “Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – um olhar sobre a jurisprudência” in *Boletim da Ordem dos Advogados*, revista dos advogados, ano 2006, Vol. I, Janeiro, pág. 3, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47781.

⁸³ Como sejam, entre outros, *Big Brother*, *Casa dos Segredos*, *Survivor*, *Teen Mom*.

⁸⁴ RITA AMARAL CABRAL considera que a privacidade compreende “*o passado das pessoas, os seus sentimentos, factos atinentes à sua saúde, a respectiva situação patrimonial, os seus valores ideológicos e mesmo o seu domicílio*” (ob. cit., p. 30). Já RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA entende que a privacidade “*abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e dos demais elementos privados da actividade profissional e económica, bem como também (...) a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo (...)*” (ob. cit., p. 318).

⁸⁵ AMARAL CABRAL, RITA, ob. cit., p. 30.

A vida íntima, nas palavras de RITA AMARAL CABRAL e PAIS DE VASCONCELOS, compreenderá o que de mais secreto existe na vida pessoal, ou seja, os factos que em absoluto devem ser subtraídos ao conhecimento de outrem (concernentes não apenas ao estado do sujeito enquanto separado do grupo, mas também a certas relações sociais). Já a esfera da vida privada consistirá nos factos que a pessoa partilha com os seus amigos, familiares, ou seja, com aqueles que lhe são próximos, mas não com estranhos. E a vida pública dirá respeito aos factos que todos têm acesso, isto é, a tudo o que se inclui na vida da pessoa na sociedade⁸⁶.

Conforme referimos *supra*, a aplicação desta teoria de origem alemã no nosso sistema jurídico procurou criar critérios para a aplicação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada⁸⁷.

No entanto, não podemos deixar de concordar com PAIS DE VASCONCELOS que defende que os limites da intimidade e da privacidade variam de pessoa para pessoa e de acordo com a relação que esta tem com outros, por exemplo serão diferentes os referidos limites numa relação entre irmãos, de amigos, colegas de trabalho ou de vizinhos⁸⁸. Contudo, conforme PAULO MOTA PINTO, não se pode permitir uma relatividade absoluta destes limites. É imperativo utilizarmos critérios objetivos⁸⁹.

c) Artigo 80.º, n.º 2 do Código Civil – problemática “natureza do caso” e “condição das pessoas”

Para delimitar a esfera deste direito à reserva da intimidade sobre a vida privada é necessário aplicarmos os critérios do art. 80.º, n.º 2 do CC, que estatui que a “*extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas*”. O legislador assinala portanto dois critérios: “*a natureza do caso*” e “*a condição das pessoas*”.

⁸⁶ AMARAL CABRAL, RITA, *ob. cit.*, pp.30-31 e PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *ob. cit.*

⁸⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende que “*esta construção permite a ilusão formalista de exatidão e rigor na aplicação de direito, mas não resiste a um olhar atento*”, afirmando ainda que “*a intimidade e a privacidade são gradativas e não podem ser rigidamente distribuídas por prateleiras fixas*” (*ob. cit.*, pp. 58-59).

⁸⁸ Neste sentido veja-se MANUEL JANUÁRIO GOMES, *ob. cit.*, p.16

⁸⁹ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 531

A condição das pessoas significa que temos que atender ao modo de ser do indivíduo e a forma como este se integra na sociedade para definir a sua esfera de vida íntima, mais concretamente a sua posição social.

Tradicionalmente, este critério é analisado de acordo com a notoriedade da pessoa em causa.

Considera-se que, relativamente a uma figura pública, em virtude da sua profissão, do seu cargo, modo de vida, entre outros, existirá um direito à informação a determinados factos da sua vida privada, que, em última análise, implicará a colisão com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Nesta medida, é, pois, aceitável a publicação de determinados factos, que em princípio fariam parte da esfera da vida íntima da pessoa devido à sua notoriedade e, conseqüentemente, ao interesse da sociedade em conhecer tais factos⁹⁰.

CAPELO DE SOUSA chega mesmo a defender que a esfera privada será diversa consoante o grau de notoriedade da pessoa em causa, as funções públicas desempenhadas, o nível do interesse público e o interesse geral da informação⁹¹. Todavia, somos da opinião⁹² que não se pode considerar que a esfera da vida íntima destas pessoas seja menor por força da sua notoriedade, sob pena de inconstitucionalidade por violação do art.13.º da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP), que consagra o princípio da igualdade, e do art. 18.º, n.º 2 da CRP, que consagra o carácter restrito das limitações a direitos fundamentais, como é o caso do direito à privacidade.

Claro que haverá quem defenda que estas pessoas, em virtude do cargo que ocupam, da sua profissão, entre outros fatores⁹³, se podem considerar distintas das pessoas correntes, e que, como tal, não há qualquer violação do princípio da igualdade. Todavia, não podemos deixar de discordar com esta posição. A esfera destas pessoas não é menor que a das pessoas correntes. No entanto, em virtude desta notoriedade, uma vez que existe um interesse da coletividade em conhecer determinados factos que dizem respeito à sua privacidade sobrepõe-

⁹⁰ Haverá sempre, no entanto, limites, nomeadamente a necessidade de se ter em conta outros fatores, como seja, por exemplo, o local onde ocorreram os factos a divulgar.

⁹¹ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 344. Neste sentido parece também AMARAL CABRAL, RITA, *ob.cit.*, p.26 e ss. e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 470/96, entre outros.

⁹² Também neste sentido veja-se PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *ob. cit p. 61*.

⁹³ PAULO MOTA PINTO aponta como fatores a notoriedade e queda no domínio público de “*grande parte dos aspectos que integram*” a esfera da vida privada destas pessoas; a “*procura da publicidade*” por estas figuras, da qual depende muitas vezes o seu sucesso pessoal ou profissional, e que poderia, por exemplo, ser vista como provocação para a divulgação de informações.”; bem como a ideia de um consentimento ou renúncia tácitos à intimidade” (*ob.cit.*, p.).

se o direito à informação. Esta posição é claramente muito perigosa, dado que, por força de um direito à informação, poderá existir uma tendência para se considerar que tal direito se sobrepõe sempre ao direito à privacidade. Como tal, é imperativo que esta ponderação entre o direito à informação e o direito à privacidade seja sempre efetuada casuisticamente.

RITA AMARAL CABRAL, que propugna, como vimos, pela existência de uma diversa esfera de privacidade destes indivíduos, afirma em defesa da sua posição a liberdade destas pessoas notórias para abandonar tal condição de notoriedade a qualquer momento⁹⁴. Todavia, não nos parece que tal argumento deva proceder, sobretudo tendo em consideração que, nos dias que correm, a informação é partilhada em questões de segundos e tudo fica armazenado na internet, sendo muito difícil proceder à sua completa eliminação. Parece-nos muito complicado deixar essa condição de notoriedade, embora admitamos que a mesma possa diminuir com o tempo⁹⁵.

Continuando a análise deste critério, na atualidade consideramos que o deveríamos aplicar não só na ótica da notoriedade das pessoas, mas também na ótica da concreta utilização que cada pessoa faz das redes sociais, especialmente do específico posicionamento dos indivíduos nestas.

Para aplicarmos este critério na ótica das redes sociais é imperativo fazermos uma análise casuística, ou seja, teríamos de ver com relação a cada concreta e determinada pessoa: (i) qual a forma de uso das redes sociais; (ii) as configurações de privacidade da rede social escolhidos pelo utilizador; e (iii) qual a rede social em causa, partindo daí para o segundo critério fornecido pelo legislador – a “natureza do caso”.

Conforme define PAIS DE VASCONCELOS, esta “natureza do caso” prende-se com a justa identificação, avaliação e ponderação do conjunto dos bens ou interesses juridicamente relevantes na concreta situação ou relação jurídica que afete a personalidade, designadamente, *“da qualidade ou do grau de intensidade dos interesses que concretamente se lhe oponham (desde interesses históricos, artísticos, culturais e de participação pública até meros interesses de curiosidade ou inclusivamente de pura coscuvilhice); do local (público ou*

⁹⁵ Há exceções, como afirma RITA AMARAL CABRAL, referindo-se a vítimas de acidentes ou testemunhas de factos, que têm notoriedade apenas durante um certo período (*ob. cit.*, p.27).

*privado) onde se deu o facto perturbador da intimidade da vida privada; do comportamento do titular quando à exposição ou não da sua vida privada.”*⁹⁶.

No que diz respeito ao local, concordamos com RITA AMARAL CABRAL quando defende que o facto de o acontecimento ter ocorrido num local público elimina a intimidade, no que diz respeito à intromissão, mas tal não significa que seja legítima a sua divulgação⁹⁷. Esta posição não é, todavia, unívoca, afirmando PAULO MOTA PINTO não se poder verificar o carácter público ou privado do facto pelo local onde o mesmo ocorreu, existindo factos privados que podem ocorrer em sítios públicos e acontecimentos públicos que podem ocorrer em espaços privados⁹⁸.

Quanto ao comportamento do indivíduo nos dias de hoje, para aplicação do critério “natureza do caso” relativamente às redes sociais deveríamos ter em conta como é gerida a conta dessa pessoa, ou seja, se o indivíduo tem um perfil privado, público ou semipúblico, atendendo ao círculo de indivíduos que consegue visualizar a informação e o conteúdo disponibilizado no perfil, e, bem assim, qual é o conteúdo da conta, ou seja, que tipo de informações/factos é que são partilhados.

Neste sentido, CARLY BRANDENBURG defende que os tribunais devem ter em conta as configurações de privacidade e medidas de segurança das redes sociais e dos indivíduos que as utilizam para determinar se o utilizador teria alguma expectativa de privacidade.

Esta Autora aponta inúmeros fatores que podem ser relevantes para determinar a existência de tal expectativa de privacidade em relação ao conteúdo que colocou nesta rede. Estes incluem: (1) (in)disponibilidade de configurações de privacidade; (2) utilização de configurações de privacidade pelo utilizador; (3) níveis de privacidade permitida e medidas/ferramentas de configuração disponibilizadas ao utilizador; (4) os tipos de pessoas e grupos com quem o utilizador partilhou os factos em disputa; e (5) se a pessoa indesejada ou não autorizada que teve acesso às informações do utilizador foi capaz de aceder por acaso ou teve de infringir/ultrapassar as medidas de segurança para aceder a estas⁹⁹.

