

A (I)moderação de Comentários *Online*

Luísa Neto

Prof. Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE-FDUP.

SUMÁRIO: 1. O contexto: a redefinição do espaço público. – 2. A discussão dos possíveis níveis de controlo: autorregulação, correção, heterorregulação. – 3. A autoria da lesão: o problema do anonimato na *Internet*. – 4. A suscetibilidade de lesão: os bens protegidos. – 4.1. Em geral, a proteção poliforme da vida privada. – 4.2. Direito à honra e ao bom nome. – 4.3. Direito à imagem. – 5. Em especial, a discussão da restrição das liberdades de informação e expressão. – 6. As formas de tutela como irradiação das previsões constitucionais: o nexo de causalidade e a potenciação do dano; Conclusão

1. O CONTEXTO: A REDEFINIÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO

O tema que nos propomos tratar¹ implica uma delimitação clara do contexto da eventual moderação de comentários *online* que expressem uma estrutura e intenção de discurso de ódio, num quadro de consideração dos direitos e bens envolvidos e respetiva suscetibilidade de restrição. Por um lado, a liberdade de expressão sempre funcionou como válvula catártica de escape no espaço público. Por outro lado, a delimitação impõe a vedação de comportamentos que correspondam a um potencial de dano discriminatório (v.g. intersectorial). Ora, no contexto cibernético atual, a intersecção dos bens protegidos implica uma reconceptualização dos fundamentos em causa.

¹ Texto correspondente à comunicação apresentada no seminário *Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio*, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto no dia 3 de março de 2020. A autora escreve segundo as regras ortográficas anteriores ao Acordo de 1990.

Declarou em tempos Pierre Bourdieu que “[L]’*opinion publique n’existe pas*”², na alusão à opinião pública e impessoal como forma discursiva efêmera. Parece-nos que nunca tal asserção foi tão verdadeira como no contexto da web 2.0³. De facto, e como afirmou Hillary Clinton na Washington University em 15 de fevereiro de 2011⁴: “*The Internet has become the public space of the 21st century – the world’s town square, classroom, marketplace, coffee-house, and nightclub*”.

Sabemos que o ambiente de Estado de Direito democrático reclama um contexto de transparência tão bem sintetizado por David Brin no título da sua obra de 1998⁵. Nesse sentido, as matérias atinentes à sociedade de informação suscitam o interesse da comunidade em geral e integram os “fundamentais do Estado”, por serem hoje pedra de toque do discurso democrático e da construção de uma sociedade formal e materialmente inclusiva, colocando desafios importantes quanto ao próprio desenho do que sejam as tradicionalmente entendidas divisão e separação de poderes.

Assim, a actual ágora ou o espaço público moderno delimitado por Habermas⁶ apresenta necessidades e condicionantes diferentes, numa tentativa de sopesagem de tendências de desregulamentação, privatização e liberalização e num duplo sentido, complementar, de mundialização e localização.

2 *L’opinion publique n’existe pas*, in Questions de Sociologie, Paris : Minuit, 1984. Veja-se ainda DOMINIQUE REYNIÉ, *Le triomphe de l’opinion publique*, Paris : O. Jacob, 1998.

3 Para tratamento aturado das questões aqui pressupostas, vejam-se, por todos, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Coimbra: Almedina, 2012 e JOÃO RAUMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, Dissertação do Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Porto: FDUP, 2012.

4 HILLARY CLINTON, “Internet Rights and Wrongs: Choices & Challenges in a Networked World”, George Washington University, 15 de Fevereiro 2011, disponível em <https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2011/02/156619.htm>

5 DAVID BRIN, *The Transparent Society*, Boston: Addison Wesley, 1998.

6 J. HABERMAS, *L’Espace Public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris: Payot, 1978 (ed. orig., 1962)/ JURGEN HABERMAS, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Em termos de actualização, vejam-se por todos, CÂNDIDO MONZÓN, *Opini3n P3blica, Comunicaci3n y Pol3tica*, Madrid: Tecnos, 1996, JAMES CURRAN, “Rethinking mass communication”, in James Curran, David Morley e Valerie Walkerdine (eds), *Cultural Studies and Communications*, Londres: Arnold, 1996 e N. FRASER, “Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy”, in C. CALHOUN (ed), PETER DAHLGREN (ed), *Communication and citizenship: Journalism and the public sphere*, London and NY: Routledge, 1997 (reprint). Veja-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Sociedade da Informa33o e Estado de Direito Democr3tico, Direito 3 Informa33o ou deveres de protec33o informativa do Estado”, Revista da FDUP, Edi33o comemorativa dos dez anos da FDUP, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 623-651, em especial quanto aos conceitos de “comunica33o hierarquizada” e “comunica33o reticular”.

Entendida a informação numa acepção mais estrita, de comunicação social, a questão é hoje já outra: “a ‘revolução digital’ rompeu as fronteiras que antes separavam as três formas tradicionais de comunicação: o som, a escrita e a imagem. Permitiu o surgimento e o avanço da Internet, que representa um quarto modo de se comunicar, uma nova maneira de se expressar, de se informar, de se distrair”, como escrevia Ignacio Ramonet⁷. E continuava: “três esferas que antes eram autónomas: de um lado, a cultura de massa, com sua lógica comercial, suas criações populares, seus objectivos basicamente mercantis; de outro, a comunicação, no sentido publicitário, o marketing, a propaganda, a retórica da persuasão; e, finalmente, a informação, com suas agências de notícias, boletins de radiodifusão ou de televisão, a imprensa, as redes de informação contínua (...) foram-se misturando pouco a pouco, até constituírem uma única esfera, ciclópica, na qual é cada vez mais difícil distinguir as actividades pertencentes à cultura de massa, à comunicação ou à informação”⁸.

Numa outra abordagem, Javier Echevarria⁹ lembrava que “a nova forma de ser súbdito consiste em dedicar quotidianamente algum tempo a escutar ou a ver a corte”. Ora, se a liberdade dos *media* não é mais do que a extensão da liberdade colectiva de expressão, fundamento da democracia, os novos desafios dos *media* resultam hoje da necessidade de considerar suportes diferenciados que permitam o *animus* sociocultural da nova sociedade da informação¹⁰, em contextos que são hoje também os de uma – ao menos no entender de alguns – ciberdemocracia¹¹.

⁷ Editorial do *Monde Diplomatique* de Outubro de 2003.

