

«VINHO NOVO EM ODRES VELHOS»?

A responsabilidade civil das "operadoras de *Internet*" e a doutrina comum da imputação de danos

Por Manuel A. Carneiro da Frada

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa e na Universidade Católica Portuguesa*¹

Observação: o presente artigo encontra-se publicado, ressalvadas ínfimas modificações, na Revista da Ordem dos Advogados, ano 59 II (Lisboa, Abril de 1999), págs. 665 ss, assim como em “Direito da Sociedade da Informação” (ed. pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual), II, Coimbra, 2001, págs. 7 ss.

Sumário:

I) Introdução; a conveniência de uma perspetivação da responsabilidade civil das operadoras a partir da teoria comum da imputação de danos (n.º. 1)

II) Precisão do âmbito temático; a diferenciação entre responsabilidade contratual e aquiliana como instrumento dogmático-operativo da imputação do dano às operadoras; alusão às responsabilidades «intermédias» (n.º. 2)

III) A responsabilidade contratual das operadoras no cenário das coligações de contratos; responsabilidade por facto de outrem, doutrina dos deveres de protecção e contrato com eficácia de protecção para terceiros (n.º. 3)

IV) Breve sinopse dos deveres contratuais assumidos pelas operadoras na sua relação com os vários tipos contratuais; considerações finais (n.º. 4)

V) Os ilícitos cometidos através da *Internet* no quadro geral da responsabilidade aquiliana; violação de direitos de outrem, deveres no tráfico e infracção de disposições de protecção (n.º. 5)

¹ O texto que se segue serviu de base à conferência que, integrada no ciclo sobre Direito da Sociedade da Informação promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, proferimos em 3 de Maio de 1999. Foram-lhe acrescentadas algumas notas, destinadas sobretudo a referenciar minimamente as asserções da teoria comum da responsabilidade civil de que partimos, mas que não puderam ser consideradas com maior detalhe.

Encontra-se hoje publicado em "Direito da Sociedade da Informação", vol. II (org. por Oliveira Ascensão), Coimbra 2001, 7 ss.

VI) Amplitude e questão da especificidade da responsabilidade delitual das operadoras; alusão à necessidade de reformulação dos bens jurídicos objecto de protecção aquiliana (nº. 6)

VII) Algumas constelações típicas de responsabilidade à luz da dogmática comum do direito delitual (nº. 7)

VIII) Conclusão (nº. 8)

Exmo. Senhor Presidente e Exmos. Membros da Associação Portuguesa de Direito Intelectual

Caros Colegas

Minhas Senhoras e meus Senhores

Não falta oportunidade - descontada agora a amabilidade do convite que me foi endereçado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual - a este Curso de Pós-Graduação dedicado ao Direito da Sociedade da Informação, em que me pedem dirija umas palavras sobre "Responsabilidade Civil das Operadoras". A verdade é que os modernos meios informáticos conquistaram já de tal modo o nosso espaço de vida e moldam hoje por forma tão intensa a experiência humana nos mais diversos sectores que a reflexão jurídica não podia deixar de estar atenta a esta formidável força de tracção do nosso desenvolvimento. Sabe bem o jurista que no seu mundo - o mundo das ciências humanas e do espírito - o progresso não é o tecnológico, e que qualquer confusão neste ponto correria o risco de iludir perigosamente as questões essenciais que são, por direito próprio, as suas. Mas, se a informática veio abrir-lhe, por vezes, de modo revolucionário, o acesso a novas e muito mais proveitosas condições de trabalho, ela aí está também a desafiá-lo como objecto mesmo, e irrecusável, do pensamento jurídico a que quis emprestar a voz.

1. Claro que o Direito nunca esteve completamente desarmado, ao ponto de ser surpreendido em inapelável contra-pé pela vertiginosa sucessão dos avanços tecnológicos: mesmo aí onde as normas do direito positivo tardem em

preencher o espaço aberto por essas conquistas, os princípios jurídicos que entretecem a ordem jurídica asseguram, no próprio plano operacional da busca das soluções, que esse não é - longe disso - um espaço "livre de Direito". Não há por conseguinte razão para diante dele nos desesperarmos numa "angústia do vazio" porventura pressentida. Mas existe sempre um compasso de espera desde quando nos percatamos das novidades que à nossa volta vão surgindo até uma adequada e mais acabada racionalização pela Ciência Jurídica das exigências de Justiça que elas transportam consigo.