⁹⁶ PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *ob. cit.*, p. 61.

⁹⁷ AMARAL CABRAL, RITA, *ob. cit.*, p. 28.

⁹⁸ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 526.

⁹⁹ BRANDENBURG, CARLY, *The Newest Way to Screen Job Applicants: A social networker's nightmare*, federal communications law journal, article 6. vol. 60, issue 3 p. 612, disponível em www.heinonline.org

Posto isto, verificamos que a relevância destes critérios no âmbito das redes sociais reside na possibilidade de os mesmos serem utilizados para avaliar se determinada informação divulgada por terceiro, ainda que publicada pelo próprio titular do direito à reserva sobre a vida privada na própria rede social, se poderia ainda assim considerar protegida por tal direito de reserva – por outras palavras, se se poderá defender que a divulgação na rede social pelo sujeito a que a mesma informação diz respeito poderá ainda assim qualificar-se como informação não caída no domínio público.

Todavia, ainda que tal extremamente relevante, é diversa a situação que constitui o cerne do presente trabalho – ou seja, sendo indisputável que a informação privada caiu no domínio público por divulgação do indivíduo a que a mesma se refere, inexistindo pois qualquer violação do seu direito à reserva sobre a intimidade da sua vida privada. Nesta hipótese, tais critérios, essenciais na determinação da existência de uma violação ou não do direito à reserva, são agora de pouca utilidade.

Como tal, passaremos então à análise desta questão – isto é, da limitação voluntária ao seu direito à reserva da vida privada pelo utilizador da rede social.

3.2.Limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

a) Breve exposição

Se o próprio indivíduo partilha voluntariamente informações que correspondem à esfera da sua vida íntima ou autoriza o conhecimento e divulgação de informações que integram a sua esfera da vida íntima, não há qualquer violação deste direito^{100/101}, encontrando-se previsto no art. 81.º do CC a possibilidade da sua limitação voluntária¹⁰², salvo contrária à ordem

¹⁰⁰ Neste sentido veja-se PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 535.

¹⁰¹ Outros exemplos de não violação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada ocorrem quando sejam divulgados acontecimentos da vida de pessoas notórias que surjam no desempenho das suas funções ou por causa destas ou divulgação de acontecimentos comuns a qualquer indivíduo – assim, MARIA DA GLÓRIA CARVALHO REBELO, *ob. cit.*, p.85.

¹⁰² PAULO MOTA PINTO considera que “*o consentimento, acordo ou autorização deve, pois, ser considerado como limitativo do próprio direito – não como causa de justificação para a violação deste. Em caso de limitação voluntária, nem sequer se poderá pois, dizer que existe violação do direito à reserva.*”, *ob. cit.*, p. 536.

pública^{103/104}, à lei¹⁰⁵ e aos bons costumes¹⁰⁶. Em qualquer dos casos, o ato lesivo não pode nunca exceder o consentido¹⁰⁷.

Refira-se, também, que a limitação voluntária deste direito pode ser efetuada através de negócio jurídico unilateral ou contrato¹⁰⁸.

Quanto ao consentimento^{109/110} para a limitação deste direito, o mesmo pode ser expresso ou tácito¹¹¹, nos termos do art. 217.º do CC, devendo “*traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida*”¹¹². Por outro lado, “*o consentimento*^{113/114} *tem de ter em vista situações concretas e deve ser delimitado em termos materiais, espaciais ou temporais, estando vedada a hipótese de um consentimento perpétuo.*”^{115/116}.

¹⁰³Está-se aqui perante um reforço do princípio já consagrado no art. 280.º do CC, que regula em geral a nulidade dos negócios jurídicos sempre que contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

¹⁰⁴ Seguindo MARIA DA GLÓRIA CARVALHO REBELO, a violação desta limitação gera a nulidade (*ob. cit.*, p.96).

¹⁰⁵ Importa referir que nem todos os direitos de personalidade podem ser restringidos, como é exemplo o direito à vida.

¹⁰⁶ Neste sentido, veja-se o disposto nos arts. 280º e 294º do CC.

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA entende que “*os bons costumes, equivalentes à noção de “moral pública”(…) não são definidos pela lei, têm de ser apreciados em cada caso pelos julgadores e podem conceber-se como o conjunto de comportamentos tidos como honestos, correctos e de boa fé segundo as regras éticas e de boa conduta social, generalizadamente reconhecidas, em dado momento e em determinado contexto geográfico, cultural e ambiental pela sociedade portuguesa.*” (*ob. cit.*, p. 411, nota 1038).

¹⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil Português*, I- Parte Geral, Tomo IV, Almedina, 2005, p. 457.

¹⁰⁸ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 407.

¹⁰⁹ No âmbito deste trabalho tratamos exclusivamente da problemática do consentimento no direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

¹¹⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA considera que “*o consentimento relevante para excluir a ilicitude da lesão tanto pode ser expresso como tácito, mas neste último caso terá de deduzir-se de factos que “com toda a probabilidade” revelem tal consentimento (art. 217.º do Código Civil), ou seja, terá de decorrer de factos inequívocos, que se reportem à específica e concreta lesão consentida.*” (*ob. cit.*, p. 220, nota 446).

¹¹¹ Seguindo JOÃO ANTUNES VARELA e FERNANDO PIRES DE LIMA, citando MANUEL DE ANDRADE, para existir um consentimento tácito “*deve verificar-se aquele grau de probabilidade que basta na prática para as pessoas sensatas tomarem as suas decisões*” (*in* Código Civil Anotado, vol.I, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2010, p. 209).

¹¹² Como afirma RABINDRANATH Capelo de Sousa, exige-se que tal vontade “*tenha sido declarada sem divergência, intencional (por simulação, reserva mental e declarações não sérias) ou não intencional (por coacção física, falta de consciência da declaração, erro na declaração e erro na transmissão), com a vontade e formada sem erro de vontade, dolo, coacção moral, estado de necessidade e incapacidade acidental, nos termos gerais dos negócios jurídicos.*” (*ob. cit.*, p. 407, nota 1021), e nos termos dos arts. 240º a 257º do CC.

¹¹³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA “*o consentimento não produz a extinção do direito*” (*ob. cit.* pág. 530).

¹¹⁴ Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO “*o consentimento do lesado pressupõe: um direito disponível; um ato de consentimento e um ato lesivo*” (*ob. cit.*, p.455).

¹¹⁵ Por exemplo, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES questiona “*a validade e eficácia do consentimento prestado quanto à limitação do exercício dos direitos à honra e ao bom nome, assim como à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada, por via da participação voluntária e sujeita à adesão a regulamentos predispostos pela entidade promotora de eventos ou concursos televisivos atentatórios da dignidade da pessoa humana.*” (*ob.cit.*, p. 237).

¹¹⁶ Neste sentido PAULO MOTA PINTO defende que “*não é de admitir a renúncia para o futuro à própria esfera de intimidade in toto, devendo entender-se que o consentimento tem um âmbito estritamente delimitado, isto é referido apenas a certos factos.*” (*ob. cit.*, p. 563).

Concordamos também com PAULO MOTA PINTO no sentido de que, este consentimento é dado *intuitus personae*, o que significa não ser admitido que o consentimento se estenda a terceiros, a menos que concedido pelo próprio titular¹¹⁷.

Seguindo CAPELO DE SOUSA, podemos distinguir entre dois tipos de consentimento: o consentimento na sua forma autorizante e o consentimento na sua forma tolerante, nos termos dos arts. 81.º e 340.º, n.º 1 do CC¹¹⁸.

Para ORLANDO DE CARVALHO no consentimento tolerante “[exclui-se] a ilicitude de uma agressão, mas não se atribui um direito de agressão, mas apenas um poder factual de agressão”, dando como exemplo as intervenções jurídicas consentidas em benefício do titular do direito (art. 340.º do CC). Este “é meramente integrativo, não criando ou constituindo qualquer direito para o agente, é unilateral, anterior à lesão e nos termos dos n.ºs 1 e 2, do art. 340.º, do CC, torna lícito o acto lesivo dos direitos de personalidade do lesado (...)”¹¹⁹.

Já o consentimento autorizante atribuirá um poder jurídico de lesão, mas com o consentimento revogável livremente e a todo o tempo, embora com uma obrigação de indemnizar (art. 81.º, n.º 2 do CC), como por exemplo intervenções jurídicas em benefício alheio ou geral. Este “insere-se normalmente num negócio ou acto jurídico de estrutura bilateral e tem um carácter constitutivo, pois envolve a celebração de um compromisso jurídico sui generis, pelo qual o titular de direitos de personalidade limita voluntariamente o exercício de tais direitos.”¹²⁰.

CAPELO DE SOUSA refere também o consentimento vinculante, isto é, a disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzem numa limitação ao exercício desses direitos, nos termos do art. 81.º, n.º 2 do CC.

Este Autor defende uma apreciação casuística para se avaliar se estamos ou não perante uma verdadeira limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, considerando que não há limitação quando “o conjunto de bens de personalidade não diminua, sendo a

¹¹⁷ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p.554

¹¹⁸ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 410.

¹¹⁹ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 442.

¹²⁰ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, pp.441- 442.

restrição de um bem de personalidade não essencial compensada pelo aumento ou desenvolvimento de outro bem da mesma personalidade, no âmbito do poder de autodeterminação do sujeito ativo. Estaremos, então, perante formas do chamado consentimento vinculante.”¹²¹.

Já PAULO MOTA PINTO considera que não há consentimento, o qual causaria à exclusão da ilicitude da lesão, mas antes um acordo, que ao limitar o direito, exclui a *existência de lesão* deste¹²² Ou seja, de acordo com este Autor, estamos perante uma limitação voluntária, pelo que não há violação do direito¹²³.