⁸ *Idem*, op. e loc. citis. Vejam-se ainda LUÍSA NETO, “Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global de informação”, in *A informação jurídica na era digital*, 24 e 25 de Fevereiro de 2011, Porto: Afrontamento, CETAC Media, 2012, pp. 41-55 e LUÍSA NETO, “Um outro tipo de ‘freios e contrapesos’: a comunicação social no contexto do Estado de Direito Democrático”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, FDUL, Coimbra: Coimbra Editora, Volume II (Direito Constitucional e Justiça Constitucional) Coimbra Editora, 2012, pp. 455-509.

⁹ *Apud* FRANCISCO RUI CÁDIMA, *Desafios dos novos media: a nova ordem política e comunicacional*, 2ª ed, Lisboa: Editorial Notícias, 1999, p. 26.

¹⁰ J. FERREIRA SALGADO, *Informação e civilização*, Ordem dos Advogados, Conselho Distrital do Porto, 1973, Conferência proferida pelo autor em 11 de Maio de 1973.

¹¹ Vejam-se TIMOTHY FENOULHET, *Democracy and the information society*, European Commission, DG XIII, January 1996, NOAM CHOMSKY, *Necessary Illusions*, London: Pluto, 1989 e PIERRE LÉVY, *Ciberdemocracia*, Lisboa: Instituto Piaget, 2003, pps. 28, 33 e ss e 171.

Sucedee que essa – *quod erat demonstrandum* – ciberdemocracia, que enlaça a sociedade da informação, impõe exigências diferenciadas ao ramo de Direito que delas se ocupa, dada a necessidade de contemporização com a reserva do “tecnologicamente possível”¹² e a inexistência de claros limites espaciais de aplicação normativa.

Assim, se a protecção da individualidade da pessoa em contexto cibernético deve ser a continuidade da protecção garantida pelo Estado na realidade *offline*, a imaterialidade¹³ convoca todavia desafios acrescidos. Trata-se pois de saber se é ainda possível a utilização dos “odres velhos” para conter e disciplinar o “vinho novo” da Internet¹⁴, em especial quanto à susceptibilidade de aplicação da dogmática comum da responsabilidade civil e penal e da protecção dos direitos fundamentais à realidade fáctica da Internet, em particular no que respeita aos conteúdos gerados em contexto que não diferenciam o emissor e o receptor de informação (*producers*)¹⁵.

Fundamentalmente, a discussão da responsabilização pela liberdade de expressão e informação digital *online* – *rectius*, pela respetiva possível ilícita violação – encontra escolhos na imensidão da informação disponível, não filtrada, constantemente actualizada e virtualmente impossível de apagar¹⁶, contribuindo para a qualificação de Castells de sociedade em rede ou para aquilo a que Domingos Farinho já qualificou como “verdadei-

12 Sobre esse conceito, leia-se CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de DF na era tecnológica”, RFDUP, Coimbra: Coimbra Editora, A. 7, 2010, pp. 19-34.

13 CARLA PRINO, *O enquadramento legal do facebook*, dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012.

14 Expressão celebrizada por MANUEL CARNEIRO DA FRADA em “Vinho novo em odres velhos?», A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, II, Abril de 1999), depois objecto de republicação em *Direito da Sociedade de Informação*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

15 Para dilucidação do conceito, na terminologia de conceitos gerados por utilizadores (CGU), veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, pp. 30 ss.

16 A ‘reserva do tecnologicamente possível’ impede a real concretização do *right to be forgotten* (*droit à l’oubli*) em actual equação acrescida desde a respectiva previsão no artigo 17.º do Regulamento Geral de Protecção de Dados - Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados -, a que em Portugal acresce a consideração da Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

ro ecossistema virtual”¹⁷. Ora, esse ecossistema é composto por uma miríade de diferenciados agentes – não raro com interesses últimos contraditórios e de difícil compatibilização, como operadores de telecomunicações, fornecedores de acesso à Internet, fornecedores de bens e serviços *online*, gestores dos *websites* e, claro, os utilizadores, ou cibernautas – e ancora-se no já referido carácter não espacial de aplicação da regulação e de escolha e, ainda, no *a priori* lícito anonimato digital¹⁸.

A edição electrónica – que corresponde no fundo ao Web-casting e à “colocação em linha”, e o acesso às mensagens ou a sua transmissão por solicitação individual ou a pedido do destinatário (“ponto a ponto”) – traz novidades no próprio conteúdo das mensagens comunicadas na Internet, já que as mesmas utilizam suporte digital e se expressam em código binário. Ou seja: a Internet não apenas é multimédia pelo facto de reunir vários meios de comunicação num só, mas as próprias mensagens que veicula podem ser, elas mesmas, multimédia.

Ora, se a violação dos direitos potencialmente ciberenvolvidos não é novidade exclusiva do mundo *online*, o certo é que novas formas de perpretação e de escusa – parcialmente legítima às responsabilidades – contribuem para o ferrão da “letra escarlate digital” de que fala Daniel Solove¹⁹.

Assim, se os meios de comunicação *online* são veículo da liberdade de expressão e informação, importará perceber se a forma de regulação dos comentários que surgem em ambiente digital – v.g. através da obrigatoriedade de registo de leitores para efeitos de comentários, prévia aferição, colocação de filtros, aposição de *disclaimer* de responsabilidade, *maxime* remoção – cumpre e não viola o princípio da proporcionalidade e, muito em especial, o princípio da proibição do excesso. Os modelos são diversos, mas a atenção ao tema é óbvia.

17 DOMINGOS SOARES FARINHO, *Intimidade da Vida Privada e Média no Ciberespaço*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 14. No mesmo sentido, Daniel J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, New Haven e Londres: Yale University Press, 2007, pp. 4 e 5.

18 Nesse sentido, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., pp. 79 ss e JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit., p. 18.

19 Veja-se DANIEL J. SOLOVE, *The Future of Reputation...*, op. cit., pp. 76 ss.

Em Portugal, a alteração da abrangência subjetiva do conceito de comunicação social²⁰ resultava já evidente de deliberação (1/DF-NET/2007) da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERCS) que veio prever que, a partir de então, todas as pessoas que sentissem violados os seus direitos de expressão em sítios da Internet que cumprissem uma função de veículo de comunicação pública pudessem ver as suas queixas atendidas pelo Conselho Regulador²¹, atendendo a que a esse órgão compete a salvaguarda do respeito pelos direitos, liberdades e garantias na promoção de um espaço público mediatizado que se quer livre e democrático. Na sua Deliberação 2/CONT-NET/2011, o Conselho Regulador tinha condenado o Jornal de Notícias “por ter[em] ultrapassado limites que devem ser respeitados pelos órgãos de comunicação social em todos os conteúdos que transmitem, sejam ou não da sua autoria imediata, (...)” e instado, a “de futuro, não validar[em] os comentários online que tenham as características *supra* referidas” e na Deliberação 210/2013 (CONTJOR-I), aquele Conselho determinou que o mesmo órgão de comunicação adotasse “um sistema que permita o eficaz controlo dos comentários publicados online, de modo a evitar a presença no seu sítio eletrónico de conteúdos ofensivos da dignidade da pessoa humana e que manifestamente ultrapassam os limites da liberdade de expressão”.