O Autor questiona também se a autorização para a limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um “*acto não negocial – simples acto jurídico integrado por uma declaração que produziria os efeitos previstos na lei, e, portanto, qualificável como “quase-negócio jurídico” – ou como negócio jurídico, quer negócio unilateral, quer contrato.*”, concluindo que “*a autorização para a limitação voluntária do direito à reserva, emitida no confronto de outrem, deve ser considerada um negócio jurídico, seja quando integrada num verdadeiro “contrato de autorização” – como admite certa doutrina espanhola, que procura desta forma restringir a livre revogabilidade do consentimento –, seja como negócio unilateral (previsto justamente no artigo 81.º).*”¹²⁴.

Relativamente à divulgação de informações referentes à vida íntima, PAULO MOTA PINTO julga não se tratar de um “*simples acto jurídico*”, pois a autorização não se refere apenas ao direito de autodeterminação do indivíduo, mas pode constituir também “*meio legítimo para explorar economicamente, comercializando, informações da esfera da vida íntima do indivíduo.*”¹²⁵.

¹²¹ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 410.

¹²² MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, pp. 534-535.

¹²³ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 536.

¹²⁴ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 537. Importa ter presente que a autorização para a divulgação de determinados factos da esfera da vida íntima privada do indivíduo tem em vista determinado fim, não legitimando a sua divulgação para outros fins para além dos autorizados (p. 541).

¹²⁵ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, pp. 537-538. Para o Autor, “*a qualificação jurídica como simples declaração negocial, que pode constituir um negócio unilateral, não impedirá a sua integração num contrato, quando este existir.*” (p. 538).

Note-se que nos termos do art. 340.º, n.º 3, do CC o consentimento, independentemente do tipo, considera-se verificado quando a lesão se dá no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

Por fim, importa ter presente que concordamos com GARCIA MARQUES ao defender que, nos casos em que os factos sejam socialmente relevantes, ou seja, de interesse público, não será necessário o consentimento do titular do direito. Para este Autor, é, pois, admissível sacrificar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada em favor do interesse público (direito à informação)¹²⁶.

b) A aplicação do artigo 81.º, n.º 2 do Código Civil – em concreto, da revogabilidade desta limitação voluntária nas redes sociais

O art. 81.º, n.º 2 do CC estatui que “*a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte*”. Pelo que, a limitação voluntária é sempre¹²⁷ revogável, “*discricionária e unilateralmente pelo titular dos direitos de personalidade.*”¹²⁸. No entanto, há doutrina que entende existirem restrições “*à revogabilidade do consentimento, ou condicione esta aos casos em que a especificidade e o significado do direito de personalidade o exijam ou se tenha verificado uma alteração de circunstâncias ou de atitude do titular.*”¹²⁹.

Ainda, para OLIVEIRA ASCENSÃO, ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, tal como ao direito à imagem, não se pode aplicar a revogabilidade da limitação voluntária, uma vez que estes se encontram na periferia do regime, devendo antes aplicar-se o art. 406º, n.º 1 do CC, não sendo, portanto, possível extinguir o contrato, exceto por mútuo consentimento¹³⁰. Por sua vez, PAIS DE VASCONCELOS defende que deve ser aplicada a figura de abuso de direito

¹²⁶GARCIA MARQUES, JOSÉ AUGUSTO, “Vida privada – utilização da informática”, in *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, vol. VII, 1998, pp. 95-96.

¹²⁷Concordamos com RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA quando afirma que a “*amplitude do poder de revogabilidade destina-se a salvaguardar o poder de autodeterminação do titular dos direitos de personalidade, maxime, face a limitações voluntárias ao exercício desses direitos que, embora lícitas, foram assumidas precipitadamente ou com consequências que tal titular não previu ou de que, por qualquer outra causa altruística ou egoística, o mesmo titular se arrependeu*”, (ob. cit., p. 409, nota 1030).

¹²⁸ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, ob. cit., p. 409.

¹²⁹ MOTA PINTO, PAULO, ob. cit., p.557.

¹³⁰ ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, ob. cit., pp. 240-241.

e não o da revogação. Contudo, não podemos concordar com esta posição, em especial por se encontrar legalmente previsto um mecanismo específico para estas situações.

Inclinamo-nos, no entanto, para a posição defendida por PAULO MOTA PINTO e CAPELO DE SOUSA¹³¹, os quais consideram que se aplica a este direito, sob determinadas condições, a figura da revogação.

Analisemos, agora, como aplicar a limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dos utilizadores das redes sociais. Para tal, afiguram-se pertinentes algumas questões, designadamente: Será que podemos considerar que os indivíduos ao aceitarem os termos e condições de uma rede social celebraram um contrato com esta, limitando a sua reserva sobre a vida privada? Se, as redes sociais alterarem os termos e condições, sem o consentimento do indivíduo, ainda assim será que podemos considerar que há um contrato?

Conforme referimos *supra*, o art. 81.º do CC permite a celebração de contratos que incidam sobre direitos de personalidade. Importa ter presente que esta previsão normativa permite um regime especial, dado que estatui que o titular do direito de personalidade pode revogar a todo o tempo o contrato, não tendo no entanto, a outra parte esta faculdade. Trata-se, assim, de um contrato vinculante apenas unilateralmente e de uma exceção ao art. 406º, n.º1 do CC, que dispõe que o contrato só pode extinguir-se por mútuo consentimento. Impõe-se, porém, a obrigação de indemnizar a outra parte pelas suas legítimas expectativas^{132/133}. Debate-se, todavia, na doutrina se esta obrigação implica apenas uma obrigação de indemnizar pelo dano de confiança ou se também pelo dano de cumprimento¹³⁴.

¹³¹ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, pp. 555 e ss., e CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, pp. 409 e ss.

¹³² Castro Mendes considera “*as legítimas expectativas*” como um exemplo de “*expectativa jurídica*”, ou seja, da “*posição jurídica do potencial futuro adquirente de um direito subjetivo, que beneficia da circunstância de se haverem verificado já alguns elementos do facto complexo de que depende essa aquisição e de isso por lei lhe conferir já uma certa medida de protecção*” pelo que como tal é integrável “*a situação de que espera lucros de um convénio lícito que afecte direitos de personalidade – por exemplo um contrato de boxe*” (CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 409, nota 1031).

¹³³ Concordamos com PAULO MOTA PINTO ao afirmar que a tutela da dignidade humana não permite que a eficácia da revogação dependa do ressarcimento dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (*ob. cit.*, p. 502).

¹³⁴ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES considera que só existe obrigação de indemnizar o dano de confiança, tal como resultava do art. 16.º do anteprojeto, definindo dano de confiança como “*o dano resultante da violação da confiança legítima e razoavelmente depositada pela contraparte na manutenção do negócio*” (*ob. cit.*, pp. 239-40).

Na nossa opinião, independentemente das questões *supra* colocadas, o problema da limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada nas redes sociais surge autonomamente do concreto enquadramento jurídico negocial. O problema aqui, e no nosso entender, coloca-se sobretudo ao nível da operacionalização da possibilidade legal de o utilizador da rede social revogar a todo o tempo esta limitação voluntária, nos termos do art. 81.º, n.º 2 do CC. Note-se que “os efeitos produzidos até à revogação são legítimos, não podendo portanto ser objeto de reclamação.”¹³⁵.

Não é por acaso que se diz que “*Your digital identity will live forever...because there’s no delete button*”¹³⁶. Uma vez inserido o conteúdo na internet, é muito difícil eliminar ou remover esse conteúdo, pelo que será que perdemos o direito à revogação da nossa limitação voluntária? A nossa lei civil estatui que, quando legal, a limitação voluntária do nosso direito de personalidade é sempre revogável. Questionamo-nos, no entanto, como aplicar isto, nos dias de hoje, especialmente no âmbito das redes sociais.

Primeiramente, importa ter presente que os indivíduos aceitam os termos e condições quando aderem a uma rede social, por conseguinte aceitam limitar voluntariamente o seu direito à reserva sobre a intimidade da sua vida privada.

Consideramos possível revogar esta limitação voluntária, pelo menos no que diz respeito à relação direta entre o indivíduo (neste caso o utilizador) e a rede social. No entanto, já não nos parece que seja possível revogar esta limitação voluntária com terceiros. Neste sentido, julgamos que o utilizador consente em limitar voluntariamente o seu direito na sua conta da rede social, expondo muitas vezes fotografias, emoções, sentimentos, entre outros. Todavia, mais tarde, caso queira revogar esta limitação, torna-se muito complicado, uma vez que outros utilizadores já podem ter essas fotografias copiadas, ter feito *share*¹³⁷, entre outros¹³⁸.

¹³⁵ CARVALHO REBELO, MARIA DA GLÓRIA, *ob. cit.*, p. 98.

¹³⁶ ERIC SCHMIDT no programa *The Colbert Report*, 23.04.2013.

¹³⁷ Faculdade concedida, designadamente pela rede social Facebook, de partilhar determinado conteúdo com terceiros.

¹³⁸ Efetivamente, “*Facebook’s privacy controls may prove to be insufficient insofar as a significant portion of their personal data may be contained on someone else’s Facebook page. For instance, a user may be tagged in a photograph or comment posted by a friend and is unable to exercise any control over how that data is presented and what privacy settings are applied by the friend*” (ARUN MAL E JENISHA PARIKH, *Facebook and the right to privacy: walking a tight rope*, June, 2011, p. 302, disponível em www.heinonline.org).

Será que a revogação deve ser aplicada aos terceiros que copiaram ou fizeram *share* de factos da vida privada que o utilizador partilhou, limitando voluntariamente o seu direito à reserva sobre a intimidade da vida privada? Ou será que devemos considerar que uma vez que a limitação voluntária foi efetuada a favor da rede social deverá esta assegurar a revogação?

Veja-se o conhecido caso brasileiro da modelo Daniella Cicarelli vs. YouTube¹³⁹, relativo à divulgação de um vídeo da modelo a ter relações sexuais numa praia pública em Espanha, sem o consentimento desta e do seu namorado. O Tribunal, após ter considerado que existia efetivamente uma violação dos direitos de personalidade no caso, questionou-se sobre como impedir a sua contínua divulgação, uma vez que a própria plataforma YouTube afirmou ser-lhe impossível tecnicamente eliminar todos os *links*. Todavia, o Tribunal julgou que o YouTube, embora não divulgasse ele próprio o vídeo, tinha ainda assim o dever de remover os conteúdos que ofendiam os direitos de personalidade, o que significava tomar medidas concretas de exclusão do vídeo, ou, caso contrário, pagar uma multa por não fazê-lo. Ora, apesar de neste caso não ter existido consentimento por parte dos titulares do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, este é um exemplo de um caso onde o tribunal considerou que ser dever da plataforma remover os conteúdos, ainda que não fosse a mesma a fornecer tais conteúdos.