A discussão passou a ter parâmetros mais claros com a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 10 de outubro de 2013, no caso *Delfi AS vs Estonia* (Processo n.º 64569/09). A *Delfi SA* é um portal de notícias na Estónia que foi jurisdic-

20 Para análise da perspetiva da liberdade de comunicação social para não jornalistas, sugere-se a leitura de DOMINGOS SOARES FARINHO, “TODOS têm direito à liberdade de imprensa? A propósito do caso *Apple vs Doe* e da decisão do tribunal de apelo do estado da Califórnia”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, Outubro-Dezembro 2007, em especial p. 64.

21 Recorde-se que em Maio de 2008, pela primeira vez em Portugal, um blogue foi suspenso na sequência de uma decisão de um tribunal que determinava que a Google tinha de impedir de imediato o acesso ao blogue. O blogue Póvoa Online era acusado pelo presidente e vice-presidente da Câmara do Póvoa do Varzim, Macedo Vieira e Aires Pereira, de os difamar. O tribunal considerou que “a maior parte do conteúdo do blogue” consistia em “artigos de opinião” e que os autores criticavam Macedo Vieira e Aires Pereira, não apenas como presidente e vice-presidente da Câmara, mas também como “cidadãos, pais, familiares e amigos”. A sentença considerou também que diversos textos do Póvoa Online não eram feitos como “uma crítica construtiva, baseada em factos provados, concretos e objetivos, mas com o objetivo de difundir, junto do público, de forma gratuita, a ideia de que os requerentes são corruptos e corruptíveis”.

cionalmente censurado por se ter entendido que “podia ter feito mais” para evitar determinados tipos de comentários, assim legitimando as restrições à liberdade de expressão *online*.

Por outro lado, mais recentemente, leis em Estados europeus acentuam a relevância da matéria, como no caso da Itália ou da Bélgica e, *maxime*, com a entrada em vigor em 1 de janeiro de 2020, na Alemanha, da nova *NetzDG* (*Netzdurchsetzungsgesetz*, Lei de Fiscalização da Rede, em tradução livre), com regras claras e temporalmente exigentes quanto à remoção de comentários.

Sabemos que a definição dos níveis de visibilidade digital cabe – ao menos parcialmente – a cada prestador de serviço, bem como a definição das opções de perfil privado de perfil público e de semi-público, e de moderação ou não de comentários *online*. Mas a responsabilidade decorrente do exercício de tal opção pode ainda depois revelar-se agigantada com a possibilidade de partilha (*share/link*), impossibilitando uma real linha de fronteira com redes sociais como o Facebook ou o Twitter e trazendo novos desafios aos diplomas reguladores gerais da lei de imprensa.

Se a Internet se assume como um espaço por excelência para a perpetuação de violações de direitos de propriedade industrial e, em particular, atentados contra marcas registradas no mundo analógico²², até que ponto é legítimo fazer impender sobre o fornecedor do serviço de armazenagem de meios de comunicação social a obrigação imediata de retirar ou impossibilitar, por si mesmo, sem ordem de nenhum tribunal ou entidade administrativa competente, o acesso a esse determinado conteúdo? ²³ Aliás, um primeiro problema na matéria de que nos vimos ocupando pode ser desde logo o da qualificação, para efeitos de direitos de autor, de alguns tipos de propriedade digital. Os caracteres novos dessa forma de transmissão de mensagens implicam a necessidade de tratamento técnico-sistemático dos problemas

22 Sobre técnicas de *cyber squatting* e uma miríade de insuspeitas questões, veja-se SOFIA FILGUEIRAS, *Direitos de Autor Relativos a Criações Virtuais e Avatares*, RFDUP, Coimbra: Coimbra Editora, Ano VI – 2009, pp. 511 e 516, ss e SOFIA FILGUEIRAS, “Problemas Reais da Propriedade Intelectual nos mundos virtuais”, in *A informação jurídica na era digital*, org. Luísa Neto, Fernanda Ribeiro, Ricardo Perlingeiro, Porto: Afrontamento, CETAC Media, 2012, pp. 159 ss.

23 Sobre o assunto, veja-se ainda BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

que essa admirável “propriedade tecnodigital” coloca²⁴. Hoje em dia, não se deve visar a impedir a reprodução, mas sim conseguir assegurar que essa reprodução seja feita em condições²⁵.

Por outro lado, a proibição geral de dispositivos que impeçam o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma eletrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços. Por essa razão, a matéria da proteção da propriedade digital encontra-se também ligada de forma clara à matéria da privacidade e proteção de dados pessoais, regulada entre nós pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante RGPD).

Outra matéria com óbvia intersecção é a da nova regulamentação e obrigação de arquivo aberto, que pode de alguma forma conflitar com os prazos de domínio público. Nessa senda, é interessante compulsar a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto – com alterações –, que aprovou o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro.

Acresce que as regras do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – em especial as relativas às condições de reprodução e de participação financeira – não foram feitas para regular esse novo meio de comunicação, como acentuam o Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal e o Docu-

24 Os direitos de autor – enquanto feixes complexos de direitos de índole pessoal e patrimonial – são particularmente vulneráveis nos casos de ilicitude de conteúdos colocados e difundidos na Internet, sendo prática reiterada o *upload* e *download* de obras protegidas sem o consentimento do respetivo dono.

Veja-se a Declaração do Conselho da Europa sobre a atribuição e gestão do dividendo digital e o interesse público (20-02-2008) e ainda ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Problemas atuais da gestão do direito de autor: gestão individual e gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação”, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, 2003, pp. 17-37.

25 Leia-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Direito de autor no ciberespaço”, *Portugal-Brasil ano 2000*, Tema Direito, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 83 e ss, nesse caso p. 102. Para igual desenvolvimento do tema veja-se ainda do mesmo autor, “O direito de autor no ciberespaço”, [S.l.] : [s.n.], 1999, pp. 45-64, Sep. de RDR, n.º 14, Maio e, ainda, *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*, Coimbra: Almedina, 2001. Veja-se, ainda, por todos, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital”, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, BFDUC, *Studia Iuridica*, 55.

mento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrônico. É certo que o referido Código em vigor – mormente na versão republicada com a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, correspondendo à transposição da Diretiva 2001/29/CE – é aberto aos meios de comunicação vindouros, mas não oferece uma regulamentação específica com sistematicidade suficiente para as novas questões do multimédia.²⁶

Ora, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro²⁷, que aprovou o Regime Jurídico do Comércio Eletrónico (doravante RJCE), veio prever caber aos prestadores intermediários de serviços “a obrigação, para com as entidades competentes, de satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem”, acrescentando que o “prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento da atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”, pelo que, ao que parece, está a obrigar o prestador de serviços a retirar o acesso logo que exista uma denúncia. A solução encontrada pelo legislador pode parecer adequada em casos de, por exemplo, manifesta “incitação à violência”, mas na maior parte das vezes a ilicitude pode não ser tão evidente.

2. A DISCUSSÃO DOS POSSÍVEIS NÍVEIS DE CONTROLO: AUTORREGULAÇÃO, CORREGULAÇÃO, HETERORREGULAÇÃO

O Direito não é alheio à necessidade de regulação *hoc casu*. Há normas e há sanções. Já questão diferente é a da susceptibilidade ou da facilidade na sua aplicação.

Tal como salienta José de Oliveira Ascensão²⁸, está provavelmente hoje em causa a opção entre a regulamentação ou regu-

²⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, veja-se LUÍSA NETO, *Novos direitos...*, op.cit., Capítulo VIII, pp. 153 e ss.

²⁷ Esse diploma veio transpor a Diretiva n.º 2000/31/CE. Foi entretanto já alterado de forma significativa pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 40/2020, de 18 de Agosto.

²⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, in AA.VV., *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 62.

lação, ou a visão da regulamentação como entrave à regulação. Mas esse debate tem variadas perspectivas paralelas e reciprocamente subsidiárias: económica, jurídica, tecnológica.

Seja como for, a questão deve ser vista à luz da evidência de que a eventual restrição – e/ou mero condicionamento – de direitos, liberdades e garantias, como os que ao caso subjazem, não pode deixar de acolher os critérios de legitimidade constitucionalmente previstos na lei fundamental portuguesa – que acompanha nessa matéria aliás os principais documentos internacionais atinentes à matéria. De facto, o direito à informação vem claramente previsto em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁹. Veja-se por exemplo o artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou, na mesma linha, o artigo 10.º da Convenção Europeia, relativos à liberdade de expressão³⁰. É aí patente que esse direito é indissociável da liberdade de opinião que é o seu fundamento e exige concatenação, num sentido ainda mais específico, com a garantia de acesso a uma informação objectiva e pluralista.

No entanto, abstendo-se de ingerências preventivas ilícitas e de excessivas cláusulas de limitação, o Estado pode adotar uma de várias atitudes não exclusivas ou excludentes entre si face ao direito à informação, dos informados e dos que informam: a de abstenção e/ou neutralidade, o traçar de linhas de política, a participação na gestão, a total gestão³¹. Trata-se de gerir as opções políticas de base que sustentam um direito

29 Entre nós merece desenvolvimento primordial na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) de 1976, diretamente nos seus artigos 37.º a 41.º, depois de decorrer já dos princípios gerais enforçadores do sistema.

30 O artigo 9.º desse mesmo último texto internacional refere-se à liberdade de pensamento, consciência e religião, enquanto a protecção da actividade social e política vem prevista no artigo 11.º, em articulação com as liberdades de reunião, associação, criação e filiação, sindicatos, livres eleições e a previsão do artigo 3.º.

31 Para análise concreta em especial das relações entre imprensa, democracia e totalitarismo, a relação desta com outras ideologias ao longo da História e as suas múltiplas manifestações na democracia dos nossos dias em especial nos meios de comunicação social, veja-se PAULO OTERO, *A Democracia totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Lisboa: Princípiá, 2001. Veja-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional aplicado, Viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*, Lisboa: Quid Juris, 2007, em especial a Parte V (Informação, Direitos e Estado – pp. 315 e ss).

à verdade e à transparência, discutindo a preferência por um modelo de autorregulação (por muitos referenciada como *netiquette*), correção – *v.g.* com aprovação de códigos de conduta *inter pares* – ou heterorregulação ou, ainda, a da assunção de um modelo cumulativo.

Muitos são os que alertam para o facto de a economia depender fortemente da informação – e sobretudo da informação personalizada que permita ao mercado actuar de forma cada vez mais precisa. É aliás provavelmente nessa sede que surge como mais evidente a intersecção com a evidência de que já se falou: a informação como mercadoria, nesse caso paredes meia com a ideia da regulação dos serviços da sociedade da informação como incluindo o comércio electrónico³².

“É evidente que a crença na virtude da informação livre é mais profunda do lado liberal, porque se ajusta à institucionalidade da democracia representativa. Assim, os *media* devem ser um dos mecanismos de escrutínio dos representantes políticos, colocando no domínio público tudo o que cabe na relação entre a sociedade o Estado. Ou seja, contrabalançando o potencial opressor dos Estados através da desocultação e da publicitação em nome do interesse público, de modo a capacitar o cidadão para avaliar e decidir (...).”³³ No entanto, “o ideal democrático requer não apenas um público informado, mas também que o debate dos assuntos de importância pública seja aberto a uma pluralidade de vozes e perspectivas (...). Desse ponto de vista, a deliberação política deve incluir formas de debate e reflexão alargadas e transparentes no espaço público mediático”³⁴. É que, hodiernamente, mais do que instância de mediação, os *media* vão muito para além do papel de produção de informações, para se tornarem actores cuja presença e características têm implicações na própria configuração dos vértices da política e da cidadania.

32 Nesse sentido específico, vejam-se B.D. LOADER, “The governance of cyberspace. Politics, technology and global restructuring”, in B. D. Loader (ed.), *The Governance of Cyberspace*, 1997, Londres: Routledge, pp. 1-19, J. Slevin, *The Internet and Society*, 2000, Oxford: Polity Press, pp. 1-10 e pp. 214-235.

33 JOSÉ RICARDO CARVALHEIRO, “O triângulo bloqueado: media, política e cidadãos na democracia local”, UBI/LabCom, disponível *online* em <http://bocc.ubi.pt>, Biblioteca online de Ciências da Comunicação, p. 5.

34 *Idem*, *op. cit.*, p. 6.