Será que devíamos aplicar similar solução perante a revogação da limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada nas redes sociais? É esta uma solução possível de implementar tecnologicamente?

Outra hipótese possível é adotar-se uma solução similar à acolhida na proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados de 25 de janeiro de 2012¹⁴⁰.

Nos termos do seu art. 17.º, n.º 1, prevê-se que “ *o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a eliminação dos seus dados pessoais, bem como a abstenção de qualquer outra disseminação desses dados, especialmente em relação aos dados pessoais que*

¹³⁹ Refira-se que esta ação foi também interposta contra a empresa Organizações Globo e o ISP, denominado IG (Internet Group).

¹⁴⁰ COM (2012) 11 final, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>

foram disponibilizados pelo titular dos dados enquanto criança, numa das seguintes situações: (b) o titular dos dados revoga o consentimento(...)”.

Já o art.º 17.º, n.º 2 dispõe “*que o responsável pelo tratamento mencionado, que fez com que os dados pessoais se tornassem públicos, deve tomar as medidas razoáveis, incluindo medidas técnicas, em relação aos dados de que foi responsável pela publicação, para informar terceiros que estão a tratar esses dados, que o titular dos mesmos solicita que apaguem todos os links, cópias ou réplicas desses dados. Quando o responsável pelo tratamento autorizou a divulgação desses dados por terceiros, este deve ser considerado responsável por essa publicação.*”

Será que podemos aplicar algo similar perante uma revogação da limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, ou seja, poder exigir que as redes sociais que permitiram que outros utilizadores fizessem *share* ou copiassem as informações da página de perfil do titular do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada adotem medidas semelhantes às previstas na proposta de regulamento para a matéria de dados pessoais? Ou seja, por exemplo, solicitar aos outros utilizadores da rede social que eliminem essas informações e, ainda, consideramos as redes como responsáveis?

Iremos desenvolver esta questão no próximo capítulo, ao abordarmos a responsabilidade civil.

3.3. Responsabilidade civil por violação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

O art. 70.º, n.º 1 do CC dispõe que “*a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*”. Por sua vez, o n.º 2 do referido artigo, referente à tutela geral dos direitos de personalidade, regula expressamente o instituto

da responsabilidade civil¹⁴¹ por violação de direitos de personalidade. Para além disso, prevê outros mecanismos de tutela, nomeadamente os procedimentos cautelares¹⁴².

Por conseguinte, em relação à violação de direitos de personalidade aplica-se os arts. 483.º e seguintes do CC. Para que haja responsabilidade civil subjetiva, nos termos do referido art. 483.º do CC, é necessário que estejam verificados cinco requisitos: (i) facto voluntário do agente; (ii) ilicitude do facto; (iii) nexo de imputação do facto ao lesante (culpa em sentido lato); (iv) dano; e (v) nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima¹⁴³.

No que diz respeito ao primeiro requisito, facto voluntário do agente, não se exige que “o comportamento do agente seja intencional ou sequer que consista numa actuação, bastando que exista uma conduta que lhe possa ser imputada em virtude de estar sob o controle da sua vontade.”¹⁴⁴. Este facto pode consubstanciar uma ação ou uma omissão.

Quanto ao segundo requisito, basta que estejamos perante a violação do direito de outrem, neste caso do direito a reserva sobre a intimidade da vida privada. Contudo, para que este facto gere responsabilidade é necessário que o agente tenha agido com dolo ou mera culpa¹⁴⁵, isto é, exige-se a verificação de “um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.”¹⁴⁶.

Relativamente ao dano, uma vez que os direitos de personalidade têm natureza extrapatrimonial, o dano causado diretamente pela lesão tratar-se-á de um dano moral¹⁴⁷.

¹⁴¹ MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 128, para quem “a responsabilidade civil consiste, por conseguinte, na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem lesão (arts. 483.º e 562.º)”.

¹⁴² Nesta sede não integra o escopo do nosso trabalho a análise das providências cautelares (arts. 878.º e 879.º do Código de Processo Civil) como meio de tutela.

¹⁴³ ANTUNES VARELA, JOÃO e FERNANDO PIRES DE LIMA, *ob. cit.*, pp. 470-471.

¹⁴⁴ MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito das obrigações, Introdução da constituição das obrigações*, vol. I, 7.ª edição, Almedina, 2008, p. 289.

¹⁴⁵ ANTUNES VARELA, JOÃO, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, 2010, p. 562.

¹⁴⁶ ANTUNES VARELA, JOÃO, *ob. cit.*, p. 566.

¹⁴⁷ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO entende que “estes danos não patrimoniais – tradicionalmente designados por danos morais – resultam da lesão de bens estranhos ao património do lesado (a integridade física, a saúde, a tranquilidade, o bem-estar físico e psíquico, a liberdade, a honra, a reputação). A sua verificação tem lugar quando são causados sofrimentos físicos ou morais, perdas de consideração social, inibições ou complexos de ordem psicológica, vexames, etc., em consequência de uma lesão de direitos, máxime de direitos de

Assim, apesar de este ser suscetível de ser indemnizado, dever-se-á ter em consideração os limites previstos no art. 496º do CC para tal categoria de danos. Só indiretamente haverá danos patrimoniais¹⁴⁸.

Por outro lado, concordamos com PAULO MOTA PINTO quando afirma que os danos provocados pela violação deste direito são geralmente irreversíveis, devido à impossibilidade de se repor a situação, eliminando os efeitos da lesão. Como tal, a indemnização apenas poderá corresponder a uma compensação pela lesão sofrida¹⁴⁹.

Nos termos do art. 496.º, n.º 1 do CC prevê-se que “*na fixação de indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*”. Entramos, assim, no último requisito, o nexo de causalidade, cuja aferição, para o referido Autor, poderá tomar em consideração a especial sensibilidade do titular relativamente à divulgação da informação ou a sua tendência para o anonimato¹⁵⁰. Para que haja nexo de causalidade entre o facto e o dano “*é necessário que o facto violador da personalidade alheia tenha actuado como condição concreta do dano e que em abstracto tal facto seja uma causa adequada desse dano*”¹⁵¹.

Importa ainda referir que, tratando-se de uma pessoa notória, esta deverá ter direito, nos termos do art. 564.º, n.º 1 do CC, aos lucros cessantes, ou seja, e por exemplo, ao valor que teria auferido se houvesse revelado tal informação da sua vida íntima numa entrevista, entre outros.

Por fim, na maioria das vezes o valor da indemnização pelos danos sofridos será inferior ao enriquecimento adquirido pelo lesante¹⁵². Pelo que, partilhamos da opinião de PAULO MOTA PINTO que defende que o lesado deverá interpor uma ação de enriquecimento sem causa.

Para que haja responsabilidade objetiva é necessário que haja (i) facto ilícito; (ii) nexo de imputação do facto ao lesante; (iii) dano e (iv) nexo de causalidade entre o facto praticado

personalidade. Não sendo estes prejuízos avaliáveis em dinheiro, a atribuição de uma soma pecuniária correspondente legitima-se, não pela ideia de indemnização ou reconstituição, mas pela de compensação.” (ob. cit., p. 129).

¹⁴⁸ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 459 e ss.

¹⁴⁹ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 580.

¹⁵⁰ MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 581.

¹⁵¹ CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *ob. cit.*, p. 460.

¹⁵² MOTA PINTO, PAULO, *ob. cit.*, p. 582.

pelo agente e o dano sofrido pela vítima. Contudo, consideramos que não há responsabilidade objetiva no direito em análise, quando o “*agente não tivesse querido nem pudesse ter previsto a divulgação do facto ofensivo*”¹⁵³.

Note-se que existem diversas causas de exclusão da ilicitude, designadamente, a legítima defesa, o exercício de um direito, estado de necessidade, a ação direta, o consentimento (tendo em atenção os diversos entendimentos doutrinários nesta matéria, como referido anteriormente), entre outros.

Como tal, cumpre agora responder à questão essencial que nos preocupa: existe responsabilidade civil dos operadores de redes sociais pelo conteúdo divulgado nas mesmas em violação de um direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dos seus utilizadores ou de terceiros?

4. Responsabilidade civil nas redes sociais

O D.L. n.º 7/2004, tal como a Diretiva 2000/31/CE, criou um regime de responsabilidade dos prestadores de serviços eletrónicos que atende ao controlo que os mesmos podem ter sobre os conteúdos disponibilizados, nomeadamente tendo em atenção a enorme dificuldade em descobrir a identidade e localização do próprio prestador de conteúdos, em demonstrar a culpa; pela excessiva onerosidade que implicaria uma exigência genérica de controlo sobre todos os conteúdos, bem como, o facto de se querer preservar a liberdade de expressão e de conteúdos.

Importa ter presente, portanto, que o princípio geral na responsabilidade dos prestadores de serviços em rede é o da sua sujeição ao regime geral da responsabilidade, salvo se se verificarem determinados requisitos, nos termos do art. 11.º do D.L. n.º 7/2004 (como adiante veremos). Note-se que, em princípio, este preceito não se aplica aos prestadores intermediários de serviços, os quais, mediante o preenchimento de determinados requisitos, beneficiam de um regime especial de responsabilidade.

¹⁵³ CARVALHO REBELO, MARIA DA GLÓRIA, *ob. cit.*, p. 163.

No âmbito da responsabilidade em análise, em primeiro lugar é necessário sabermos que os prestadores intermediários de serviços não têm um dever geral de “*vigilância sobre a informação que armazenam ou transmitem*”, nem um dever de “*investigar eventuais ilícitos praticados no seu âmbito*”, de acordo com o art. 12.º do D.L. n.º 7/2004 e o art. 15.º, n.º 1 e o Considerando 47 da Diretiva 2000/31/CE. Não existe, assim, um dever de agir por parte dos prestadores intermediários de serviços.