Aliás, não pode deixar de se assinalar que a Internet opera, ainda, a transformação do direito de autor em acto económico de consumo, sendo curioso que as matérias do “direito de autor tecnológico” estejam hoje a ser tratadas no domínio do regime do comércio electrónico³⁵ ou da concorrência desleal. De facto, a proibição geral de dispositivos que impeçam o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma electrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços. Assim, a *World Wide Web* veio introduzir no tratamento dos direitos de autor questões novas, como as da digitalização, da convergência e da interactividade³⁶.

3. A AUTORIA DA LESÃO: O PROBLEMA DO ANONIMATO NA INTERNET

O anonimato – *id est*, a mera identificabilidade do IP (Internet Protocol)³⁷ que sinaliza apenas o computador que emite os dados para serem transportados na rede sem identificabilidade da pessoa física do utilizador que acede à Internet – foi magistralmente espelhado no cartoon de Peter Steiner publicado 5 de Julho de 1993 no jornal *New Yorker*: “*On the internet, nobody knows you’re a dog*”.

Esse anonimato pode ser visto como corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada, mas há-de ceder, como em qualquer situação de conflito ou colisão, perante outros direitos ou outros bens constitucionalmente protegidos – *maxime*, em caso de ilicitude³⁸.

35 Essa é matéria que está naturalmente apartada do escopo do nosso tema, nos termos em que foi o mesmo delimitado previamente. Ainda assim, para além do Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, veja-se ainda ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Serviços da sociedade da informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico na Internet*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001.

36 Veja-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, *op. e loc. cit.*

37 Excluir-se-á aqui a referência a técnicas de *spoofing* que implicam a apropriação de elementos informáticos alheios como forma de evitar a localização real na rede.

38 É aliás esse o sentido da *disclosure* exigida pelo Regime Jurídico do Comércio Electrónico, quando prevê a obrigação de os prestadores intermediários de serviços identificarem os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem face a pedido da entidade competente. JOÃO FACHANA, *A res-*

4. A SUSCEPTIBILIDADE DE LESÃO: OS BENS PROTEGIDOS

Apesar da confusão e intersecção com os conceitos de direito à honra, à imagem, à reputação e ao bom nome, a protecção poliforme da vida privada tende a proteger a paz e a tranquilidade da vida pessoal e familiar e, por consequência, a liberdade, e não deve ser confundida com a protecção de interesses inspirados em fim diferente.

4.1. Em geral, a protecção poliforme da vida privada

A protecção da vida privada visa a garantir instrumentalmente a liberdade de cada um se determinar a si próprio num “espaço vital” ao abrigo da indiscrição alheia.

Mas a ideia de sociedade transparente leva a perguntar qual pode ser actualmente o conteúdo último do *right to be let alone* destacado por Samuel Warren e Louis Brandeis.³⁹ De facto, se em 1890 *Brandeis* definia esse direito como *the most valued by civilized*, algumas décadas depois, mesmo se a formulação parece ainda exprimir uma evidente sensatez, é cada vez mais difícil de perceber como poderá esse “direito” ser assegurado na sua totalidade⁴⁰. Não parece que possa, ao menos aprioristicamente, fazer-se uma enumeração completa e indiscutível desse conteúdo, nem o legislador teve essa pretensão, utilizando uma cláusula geral e afastando qualquer tipo de taxatividade⁴¹.

A noção integra o direito de se opor às ingerências de outrem, mas não ficam por aqui as possibilidades de enriquecimento do conceito, a pressupor elaboração doutrinal e jurispruden-

ponsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos..., op.cit., p.80, admite no entanto que “[O] Decreto-lei não estipula em que situações o pedido ou a satisfação do mesmo deve ser cumprido, mas, em nosso entender, de acordo com o supra exposto, apenas será legítimo à entidade competente solicitar tais informações quando tiver fundadas suspeitas de que o utilizador em causa praticou um acto ilícito, sob pena de violação do direito ao anonimato.”

39 Para desenvolvimento, veja-se SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, V. IV, n.º 5, 1890, pp. 193 ss.

40 LUISA NETO, *Novos Direitos – ou novos objectos para o Direito?*, Porto: Editora Universidade do Porto, 2010, Capítulo IV, pp. 65 ss.

41 Nesse sentido, veja-se a doutrina expendida nos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.ºs 120/80, 17/83 e 92/91. No que tange ao recorte constitucional do direito à privacidade, veja-se por todos Paulo Mota Pinto, “A protecção da vida privada no Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, Abril-Junho 2006.

cial permanentes, nomeadamente num tempo em que as ameaças aos direitos fundamentais que decorrem da eficácia horizontal – da comunidade – se apresentam provavelmente com tanta força como as que tradicionalmente correspondiam às ameaças estaduais – eficácia vertical.

Acresce que o direito à reserva é simultaneamente previsto como direito fundamental e como direito de personalidade: os primeiros relevam do direito constitucional e pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relevam do direito civil e regulam tendencialmente relações de igualdade, os primeiros colocam a pessoa perante o poder público, os segundos apontam-lhe uma esfera autónoma de realização, mesmo face a outros cidadãos.

A protecção da vida privada – mormente em contexto *online*⁴² – projecta-se ainda na previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade também previsto entre nós constitucionalmente.

E uma das matérias hoje mais sensíveis quanto à delimitação ordinária da protecção da vida privada radica na “autodeterminação informacional” a que se refere o artigo 35.º da CRP.

A consideração das lesões deve ser avaliada *in concreto*, mas não prescinde de um juízo de adequação social que conforma a exigência de licitude. Ou seja, se todos realçamos a importância da protecção da vida privada na complexidade das relações jurídico-sociais, se têm aqui operância as teses quanto à vinculação do legislador ordinário pelos direitos fundamentais, há também que não ter medo de afirmar que se deve atender à chamada teoria das bagatelas como princípio de interpretação e conformação social: de facto, tal como o direito penal exclui a protecção típica quando entende não existir adequação social, é importante que percebamos que o âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada exige hoje, no mundo actual, uma configuração obviamente distinta daquela a que se referia Brandeis no final do século XIX. Mormente no cenário *online*.

42 Poderemos ver como claras violações da reserva da intimidade de vida privada a obtenção de dados pessoais sem autorização do respectivo titular, nomeadamente através da aposição de *cookies* – históricos de navegação.

4.2. Direito à honra e ao bom nome

A honra, o crédito e o bom nome⁴³ de uma determinada pessoa são direitos de personalidade frequentemente lesados na Internet. De facto, importa aliás aqui lembrar o aumento possivelmente exponencial de ofendidos para além daqueles inicialmente configurados pelo autor dos factos danosos, devido ao efeito de multiplicação da mensagem da rede.