No entanto, apesar de os prestadores não terem um dever geral de vigilância, tal não significa que não tenham ainda assim deveres para com as entidades competentes ou que não possam vir a ser considerados responsáveis por conteúdos disponibilizados nos seus serviços por terceiros. O art. 13.º do D.L. n.º 7/2004 estabelece estes deveres, os quais são comuns a todos os prestadores intermediários de serviços e que, de acordo com CLÁUDIA TRABUCO, se podem dividir em três grandes tipos: deveres de informação, de resposta e de cumprimento de decisões¹⁵⁴.

O dever de informação estabelece que os prestadores intermediários de serviços têm a obrigação de informar imediatamente as entidades competentes assim que tomem conhecimento de que atividades ilícitas se desenvolvem através dos seus serviços. Para além deste dever, têm o dever de responder, ou seja, de atender aos pedidos de identificação dos destinatários dos serviços, com os quais tenham acordos de armazenamento, e de fornecer a lista de titulares de sítios que alberguem, quando tal lhes for solicitado. Ainda, têm o dever de cumprimento das decisões das entidades competentes, isto é, de “*cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou a pôr termo a uma infração*”,¹⁵⁵ designadamente de forma a remover ou bloquear o acesso a uma informação.

Após esta breve exposição dos deveres dos prestadores vejamos agora os requisitos que os prestadores de serviços têm que cumprir para que não incorram em responsabilidade. Conforme referimos *supra*, para aferirmos a responsabilidade dos prestadores é necessário sabermos quais as atividades que estes exercem.

Assim, caso estejamos perante um prestador intermédio de simples transporte, nos termos do art.14.º do D.L. n.º 7/2004 e do art. 12.º, n.º 1 e 2 da Diretiva 2000/31/CE não incorrerá este

¹⁵⁴ *Lei do Comércio ...*, ob. cit., p. 53 e TRABUCO, CLÁUDIA, ob. cit., p. 150.

¹⁵⁵ *Lei do Comércio ...*, ob. cit., pp. 53-54

em responsabilidade caso: (i) o prestador não esteja na origem da transmissão; (ii) não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas; (iii) não selecione as mensagens transmitidas e (iv) não selecione os destinatários das mensagens. Pelo que, caso estejam previstos cumulativamente estes quatro requisitos o prestador não incorre em responsabilidade. Não estando reunidos estes requisitos, este prestador estará sujeito ao regime geral da responsabilidade.

JOÃO FACHANA levanta a questão de aferir se poderá existir responsabilidade destes prestadores pela utilização de filtros automáticos, na medida em que isto poderá constituir uma seleção de mensagens. Concordamos com a posição deste Autor quando considera que, nos casos em que estes filtros sejam automáticos e isentos, não haverá qualquer seleção de mensagens, pelo que os prestadores não poderão incorrer em responsabilidade¹⁵⁶.

Quanto aos prestadores de armazenagem intermediária (*caching*), estes estão isentos de responsabilidade, de acordo com o art. 15.º do D.L. n.º 7/2004 e do art. 13.º da Diretiva 2000/31/CE, quando: (i) não tenham intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas; (ii) não tenham intervenção na seleção das mensagens transmitidas; (iii) não tenham intervenção na seleção dos destinatários; (iv) respeitem as condições de acesso à informação; (v) respeitem as regras usuais no uso da tecnologia, abstenendo-se de aproveitá-la para obter dados sobre o uso da informação; e (vi) devem retirar ou impossibilitar o acesso à informação caso tenham conhecimento de que esta foi retirada de fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa competente ordene essa remoção.¹⁵⁷ Por conseguinte, este tipo de prestadores só estarão isentos de responsabilidade caso se limitem a exercer a atividade de prestador de serviços de armazenagem intermediária¹⁵⁸.

Relativamente aos prestadores intermediários de armazenagem principal (*hosting*) o D.L. n.º 7/2004 estabelece no art. 16.º (como contraponto do art. 14.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva 2000/31/CE) requisitos mais exigentes do que aqueles previstos para os prestadores intermediários de armazenagem intermediária. Este prestador será responsável caso: (i) tenha

¹⁵⁶ *Ob. cit.*, pp.100-101.

¹⁵⁷ Contrariamente a JOÃO FACHANA, não entendemos que da letra da lei se possa retirar que a obrigação de remover as informações existe quer seja ilícita quer seja lícita a informação, mas sim que esta obrigação apenas existe caso as informações sejam ilícitas.

¹⁵⁸ Neste sentido, *Lei do Comércio...*, *ob. cit.*, p. 57.

conhecimento de atividade ou informação ilícita; (ii) que essa ilicitude seja manifesta¹⁵⁹; e (iii) não retire imediatamente ou impossibilite logo o acesso a essa informação. Para além disso, há responsabilidade civil “*sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador de serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação.*”. Note-se que, caso a ilicitude não seja manifesta, consideramos que o prestador não é obrigado a remover o conteúdo ou impossibilitar o acesso a este. Mais, nestes casos o prestador não é responsabilizado quer opte por remover o conteúdo, impossibilitar o acesso a este, ou opte por manter ou não impossibilitar o acesso a tal conteúdo.

Importa ter presente que se aplicará aos prestadores intermediários de armazenagem principal as regras comuns de responsabilidade nos casos em que os destinatários do serviço atuem subordinados ao prestador ou forem por eles controlados.

Em último lugar, vejamos a responsabilidade dos prestadores intermediários de associação de conteúdo, a qual se encontra prevista no art. 17.º do referido diploma e no art. 21.º, n.º 2 da Diretiva 2000/31/CE. A este tipo de prestadores aplica-se o regime previsto para os prestadores intermediários de armazenagem intermediária, contudo, prevê-se no art. 19.º que a associação de conteúdos não é considerada irregular por existir conteúdos ilícitos no sítio de destino, ainda que este prestador tenha consciência deste facto.

JOÃO FACHANA considera que há aqui uma contradição, pois, por um lado, o prestador intermediário de associação de conteúdos encontra-se obrigado a remover ou impossibilitar o acesso a conteúdos ilícitos assim que tenha conhecimento disso, e, por outro lado, mesmo quando este prestador tenha consciência do conteúdo ilícito no *site* do destino não é a sua atividade considerada ilícita¹⁶⁰. Este Autor resolve esta questão entendendo que a norma que prevê que a associação de conteúdos não é considerada irregular por existirem conteúdos ilícitos no *site* de destino, ainda que o prestador tenha consciência do facto, apenas poderá ser aplicada aos prestadores de serviços não intermediários.

Já o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça entende que não existe qualquer contradição pois aplica-se aos prestadores ora visados o regime previsto para

¹⁵⁹ JOÃO FACHANA entende que este “*adjetivo significa aquilo que é claro, evidente, notório cuja existência ou natureza é incontestável*” (*ob. cit.*, p.104).

¹⁶⁰ FACHANA, JOÃO, *ob. cit.*, p. 106.

os prestadores intermediários de serviços, falando-se aqui no acesso a conteúdos ilícitos. Por sua vez, a norma que estabelece que a associação de conteúdos não é considerada irregular por existirem conteúdos ilícitos no *site* de destino, mesmo que o prestador tenha consciência do facto, trata das hiperligações, ou seja, regula exclusivamente a questão da licitude das hiperligações.¹⁶¹

Ainda quanto à hiperligação, esta é considerada lícita se for efetuada com objetividade e distanciamento, e ilícita se “*representar uma maneira de tomar como próprio o conteúdo ilícito para que se remete*”, nos termos do art. 19.º. Para conseguirmos avaliar a ilicitude teremos que atender às circunstâncias do caso, designadamente: (i) a eventual confusão dos conteúdos do sítio de origem com os de destino; (ii) o carácter automatizado ou intencional da remissão; e (iii) a área do sítio de destino para onde a remissão é efetuada. Compreende-se que, caso a hiperligação seja ilícita, se aplique o regime de responsabilidade dos prestadores intermediários de armazenagem principal.

Importa ter presente que, para além de estarem previstos os requisitos do D.L. n.º 7/2004 para que os prestadores incorram em responsabilidade civil, é também necessário que estejam previstos os requisitos gerais da responsabilidade civil, como explicitado anteriormente.

Mais, conforme referimos *supra*, dado que consideramos que as redes sociais serão prestadores intermediários de armazenagem principal terão que estar previstos os requisitos estabelecidos para estes prestadores para que estas não incorram em responsabilidade civil.

4.2. Tratamento noutros sistemas jurídicos

a) E.U.A.

De acordo com o mencionado no primeiro capítulo, nos E.U.A., e no âmbito desta matéria, aplica-se o CDA. Ora, no que agora releva, o CDA regula a responsabilidade civil dos prestadores de serviços nos casos de difamação, injúria e à reserva da intimidade da vida privada¹⁶².

¹⁶¹ *Lei do Comércio...*, *ob. cit.*, p. 63.

¹⁶² Relembramos novamente que não se aplica em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

Primeiramente, nos termos do CDA (47§ U.S. Code 230 (c) (1)) encontra-se previsto, sob a denominação tratamento de editor¹⁶³ ou autor, que nenhum prestador de serviços ou utilizador de um serviço informático interativo¹⁶⁴ deve ser tratado como o editor ou como o autor de qualquer informação prestada por outro prestador de conteúdo de informação^{165/166}.

Para além disso, encontra-se previsto no 47§ U.S. Code 230 (c) (2), sob a epígrafe responsabilidade civil, que nenhum prestador de serviços ou utilizador de um serviço informático interativo deverá ser responsabilizado por: (a) qualquer ação voluntária efetuada de boa fé para restringir o acesso ou disponibilidade de conteúdo que o prestador ou utilizador considera ser obsceno, indecente, lascivo, sujo, excessivamente violento, ofensivo, ou censurável, ou quando tal conteúdo não é constitucionalmente protegido; (b) qualquer ação efetuada para permitir ou disponibilizar a informação aos prestadores de conteúdos ou outros, sobre os meios técnicos para restringir o material descrito na alínea (a) *supra* descrita¹⁶⁷.

Um dos objetivos desta previsão foi ultrapassar o caso *Stratton-Oakmont v. Prodigy*¹⁶⁸ e outras decisões semelhantes que trataram os prestadores de serviços como editores ou autores do conteúdo, na medida em que os mesmos haviam restringido o acesso a material indecente (“*objectionable material*”)¹⁶⁹.