No entanto, o legislador apenas considera ilícitos os comportamentos violadores do bom nome e do crédito quando estes consubstanciem afirmações ou declarações de facto, daí que se encontrem excluídos os juízos de valor ou meras opiniões, uma vez que estas estão integralmente legitimadas pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Essa linha tem sido seguida pela jurisprudência – *v.g.* dos tribunais da Relação e até do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – que tem vindo a aderir à admissão (que se reputa excessiva) do ataque desproporcionado, salvaguardando a sátira e assumindo a distinção entre notícia e crónica para afastar de alguns cenários de discurso político os pressupostos de aplicação dos artigos 70.º e 483.º do Código Civil, não raro com recurso à doutrina da causalidade adequada.

Devem aqui ser operativamente trazidos à colação, decisões do TEDH em que esse alto tribunal tem feito pender a balança no sentido do predomínio da liberdade de expressão em detrimento do direito à honra⁴⁴, em especial:

- Acórdão Oberschlick contra Áustria, de 1 de julho de 1997;
- Acórdão Bladet Tromso e Stensaas contra a Noruega, de 20 de maio de 1999;
- Acórdão Colombani e outros contra a França, de 25 de junho de 2002;
- Acórdão Ernst e outros contra a Bélgica, de 15 de julho de 2003;

⁴³ Sobre esse ponto, veja-se, por todos, FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra: Almedina, 2011.

⁴⁴ Comentado por EUCLIDES DÁMASO SIMÕES, no *Jornal Público*, em 27 de Agosto de 2007. No mesmo sentido, CLARA VIANA, *O espaço da vida privada encolheu para os políticos*, *Público*, P2, Domingo, 13 de Abril de 2008.

- Acórdão Amihalachioaie contra a Moldova, de 20 de abril de 2004;

- Acórdão Karhuvaara e Iltalehti contra a Finlândia, de 16 de novembro de 2004;

- Acórdão Brunet-Lecomte e SARL Lyon Magazine contra a França, de 20 de Novembro de 2008⁴⁵.

Entre nós, será também de trazer à colação o caso Manuel Maria Carrilho contra António Barreto, decidido pelo Tribunal da Relação do Porto em 2002⁴⁶, e o caso Pedro Burmester contra Augusto M. Seabra, decidido pelo mesmo tribunal em Outubro de 2007⁴⁷, e em que o tribunal expressamente declarou: “não nos parece ocorrer ataque pessoal gratuito: o artigo de opinião em causa é apenas mais um, em que o crítico desanca de modo desabrido a política cultural do autarca”.

Em 2007, o Tribunal da Relação do Porto delimitava, em acórdão⁴⁸: “A expressão usada, mesmo concedendo que o as-

45 FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão, os casos portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, elenca os casos a partir da pp. 21 :

Lopes Gomes da Silva contra Portugal, 2000

Urbino Rodrigues contra Portugal, 2005

Roseiro Bento contra Portugal, 2005

Almeida Azevedo contra Portugal, 2007

Colação Mestre contra Portugal, 2007

Leonel Alexevedo contra Portugal, 2008

Campos Dâmaso contra Portugal, 2008

Women on waves e outros contra Portugal, 2009. Esse último caso foi também abordado em “A liberdade de expressão não diz apenas respeito às ideias”, Francisco Teixeira da Mota, Público, 14 de Fevereiro de 2009. Por outro lado, e por ser exemplificativa nessa matéria, faz-se igualmente apelo à jurisprudência mais significativa do Supremo Tribunal Federal dos EUA: *Brown v. Oklahoma*, *Cantwell v. Connecticut*, *Chaplinsky v. New Hampshire* (landmark case), *Cohen v. California* (landmark case), *Doe v. Michigan*, *Feiner v. New York*, *Gooding v. Wilson*, *Lewis v. City of New Orleans*, *R. A. V. v. St. Paul*, *Rosenfeld v. New Jersey*, *Terminiello v. Chicago*, *Wisconsin v. Mitchell*, *Associated Press v. Walker*, *Barber v. Time*, *Beauharnais v. Illinois*, *Braun v. Flynt*, *Cantrell v. Forest City Publishing*, *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets*, *Cohen v. Cowles Media*, *Cox Broadcasting v. Cohn*, *Curtis Publishing v. Butts*, *Dietemann v. Time*, *Galella v. Onassis*, *Gertz v. Welch* (landmark case), *Hustler Magazine v. Falwell*, *Lambert v. Dow Chemical*, *Masson v. New Yorker*, *Milkovich v. Lorain Journal*, *Monitor Patriot v. Roy*, *New York Times v. Sullivan* (landmark case), *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, *Rosenblatt v. Baer*, *Spahn v. Julian Messner*, *Time v. Hill*, *Wilson v. Layne*, *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*.

46 Estava em causa um artigo de António Barreto sobre Manuel Maria Carrilho intitulado ‘Um homem sem qualidades’, publicado no Público a 14.11.1999. O tribunal de instrução criminal decidiu a favor de Barreto em inícios de 2002, e em Novembro de 2002 também o Tribunal da Relação mandou arquivar processo de Carrilho contra Barreto.

47 FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA comenta o caso na sua crónica do Jornal Público de 17.1.2009. Como enquadramento, vejamos ainda BERNARD BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Paris: LGDJ, 1995, e AUGUSTO SILVA DIAS, *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e injúrias*, Lisboa: AAFDL, 1989.

48 O Acórdão, tirado no Processo 745811, apresenta o seguinte sumário: “A expressão ‘és um palhaço’, ainda que proferida para manifestar desconsideração, não é ofensiva da honra ou consideração do lesado”.

sistente se considerou ofendido, não atinge, sequer, o limiar da relevância penal.” E recordava um acórdão de 2002⁴⁹, em que se determinava que “o direito não pode intervir sempre que a linguagem utilizada incomoda ou fere susceptibilidades do visado. Só o pode fazer quando é atingido o núcleo essencial de qualidades morais que devem existir para que a pessoa tenha apreço por si própria e não se sinta desprezada pelos outros. Se assim não fosse a vida em sociedade seria impossível. E o direito seria fonte de conflitos, em vez de garantir a paz social, que é a sua função”.

4.3. Direito à imagem

Se adoptarmos um conceito lato de comentário, importará ainda fazer referência ao direito à imagem, previsto no artigo 79.º do Código Civil, que proíbe no respectivo nº 1 que o retrato de uma pessoa possa ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela, sem que sejam aplicáveis as causas de exclusão de ilicitude do nº 2. A possibilidade de violação dessa proibição surge naturalmente agigantada na Internet, através da circulação de ficheiros contendo fotos ou imagens ou através da gravação de vídeos e da sua posterior publicação em sites de partilha de vídeos (como o YouTube) ou em redes sociais (como o Facebook)⁵⁰.

5. EM ESPECIAL, A DISCUSSÃO DA RESTRIÇÃO DAS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO

Definido minimamente o conteúdo dos direitos envolvidos, passemos agora à análise das respetivas e inerentes possibilidades de restrição. É que, ao invés do que muitas vezes se entende agitar como bandeira, não obstante a sua aplicação directa e a sua vinculação de entidades públicas e privadas, os direitos, liberdades e garantias são passíveis de restrição, nos termos constitucionalmente adequados, quais sejam os de se

⁴⁹ Acórdão tirado em 12.6.2002, no Recurso 332/2002.

⁵⁰ Outro tipo de violação ocorre não pela simples divulgação de uma determinada foto ou imagem, mas da deturpação da mesma (v.g. através de fotomontagens, como no caso do site “Fototanga” ou no caso decidido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 2002, Processo 02B2966, Relator: Ferreira Girão).

visar à concordância prática para a resolução de uma colisão entre esse direito e um bem jurídico da comunidade ou do Estado – *v.g.* para o que aqui nos interessa, a amplificação das liberdades de expressão e informação – ou de um conflito entre dois direitos fundamentais distintos, e desde que se manifestem cumpridos os pressupostos da intervenção legislativa proporcional e não retroactiva, e que se não atinja o núcleo mínimo essencial da previsão jusconstitucional.

Recorde-se também que há muito já se abandonou um critério hierárquico de solução de conflitos e colisões. O referido critério da concordância prática incide sobre o tipo e intensidade da lesão em causa, que pode muitas vezes ser mínima, ancorado fortemente no princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proibição do excesso.

Acresce ainda que a possibilidade de restrição nos termos do artigo 18.º da CRP não é a única forma de conceber a definição de tal núcleo. De facto, da mera sistematização constitucional se retira a possibilidade da consideração de limites iminentes, restrições implícitas, ou das chamadas teorias de *Tatbestand* alargado ou da conversão – todas estas expressões que de originalidade têm apenas a forma, porquanto sempre se referem à inevitabilidade de compatibilização hermenêutica interna do texto constitucional.

A opção pela moderação ou não moderação de comentários⁵¹ pode por exemplo convocar discussão sobre a obrigatoriedade de possibilitar depois o exercício de direito de rectificação e/ou resposta – fazendo aqui, *stricto sensu*, a distinção entre a reposição do direito à verdade e a consideração do direito à honra – e o papel a assumir por um meio de comunicação *online* na arbitragem entre leitores.

E é nesse contexto que emerge a discussão sobre a regulação de um eventual direito ao esquecimento, criticado pelos que erigem a liberdade de expressão em conduta irrestringível – e “incensurável” – e condenam a possibilidade de remoção de conteúdos partilhados na WWW.

51 Seja ela de tipo automática ou mediada por operador humano.

Peter Fleischer elencou três situações susceptíveis de conter com a liberdade de expressão⁵², analisadas por Jeffrey Rosen⁵³. Assim, num primeiro momento, estaria em causa o direito de ver eliminado da Internet algo que o próprio tenha publicado: trata-se de remoção de conteúdo com cópia e republicação não autorizadas, assim salvaguardando a atividade jornalística, artística ou literária como excepção para a remoção de informação^{54/55}.

Questão diferente é a da situação em que o titular original daquele conteúdo contacta a plataforma em questão para que remova a informação de quaisquer terceiros que dela se tenham apoderado. Esta deverá tomar “todas as medidas razoáveis, incluindo medidas de carácter técnico”⁵⁶ para se assegurar que, também estes, procederam à sua remoção, uma vez que, se assim não proceder, incorrerá em pesadas sanções pecuniárias.

Gradativamente, a previsão mais radical é a da pretensão do indivíduo de ver apagada uma informação, verdadeira ou não, publicada sobre si, situação que levanta as maiores preocupações quanto ao confronto presentemente em estudo, em especial quando convoca a invocação de um direito ao esquecimento. A consideração da eventual inversão do ónus da prova leva a que alguns digam que o direito ao esquecimento regulado pela União Europeia implica afinal “não um direito a apagar a informação *detida* por si, mas um direito a apagar a informação *sobre* si”⁵⁷.

No entanto, essa perspectiva parece redutora e olvida a possibilidade de cumulação entre mecanismos diversos de regulação – ainda que procedimentalmente de mais difícil imple-

52 PETER FLEISCHER, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, 09.03.2011, disponível em: <http://peterfleischer.blogspot.pt/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>

53 JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit, pp. 55 e ss.

54 Na verdade, já antes do referido RCPD, a Diretiva n.º 95/46/CE consagrava excepção para o tratamento de dados pessoais com fins exclusivamente jornalísticos, ou de expressão literária ou artística.

55 Para maior desenvolvimento, JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op. cit, p. 56.

56 Vide ainda a letra do artigo 17.º do RCPD.

57 Veja-se JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit, p. 57. Ainda assim, já ficou claro que o ‘direito ao esquecimento’ não foi concebido tendo como destinatário a atividade jornalística, referindo-se, em exclusivo, à recolha e utilização não autorizada de informação por parte das empresas.

mentação e/ou fiscalização. Trata-se no fundo de aplicar *online* as restrições que operam *offline*: a ponderação casuística da eventual ilicitude poderá ali ser mais difícil, mas não são diferentes os pressupostos de cogitação.

6. AS FORMAS DE TUTELA COMO IRRADIAÇÃO DAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS: O NEXO DE CAUSALIDADE E A POTENCIAÇÃO DO DANO; CONCLUSÃO

São irradiação das previsões constitucionais a tutela civil (incluindo a laboral, no que respeita à eventual relevância de comportamentos extralaborais como as de utilização de redes sociais para comentários depreciativos sobre a entidade patronal) e a *ultima ratio* da tutela penal – ainda que não isenta de dúvidas quanto à responsabilidade colectiva –, com agravação de molduras penais para o caso de ilícito cometido através da comunicação social e com consideração de regras específicas na Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

A esses dois códigos básicos de regulação e sanção há-de acrescer o mecanismo da resolução provisória de litígios, consagrado no Regime Jurídico do Comércio Eletrónico, que, no entanto, reclama uma especialização de aplicadores e julgadores. No entanto, uma vez mais, e como dissemos, é apenas na área da propriedade intelectual que se tem dado alguns passos, o que de novo faz relevar a evidente importância dessa área do direito da sociedade da informação⁵⁸.