Esta previsão significa, assim, que só é imune o prestador de serviços informáticos interativo que não seja também o prestador de conteúdos de informação, o qual é definido como responsável, no todo ou em parte, pela criação ou desenvolvimento do conteúdo, nos termos do 47 § U.S. Code 230(f)(3).

¹⁶³ Discute-se se esta definição integra apenas o “*primary publisher*” ou ambos “*primary publisher*” e “*distributor*”, também conhecido como “*secondary publisher*”. Assim, por exemplo, *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) e *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776, F.Supp., 135, 139 (SDNY 1991), disponíveis em <http://law.justia.com/cases/>

¹⁶⁴ Vide a definição apresenta *supra* no Capítulo 1.

¹⁶⁵ Tradução livre da Autora.

¹⁶⁶ Prestador de conteúdos de informação, nos termos do 47 § U.S. Code 230(f)(3), significa qualquer pessoa ou entidade que é responsável, no todo ou em parte, pela criação ou desenvolvimento de informação prestada através da internet ou por qualquer outro serviço informático interativo.

¹⁶⁷ Tradução livre da Autora.

¹⁶⁸ Neste caso, o tribunal considerou que Prodigy se teria tornado o editor, uma vez que voluntariamente apagou mensagens que considerou ofensivas e de mau gosto e, como tal, seria legalmente responsável pelo conteúdo das mensagens que não apagou.

¹⁶⁹ *Grace v. Ebay inc*, 2004 WL 1632047 (Cal. Ct. App. Jul. 22, 2004) disponível em <http://law.justia.com/cases/>

Importa ter presente que, mesmo que a informação seja prestada por terceiros, o prestador poderá contribuir igualmente para a ilegalidade do conteúdo e, como tal, ser responsabilizado¹⁷⁰.

Por outro lado, conceder imunidade cada vez que um website usa informações obtidas inicialmente por terceiros seria eviscerar a exceção ao 47 U.S.C. § 230 (f)(3) para “criadores” de conteúdos ilegais no todo ou em parte¹⁷¹.

Assim, as redes sociais estarão apenas sob a proteção referida no caso de: (1) serem consideradas um prestador ou utilizador de um sistema informático interativo; (2) a queixa for baseada em informação prestada por outro prestador de conteúdo de informações; e (3) a queixa tratar a rede como editor ou autor da informação¹⁷².

No caso *Doe v. Myspace, Inc supra* referido, dado que o Tribunal entendeu que o Myspace não era um prestador de conteúdo de informação, foi considerado que o queixoso (Doe) poderia processar a parte que gerou o conteúdo, mas não o sistema informático que permitiu a publicação do conteúdo *online*, ou seja, o Myspace.

Já no mencionado caso *Barnes v. Yahoo, Inc.*, o Tribunal julgou que, para aplicar a seção 230 do CDA, é necessário questionar se o dever que alegadamente foi violado deriva do *status* ou da conduta do Réu como editor ou autor. Se sim não for, não há responsabilidade.

Mais, a lei americana distingue entre a responsabilidade do “*primary publisher*” e do “*secondary publisher*” ou “*distributor*”. O “*primary publisher*”, será o autor ou a editora, o qual presume-se que conhece o conteúdo do material publicado, tendo a capacidade de controlar o conteúdo dessa publicação, e, como tal, é geralmente considerado responsável, nomeadamente por difamação, desde que estejam preenchidos os requisitos constitucionais. O “*secondary publisher*” ou “*distributor*”, tal como o vendedor de livros, de jornais ou biblioteca, pode ou não ter conhecimento do conteúdo do material publicado e nesse caso apenas pode ser responsabilizado se tiver conhecimento ou existisse alguma razão para ter

¹⁷⁰ *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC.*, cit, p. 7,

¹⁷¹ *Ibidem.*

¹⁷² *Universal Communications Systems, Inc. vs. Lycos, Inc.* 478 F.3d 413 (1st Cir. 2007) disponível em <http://law.justia.com/cases/>

conhecimento que o conteúdo era difamatório. Nalgumas jurisdições dos EUA é-lhes reconhecido “*neutral reportage privilege*”¹⁷³.

Importa ter em conta que não é pelo facto de os prestadores de serviços elaborarem pequenas alterações de ortografia, gramática e cumprimento do conteúdo que se não aplica a secção 230. Nenhuma dessas alterações contribui para o conteúdo calunioso da mensagem, por isso não entra no conceito de “desenvolvimento”¹⁷⁴.

b) Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro aplica-se conforme referimos anteriormente a Carta de Princípios do Comércio Eletrónico, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (adiante designado CDC).

A Carta dos Princípios do Comércio Eletrónico prevê na sua secção 4 que a responsabilidade dos prestadores de serviço deve ser equilibrada entre a neutralidade face ao conteúdo publicado pelo utilizador e um dever de atenção para condutas manifestamente ilícitas ou objeto de “provocação do interessado” ou da Administração Pública.

Encontra-se também estabelecido que o simples exercício de atividade nos meios de comunicação eletrónica não implica necessariamente a assunção de riscos, de acordo com o parágrafo único do artigo 927.º do Código Civil¹⁷⁵.

Mais, de acordo com esta secção 4, os casos de dúvidas fundadas sobre a ilicitude do conteúdo devem ser resolvidos em última instância pelo poder judiciário, não devendo existir uma censura prévia, bloqueio desproporcional ou indiscriminado de conteúdo¹⁷⁶.

¹⁷³ The Law of Defamation, § 4:92, p. 4-140.1.

¹⁷⁴ *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com LLC*, cit.

¹⁷⁵ Nos termos do qual “ *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. §Haverá obrigação de reparar, o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* ”.

¹⁷⁶ Carta de Princípios de Comércio Eletrónico, secção 4, Responsabilidade dos prestadores, 1 de Setembro 2010

O CDC prevê no artigo 14.º que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”. O parágrafo 1 estatui que o “serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: (i) o modo de seu fornecimento; (ii) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; (iii) a época em que é fornecido.”.

O projeto de lei “Marco Civil da Internet” estatui no parágrafo único do art. 9.º que se “veda o monitoramento, a análise ou a fiscalização de conteúdos por parte de prestadores de serviços de telecomunicações cujos serviços ou redes sejam utilizados pela internet”¹⁷⁷. Mais se prevê no parágrafo 3 desse artigo que, “na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados (...)”, sendo inequívoco o reconhecimento de um princípio de neutralidade da rede, nos termos do art.º 9.º do mesmo diploma.

Este projeto prevê ainda no art. 18.º, referente à responsabilidade do prestador de simples transporte (“provedor de conexão à internet”), que o mesmo é isento de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo criado por terceiros. O art. 19.º por sua vez estatui que os prestadores de serviços em rede (“provedor de aplicações de Internet¹⁷⁸”) só são responsáveis pelos danos decorrentes do conteúdo criado por terceiros se após ordem judicial não tomarem as medidas para no âmbito do seu serviço e dentro do prazo marcado tornarem indisponível o conteúdo ilegal. Mais, neste artigo encontra-se previsto que a referida ordem judicial deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo indicado como ilegal, de forma a permitir a localização inequívoca do mesmo¹⁷⁹.

Também sobre esta matéria se tem pronunciado a jurisprudência e doutrina brasileiras, tendo nós selecionado algumas das decisões relevantes em relação à rede social *Orkut*.

¹⁷⁷Relatório *O Comitê Gestor da Internet no Brasil e o Marco civil da Internet*, disponível em <http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/CGI-e-o-Marco-Civil.pdf>

¹⁷⁸ Define o Marco Civil no art. 5.º, parágrafo VII como aplicações de internet “o conjunto de funcionalidade que podem ser acedidas por meio de um terminal conectado à internet”.

¹⁷⁹ Note-se que esta previsão constitui uma grande novidade. Veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.º 556.090.4/4-00, onde entende o Tribunal ser dever do Youtube, pelo menos, tentar criar um programa capaz de identificar todos as hiperligações e divulgações do conteúdo ilícito no seu seio.

No caso *Barrichello vs. Google*¹⁸⁰, no qual a rede social *Orkut* foi processada pela disponibilização de acesso a cerca de 348 perfis falsos de Rubens Barrichello (piloto brasileiro de Fórmula 1). Foi afirmado neste caso que a autoria e, conseqüentemente, a responsabilidade primária pelo conteúdo das páginas é dos utilizadores, e não do prestador, que apenas disponibiliza um espaço para que este deem vazão à sua criatividade¹⁸¹. Há jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo que entende que, relativamente à responsabilidade dos prestadores de serviços (“provedores de serviços”), predomina na doutrina a tese de que estes não são responsáveis pela conduta dos utilizadores, exceto quando notificados do ato ilícito praticado ou em vias de ser praticado. A partir do momento em que são notificados devem implementar as medidas necessárias para a cessação ou implementação da lesão. Caso não hajam, poderão então ser responsabilizados juntamente com o autor do ato ilícito¹⁸².

Podemo-nos questionar sobre como pode a rede social ter um “papel de fiscal da lei” retirando conteúdos que em teoria podem revelar liberdade de pensamento e manifestação dos utilizadores. Este exame terá que ser efetuado tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, em especial (i) o grau da ilicitude do conteúdo, se este é aferível *prima face*, ou se é necessário averiguar previamente; (ii) interesse público da sua manutenção na rede; e (iii) a gravidade da lesão nos interesses alheios¹⁸³.

Por outro lado é igualmente salientado que, em virtude da enorme quantidade de prestadores de serviços de internet que prestam múltiplos serviços, entre eles, os de conteúdo, armazenagem, motores de busca, infraestrutura, acesso e correio eletrónico, aumenta a dificuldade na análise da responsabilidade civil¹⁸⁴.

Todavia, e após análise de alguns acórdãos referentes à rede social *Orkut*, nos termos do parágrafo único do artigo 927.º. do Código Civil, parece ser o entendimento dominante da jurisprudência não existir qualquer responsabilidade objetiva do operador da rede social pelo

¹⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4.ª Cam. Dir. Priv. Ac 99010126 564-8, Relator Des. Francisco Loureiro, 29.10.2010, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁸¹ Acórdão Apelação nº 990.10.126564-8, da Comarca de São Paulo, pp. 6-7, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁸² TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Al 584.783-4/7-00, Rei. Egidio Giacoia, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁸³ Acórdão de Apelação nº 990.10.126564-8, da Comarca de São Paulo, pp.7-8.

¹⁸⁴ BARBAGALLO, BRANDINI ERICA, “Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet”, in *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*, p. 353.

conteúdo inserido pelo utilizador, pois não estamos perante um risco inerente à sua atividade¹⁸⁵.

A responsabilidade é, assim, subjetiva, só respondendo em caso de omissão. A Google, como administradora do site *Orkut*, no qual são armazenados informações colocadas pelos seus utilizadores, não responde pelo seu conteúdo, pois não tem um dever de vigilância (“monitoramento prévio”)¹⁸⁶. Logo, não se pode considerar como serviço defeituoso, nos termos do artigo 14.º do CDC “o website que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridas”¹⁸⁷. Todavia, em caso de denúncia por parte do utilizador, a Google tem o dever de remover esse conteúdo^{188/189}.

Caso não retire o conteúdo estamos perante uma conduta omissiva e culposa que corresponde à prestação defeituosa do serviço, pois não “ofereceu a segurança que dele legitimamente se pode esperar. Configurada, portanto, a falha na prestação do serviço, a ensejar a responsabilidade objetiva da demandada”¹⁹⁰. Quando estão em causa danos morais os tribunais brasileiros consideram que o dano moral é *in re ipsa*¹⁹¹.

Mais, consideram que os prestadores devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação dos seus utilizadores^{192/193}.

¹⁸⁵ Neste sentido o Agravo em Recurso Especial n.º 231.883 (2012/0196502-3), relator Ministro Sidnei Beneti, p. 4, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁸⁶ Neste sentido o Agravo em Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.09.2013, p. 6., disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁸⁷ Recurso Especial n.º 1193764/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, 8.08.2011.

¹⁸⁸ Agravo em Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.09.2013, p. 5., disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁸⁹ A jurisprudência brasileira tem vindo a defender que, devido à velocidade com que as informações circulam na internet, entende-se que uma vez notificado do conteúdo ilícito o prestador deve retirar ou suspender preventivamente o acesso ao conteúdo num prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor do conteúdo, em virtude da sua omissão, até que tenha tempo para apreciar a veracidade das alegações, e confirmando-as, exclua definitivamente o conteúdo ou tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso (Recurso Especial n.º 1323754/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, 28.08.2012, p. 10., disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁹⁰ Agravo em Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.09.2013, pp. 5-6., disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

¹⁹¹ Neste caso não é necessário provas que demonstrem a ofensa moral, pois o próprio facto já configura o dano, in http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255

¹⁹² Neste sentido é afirmado no Recurso Especial n.º 1.193.764-SP, terceira turma do STJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, 14.12.2010 que: “ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de proporcionar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

Assim, no Brasil em geral as redes sociais são consideradas prestadores intermediários de armazenagem principal (“provedores de hospedagem”) sendo a sua responsabilidade aferida consoante tenham algum tipo de envolvimento com o conteúdo que armazenam ou tenham conhecimento que o conteúdo é ilícito e não o removam ou bloqueiem o seu acesso.

5. A responsabilidade das redes sociais e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada perante a revogação do consentimento à divulgação da informação pelo titular da mesma.

Analisemos agora a responsabilidade civil dos operadores de redes sociais perante a revogação unilateral da limitação voluntária pelo titular do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Consideramos que era possível essa revogação na relação direta entre o utilizador e a rede social. Contudo, questionamos se é possível essa revogação a partir do momento em que outros utilizadores já partilharam esse conteúdo (*share*), copiaram o conteúdo, identificaram os utilizadores em fotografias (*tags*), entre outros. Será que as redes sociais poderão ser responsáveis civilmente pela manutenção *online* do conteúdo nestas hipóteses após a revogação da limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada?

Somos da opinião que no que respeita à relação direta entre o utilizador e a rede social, esta será responsável civilmente pela não revogação, uma vez que tem a obrigação de retirar ou impossibilitar o acesso a esse conteúdo. No entanto, já não será tão líquida a sua responsabilidade no que diz respeito à não produção de efeitos dessa revogação perante outros utilizadores da rede social.

Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente A informação disponível não será considerada para fins de contagem de prazos recursais (Ato nº 135 - Art. 6º e Ato nº 172 - Art. 5º) eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet”.

¹⁹³ Na esteira da Apelação Cível n.º 990.10.126564-8 do TJSP, no qual se defendeu “*sem dúvida à ré incumbiria o dever de divulgar a identidade dos usuários que utilizam seus serviços para que, na hipótese de prática ilícita, terceiros possam reprimir os responsáveis diretos pela prática do ato ilícito*” e ainda que “*Há, assim, uma cláusula geral imposta aos intermediários, que assim pode ser resumida: “há o ônus de identificar os usuários que transitam pela rede”* pp. 5-6.

Efetivamente, de que tenhamos conhecimento, as redes sociais não têm atualmente mecanismos que impeçam terceiros de copiar conteúdos, partilhar conteúdos, efetuar *tags* em fotografias sem o consentimento direto dos indivíduos titulares dos mesmos, bem como, não têm mecanismos técnicos que permitam ao utilizador revogar a sua limitação voluntária no que se refere aos demais utilizadores. Será exigível a existência de tais mecanismos? E pode a sua falta, perante o direito constituído, originar a sua responsabilização civilmente? Para além disso, será que dispõem das ferramentas tecnológicas para implementar medidas que prevejam esta revogação?

Mais, se analisarmos bem o caso concreto, veremos que, pelo menos numa primeira análise, quem não está a cumprir a revogação da limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada são os terceiros, ou seja, os utilizadores que partilharam os conteúdos, entre outros. Contudo, sempre se poderá defender que são as redes sociais que permitem que terceiros copiem os conteúdos, partilhem-nos, entre outros.

Após a colocação de todas estas questões, importa referir que consideramos que as redes sociais, enquanto prestadores de armazenagem principal, ao serem informadas da revogação da limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada têm não só a obrigação de retirar o conteúdo ou impossibilitar o acesso ao mesmo, bem como a obrigação de alertar terceiros para tal revogação.

Efetivamente, somos da opinião que esta obrigação é inerente à obrigação de remover ou impedir o acesso ao conteúdo que viola o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, por, na medida em que o controlo sobre a utilização do conteúdo pelos terceiros ainda está na área de controlo e risco da atividade da própria rede social.

Não advogamos que a rede social seja responsável por, perante a comunicação da revogação do consentimento pelo titular do direito, informar todos e quaisquer utilizadores que se hajam apropriado do conteúdo ou que, por alguma forma, o hajam utilizado de tal revogação, por manifestamente impossível e contrária à *ratio* identificada por detrás do regime da

responsabilidade dos prestadores intermédios de serviços de rede (entre outros, a dificuldade na identificação de todos os utilizadores da rede que hajam contactado com o conteúdo).

Porém, já serão responsáveis, na nossa interpretação do dever de impedir o acesso ou retirar o conteúdo agora ilícito, (i) pela não comunicação àqueles utilizadores identificados ou identificáveis (por exemplo, na hipótese de *tags* e hiperligações) da referida revogação do consentimento, obviando assim que tais terceiros utilizem futuramente esse conteúdo ilícito; e, bem assim, (ii) pela não comunicação da remoção e/ou limitação do acesso e dos fundamentos da mesma sempre que a rede social proceda a tal remoção ou limitação de acesso.

Sugerimos que, de forma a cumprir esta obrigação, as redes sociais devem disponibilizar uma informação, no mesmo espaço onde se encontrava o conteúdo que removeram ou impediram o acesso, explicando que esse conteúdo foi removido, devido a revogação do consentimento, tal como já hoje o YouTube faz nos conteúdos removidos por violação de direitos de autor e direitos conexos. Desta forma, consideramos que a partir do momento em que os utilizadores têm ou podem ter acesso à informação de que tal revogação de consentimento ocorreu, então está cumprido o dever a que está adstrito a rede social e, simultaneamente, poderão os terceiros ser responsáveis civilmente pela utilização do conteúdo agora ilícito.

Sabemos que, atualmente, não é possível às redes sociais a notificação de todos e quaisquer utilizadores que hajam, por qualquer modo, utilizado ou apropriando-se dos conteúdos disponibilizados na mesma pelos seus utilizadores, devido à natureza da internet como uma rede aberta onde predomina o anonimato, onde existem milhões de utilizadores e ao facto de não existirem, à data e que se, medidas tecnológicas que permitam tal coisa.

Por conseguinte, propomos apenas que as redes ponham “por cima” do conteúdo que foi removido ou bloqueado o acesso uma informação explicando que esse conteúdo foi removido, devido ao facto do seu consentimento ter sido revogado pelo utilizador.

Não obstante, arriscamos propor para o futuro a efetiva obrigação de as redes sociais assegurarem ferramentas e medidas por forma a que o consentimento do titular do conteúdo deva ser sempre obtido pelos terceiros que pretendam utilizar o mesmo, bem como, da possibilidade de os mesmos serem notificados pela rede social sempre que o consentimento haja sido revogado, passando estes a serem então também responsáveis civilmente perante o titular do conteúdo em causa.

Conclusão

As redes sociais são prestadores intermediários de serviços em rede. No entanto, de forma a definir que tipo de prestador intermediário são, é necessário analisar-se casuisticamente o tipo de atividades desenvolvidas pela rede social.

Consideramos que, regra geral, as redes sociais serão prestadores intermediários de armazenagem principal, na medida em que armazenam conteúdos de terceiros. Contudo, caso tenham alguma intervenção nesse conteúdo ou exerçam qualquer outra atividade serão, para além de prestadores intermediários de armazenagem principal, verdadeiros prestadores de serviços eletrónicos em sentido restrito.

Mais, e atendendo à concreta problemática em análise, isto é, relação entre as redes sociais e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, com especial relevância para o problema da revogação da limitação voluntária nas redes sociais, somos da opinião que a permissão genérica de revogação unilateral pelo indivíduo do seu consentimento para a divulgação de factos atinentes à sua vida privada é sempre válida na sua relação direta com a rede social.