De uma forma ou de outra, são sempre, no entanto identificáveis dois núcleos básicos de problemas a dirimir:

I) o da identificação do nexo de causalidade e da potenciação do dano, atendendo ao meio utilizado:

II) a eventual relevância da conduta (voluntária) do lesado.

⁵⁸ Aliás, mesmo nos Estados Unidos têm sido o PROTECT IP Act (PIPA) e o Stop Online Piracy Act (SOPA) a centrar o debate sobre a questão. Por outro lado, em Portugal a tutela garantida ao artigo 35.º da Constituição pela Comissão Nacional de Protecção de Dados e ao artigo 268.º da mesma lei fundamental pela Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – *v.g.* no quadro da Lei n.º 42/2007 - há-de também contribuir sistematicamente para a protecção do bem ‘informação’.

É que se o dano de violação do direito à reserva de vida privada ou do direito à honra pode ser imputado ao acto ilícito, a verdade é que muitas vezes os efeitos poderão ser *praeter* intencionais, consoante existam formas de associação e partilha não pensadas a priori pelo agente. Repare-se que estamos aqui a falar de mais do que a mera agravação da moldura em virtude de ser crime cometido através da comunicação social.

Uma vez mais, é um juízo concreto de aferição da causalidade (socialmente) adequada que deve suportar a possibilidade de consideração de responsabilidade e da respectiva medida de ressarcimento. Ou seja, e como refere João Fachana⁵⁹, “a verdade é que um conteúdo ilícito colocado em rede constitui condição *sine qua non* dos danos que provoca, independentemente da difusão que sofra. Caso o agente não tivesse colocado o conteúdo ilícito na rede, as difusões do mesmo não existiriam e, por conseguinte, nenhum dano seria causado”⁶⁰, mas por outro lado, “a previsibilidade da difusão do conteúdo ilícito é legitimamente expectável por parte da generalidade dos utilizadores”⁶¹, ainda que se conseguisse afastar – o que não é fácil – o “contributo, mesmo que inconsciente, dos prestadores de serviços intermediários que fornecem as ferramentas aos utilizadores para estes colocarem e difundirem conteúdos”⁶².

CONCLUSÃO

A impraticabilidade da efectivação da responsabilidade parece não resultar de deficiente ou lacunar regulação normativa, mas das acrescidas dificuldades – face ao mundo *offline* – de fazer prova *online* e, ainda, de distribuir o respectivo ónus.

A opção inelutável pela manutenção do anonimato como pressuposto da circulação de informação necessária à concretização de uma sociedade efectivamente democrática comporta –

59 JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 70.

60 *Idem*, op.cit., p. 74.

61 Quanto a condições de exclusão de responsabilidade por essa potenciação do dano, veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 74.

62 MIGUEL PEGUERA POCH *apud* JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 75.

ao menos parcialmente – a impossibilidade de responsabilização última por conteúdos – v.g. comentários – anônimos lesivos de direitos (fundamentais e de personalidade).

Mas uma política de neutralidade⁶³ como a advogada nos Estados Unidos da América⁶⁴ parece não ser também suficiente para acautelar os interesses em presença e justificar a intervenção governamental – ou supra governamental – sobre fornecedores de serviços ou providenciadores de meios de exercício de conduta ilícita e mesmo a eventual monitorização *a priori* de conteúdos (v.g. com recurso a filtros, como no caso do regime belga).

Não tendo uma perspectiva ideologicamente neutra, o panorama vigente remete-nos meramente para a consideração da ausência de um dever geral de vigilância, não obstante a expressa previsão da responsabilidade – por acção ou omissão – em caso de simples transporte ou fornecimento de acesso, da responsabilidade em caso de armazenagem temporária ou principal, da responsabilidade por associação de conteúdos.

“Os novos meios tecnológicos conseguiram, simultânea e paradoxalmente, alargar a liberdade de informação e desresponsabilizar os intervenientes”⁶⁵. De facto, a ideia de sociedade transparente a que já aludimos mostra bem que a questão hoje em dia se deslocou da discussão sobre “o que cabe no âmbito de protecção” para a necessidade de tutela face a novos meios. “Muitos dos que hoje falam e escrevem sobre os *media* não perceberam ainda que no universo da informação se deu recentemente uma mudança fundamental. Essa mudança teve que ver com o aparecimento da Internet – que introduziu nessa área regras novas e novos modos de funcionamento. Antes de a Internet aparecer, existia sempre um filtro entre quem produzia a informação

63 Em 2010, um relatório emitido pela Federal Communications Commission – *Preserving the free and open Internet* - veio resumir a política da Internet a três regras básicas: *transparency, no blocking and no unreasonable discrimination*. FCC 10-201, disponível em: <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf>.

64 Com contornos, no entanto, de bastas contraditoriedades, como as resultantes dos casos *wikileaks* e *Snowden*.

65 Vejam-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, “*Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático, Direito à Informação ou deveres de protecção informativa do Estado*”, op.cit., p. 341, e Dominique Wolton, *Internet et après ?*, Paris: Flammarion, Coll. “Champs”, 2000 (DOMINIQUE WOLTON, *E depois da Internet? Para uma teoria crítica dos novos media*, Lisboa: Difel, 2000).

e quem a consumia. Nos jornais, nas rádios e nas estações de televisão existia, entre o jornalista que redigia a notícia e o público, uma cadeira hierárquica que avaliava a qualidade do texto, a sua veracidade, o seu respeito por princípios éticos e deontológicos, etc. Na Internet, isso não existe. (...) Claro que isto não teria grande importância se se circunscrevesse ao universo da Internet, com todas as reservas que existem sobre o que lá circula. Só que a Internet começou a contagiar os outros *media*", lia-se já num Editorial do Expresso de 17.1.2004.

Mas a responsabilidade pela definição do modo de acesso e a modulação dos cambiantes de visibilidade cabe a cada agente, em especial e *hoc casu*, a cada órgão de comunicação. No entanto, não pode deixar-se de dizer que essas opções têm decerto custos – até financeiros e de alocação de recursos humanos.

Afirmada uma linha de continuidade entre o *online* e o *offline*, não conseguiremos, no entanto, e provavelmente, a solução apenas com um mero *update* das regras existentes, ainda que a transparência dos procedimentos de restrição de direitos deva ser sempre centrada num modelo de legitimação procedimental ancorado num teste triplo da proporcionalidade – necessidade, adequação e proibição do excesso –, que parece simplista, mas que é, ao invés, exigente e clarificador.