Todavia, consideramos que tal permissão já não se aplicará perante terceiros que hajam realizado, por exemplo, *share*, *tags*, ou cópia dos conteúdos disponibilizados, entre outros.

Nesta sede, analisamos então o regime existente para a responsabilidade civil das redes sociais. Nesta medida, concluímos que os requisitos para que tal responsabilidade se possa verificar dependem da sua classificação enquanto prestador intermediário de serviços em rede.

Como tal, uma vez que consideramos que as redes sociais são prestadores intermediários de armazenagem principal, estas incorrerão em responsabilidade civil pela violação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, caso tenham conhecimento de que armazenam informação cuja ilicitude seja manifesta (neste caso, logo com a comunicação da revogação do consentimento pelo utilizador) e não retirem imediatamente ou impossibilitem logo o acesso a essa informação, verificando-se os demais requisitos para efetivação da responsabilidade civil nos termos gerais de direito.

É nosso entendimento que esta obrigação de retirar imediatamente ou impossibilitar logo o acesso ao conteúdo agora ilícito implica para a rede social, a partir do momento em que o utilizador revogue o seu consentimento perante a rede social, a sua adstrição a alertar os terceiros que detenham ou possam deter o conteúdo para tal revogação do consentimento.

Sento tecnologicamente impossível ou impraticável, hoje, conhecer e identificar todos aqueles que, por qualquer forma, hajam utilizado o conteúdo, parece-nos que para que tal obrigação se encontre preenchida, perante utilizadores não identificáveis, deverá a rede social, desde logo, disponibilizar no mesmo local e espaço onde estava originariamente disponibilizado o conteúdo retirado ou bloqueado a menção expressa de tal facto e da revogação operada pelo titular do mesmo.

Para futuro, e por forma a diminuir este ónus sobre as redes sociais, sugerimos como viável e mais adequado, que as mesmas passem a adotar mecanismos destinados a assegurar o direito dos utilizadores a revogarem a sua limitação voluntária ao direito em causa, nomeadamente, pela obrigação de obtenção de consentimento do titular pelos terceiros que desejem realizar *tags*, *share*, ou copiar o conteúdo, entre outros.

Ainda que difíceis de aplicar tecnologicamente, entendemos que tal não poderá ser argumento contra a sua implementação salvo se for manifesto o excesso de onerosidade de tais medidas.

Bibliografia

AMARAL CABRAL, RITA *O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil)*, Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa 1988, pp.28 -30

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de personalidade)*, Universidade Católica Editora, p. 203, 23-240

ANTUNES VARELA, JOÃO, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a edição, Almedina, 2010, p.562-566

ANTUNES VARELA, JOÃO E FERNANDO PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado, vol.I*, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 4.^a Edição, 2010, p. 209, 470-471

ARUN MAL & JENISHA PARIKH, *Facebook and the right to privacy: walking a tight rope*, June, 2011, p. 302

BARBAGALLO, BRANDINI ERICA, *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet in Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*, coordenado por Ronaldo Lemes Silva Júnior, p. 353

BRANDENBURG, CARLY, *The Newest Way to Screen Job Applicants: A social networker's nightmare*, p. 612

BRANDOIS, LOUIS e SAMUELE WARREN, *The right of privacy*, *Harvard Law Review*, Vol. IV, 1890

CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 220,318, 344, 407, 410-442,530

CARVALHO REBELO, MARIA DA GLÓRIA, *in a Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão*, *Lex*, Lisboa, 1998, pp.83-85, 96

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Almedina, 2000, pág. 30, 111

CUPIS, ADRIANO DE, *Os direitos de personalidade*, Colecção Doutrina, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961

DIAS MARQUES, JOSÉ, *Noções elementares de direito civil*, 6.^a edição, Lisboa, 1977

E. LEMONS, ROBERT, *Protecting our digital walls: regulating the privacy policy changes made by social networking websites*, 2011, pág. 606, disponível em www.heinonline.org

ELLIOT VINSON, KATHLEEN, *The blurred boundaries of social networking in the legal field: “just face it”*, 2010, pág. 359-361, disponível em www.heinonline.org

FACHANA, JOÃO, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet*, Almedina, 2012, pág. 39, 89, 91,106,111

FARIA DA COSTA, JOSÉ, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, p. 640

GARCIA MARQUES, JOSÉ AUGUSTO, *Vida privada – utilização da informática, procuradoria-geral da república, pareceres*, vol. VII, 1998, p.95-96

JANUÁRIO GOMES, MANUEL, *“O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador”*, Lisboa 1982, p.15

Good practice guidance for the providers of social networking and other user-interactive services, UK council for child internet safety, 2010, p. 6 e 7

KAMARCK, MICHELL D., *Understanding Copyright Liability in Cyberspace: a Primer*, Dezembro de 1996, disponível em <http://www.rmsslaw.com/articles/art53.htm>.

LAFFERMAN, MATTHEW, *“Do facebook and twitter make you a public figure?: how to apply the gertz public figure doctrine to social media”*, 2013, disponível em www.heinonline.org

Lei do Comércio Eletrónico Anotada, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Coimbra Editora, 2005

MAZZONE, JASON, *Facebook Afterlife*, pág. 1663, disponível em www.heinonline.org

MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I- Parte Geral, Tomo IV, Livraria Almedina, 2005*, p.457

MENEZES LEITÃO, LUÍS, *A responsabilidade civil na internet*, Direito da Sociedade da Informação, vol. III, 2002, p. 158

MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito das obrigações, Introdução da constituição das obrigações*, vol. I, 7.ª edição, Almedina, 2008, p.289

MORAIS ANTUNES, ANA FILIPA, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de personalidade)*, Universidade Católica Portuguesa, p. 240 e 241

MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora 2005

MOTA PINTO, PAULO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Coimbra Editora, vol. II, Coimbra Editora, 2001*

MOTA PINTO, PAULO, *A proteção da vida privada e a constituição*, BFDC, vol. 76, 2000, p. 157

MOTA PINTO, PAULO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 69, 1993, p.526 -536

MORGANSTERN, AMY, *In the spotlight: social network advertising and the right of publicity*, 2008, p. 181

OECD, *The economic and social role of internet intermediaries*, 2010, págs.9, 10, 14

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*, Separata Revista FDUL, Vol. XLIII n.º1, Coimbra Editora 2002

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *Comércio eletrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio* – Anacom, pp. 124, 155

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *Introdução à Perspectiva Jurídica, in O Comércio Electrónico em Portugal – O quadro legal e o Negócio*, Anacom, Lisboa, 2004, pp. 106, 131

PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina 2012, pp.58-61

PENHA GONÇALVES, A., *Direitos de personalidade e sua tutela*, Estudo de Direito Privado, Luanda 1974, pp.28

Relatório O Comitê Gestor da Internet no Brasil e o Marco civil da Internet

SCHMIDT, ERIC, *no programa The Colbert Report, 23.04.2013*

SOARES DA FONSECA, TIAGO, *in Da tutela judicial civil dos direitos da personalidade – Um olhar sobre a jurisprudência*

TRABUCO, CLÁUDIA, *Responsabilidade e Desresponsabilização dos Prestadores de Serviços em Rede, in O Comércio Eletrónico em Portugal – O Quadro Legal e o Negócio*, Anacom, Lisboa, 2004, pp. 131-144

Websites

<http://www.ebizmba.com/articles/social-networking-websites>

www.heinsonline.org

<http://instagram.com/about/faq/#>

<http://law.justia.com/cases/>

http://www.linkedin.com/static?key=what_is_linkedin&trk=hb_what

<http://newsroom.fb.com/Key-Facts>

<http://support.twitter.com/articles/13920-new-user-faqs#>

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47781

<http://www.orkut.com/About?hl=en>

Jurisprudência

Portugal

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.10.2013, processo 1087/12.9TAMTS.P1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.11.2013

Acórdão do STJ de 6.02.2012, processo 417/10.2 TTVNF.P1.S1

Acórdão do TRL de 03.06.2012, processo 67/10.3TVPRT.L1-1

Acórdão do TRG de 11.10.2011, processo 460/11.4TBVCT-BG1

Acórdão do STJ de 8.05.2013, processo 1755/08

E.U.A

Barnes v. Yahoo, Inc. 570 F. 3d 1096 (9th Cir. 2009)

Carafano v. Metrosplash.com, Inc., 339 F.3d 1119, 1122 (9th Cir.), 2003

Gentry v. eBay, Inc. (2002) 99 Cal.App.4th 816, 831, fn. 7

Grace v. Ebay inc 2004 WL 1632047 (Cal. Ct. App. Jul. 22, 2004)

Schneider v. Amazon.com, Inc. (31 P.3d 37 (Wash.Ct.App. 2001).

Mazur v. eBay Inc., No. C 07-03967 MHP, 2008 WL 618988 (N.D. Cal. March 4, 2008),

Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC. 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008),

NPS LLC v. StubHub, Inc., 25 Mass.L.Rptr. 478, 2009 WL 995483 (Mass. Super. Ct. Jan. 26, 2009)

Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) e Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc., 776, F.Supp., 135, 139 (SDNY 1991)

Universal Communications Systems , inc. v Lycos, inc 478 F.3d 413 (1st Cir. 2007)

Doe v. MySpace 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008)

Brasil

Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4.^a Cam. Dir. Priv. Ac 99010126 564-8, Relator Des.

Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível n.º 556.090.4/4-00

Acórdão Apelação n.º 990.10.126564-8, da Comarca de São Paulo, Pág. 6 e 7 – Barrichello vs. Google

Recurso especial n.º 1.193.764 –SP terceira turma – STJ – relator Nancy Andrighi –julgado 14.12.2010

Agravo em Recurso Especial n.º 225.088-RS (2012/0185756-8), relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.09.2013

Agravo em recurso especial n.º 1.323.754 –RJ (2012/0005748-4), Relatora Ministra Nancy Andrighi, 28.08.2012, pág. 10

TJSP, 4.^a Cam. De Dir. Priv. A1472738-4 Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani

Apelação Cível n.º 990.10.126564-8 do TJSP