O vasto campo da responsabilidade das operadoras insere-se nestes marcos e participa desta condição. A permanente difusão de possibilidades e serviços cada vez mais complexos e sofisticados que, alimentando-se e movendo-se na rede informática, as operadoras prestam aos seus múltiplos utilizadores contribui para que se nos depare aqui uma área onde se pode experimentar facilmente a sensação de uma persistente voracidade do tempo a desafiar o Direito. Só lançando âncora na teoria comum da responsabilidade civil se logra contrabalançá-la.

Pertenço àqueles que crêem que apenas amparados na provada estabilidade daquele corpo de doutrina lograremos escapar à vertigem da contínua evolução, perspectivar devidamente os seus sinais, averiguar-lhe o peso e medir-lhe correctamente o alcance. A recente proposta de directiva comunitária sobre o comércio electrónico, apresentada pela Comissão Europeia em 18 de Novembro do ano transacto, constituirá certamente um prelúdio importante do que pode vir a ser uma regulamentação futura de alguns aspectos da responsabilidade na sociedade de informação. Não dispensa contudo - obviamente - aquela doutrina. Em caso de aprovação, a teoria comum da imputação de danos manter-se-á imprescindível para a sua correcta interpretação e complementação, e insubstituível logo que se ultrapassem os respectivos limites, pois é também patente o carácter selectivo com que esta proposta aborda a matéria da responsabilidade.

Bem sei que, mesmo no mundo dos juristas, o tempo não corre hoje de feição à integração e à racionalização sistemáticas. E que se prefere demasiadas vezes, a uma boa e sólida fundamentação, soluções cómodas e facilmente operacionalizáveis, mesmo que não suficientemente caldeadas pela razão; ponto é que dotadas de uma plausibilidade mínima que lhes permita, em caso de necessidade, serem decidida e convictamente defendidas. Mas nem por isso. Importar-nos-á assim fazer um pouco de luz sobre a responsabilidade das operadoras a partir do acervo de ensinamentos que constituem o espólio tradicional à disposição do civilista.

Talvez os utensílios que aí encontramos se revelem inapropriados para compreender todas as manifestações daquela responsabilidade. Todavia, somente pelo teste desses instrumentos poderemos comprovar a sua eficácia e, se for caso disso, perceber a sua inadequação. Aceitando então o repto de forjar outros mais idóneos para essa compreensão. É contudo legítimo contar com a sua adaptabilidade à modificação e enriquecimento das realidades de facto que lhes eram subjacentes num momento inicial. Pois não é justamente tarefa indeclinável da ciência jurídica o desvendar, mediante operações de "simplificação-formalização", de quadros racionais de decisão, tornando-os assim aptos para um emprego múltiplo, perante um número indefinido de realidades as mais diversas?

A perspectiva eleita para abordar o tema proposto afasta-se, por conseguinte, de uma simples seriação dos diversos problemas de responsabilidade envolvendo operadoras e da apresentação avulsa das respectivas resoluções. De um ponto de vista pragmático seria perfeitamente possível proceder desse modo, em ordem à obtenção de uma informação tão ampla quanto possível na matéria que nos prende: listar as várias questões de responsabilidade que a experiência tem vindo a desvelar, e depois, tactear soluções, auxiliados por princípios e normas que indagaríamos caso a caso no sistema jurídico.

Só que essa via, perdida nos meandros de um estreito e exegético casuísmo, depressa se revela insatisfatória do ponto de vista da construção racional e da integração sistemática. Um corpo de asserções acerca da responsabilidade das operadoras, minimamente dotado de unidade, coerência e conformidade com o sistema jurídico no seu todo, não permite que nos detenhamos perante um simples conjunto de problemas, embora conexiados entre si. Exige, pelo contrário, penetrar nas respostas que eles merecem da perspectiva dos princípios estruturantes da ordem jurídica global. Um esforço por apreender, do prisma dogmático, uma área nova como o é aquela perante a qual nos encontramos, requer pois que retenhamos sempre no ponto da nossa mira a doutrina comum da responsabilidade civil. Apenas ela nos pode orientar numa descoberta sustentada de enquadramentos e linhas de solução. Se se quiser, por outras palavras: é mister olhar o problema a partir do sistema.

O pensamento que recorre à dogmática comum da responsabilidade civil conduzirá, como nenhum outro, à identificação, na problemática da responsabilidade das operadoras, de estruturas jurídico-normativas essenciais e típicas, essas sim matéria por excelência da ciência jurídica. Algumas, simples refração sectorial daquelas com que, na sua generalidade, o jurista tropeça a cada passo na responsabilidade civil; outras, porventura menos conhecidas e,

quem sabe, talvez mesmo especificamente "produzidas" pela realidade que nos ocupa.

2. Enunciem-se então as linhas gerais pelas quais há-de discorrer-se na responsabilidade civil das operadoras. É desnecessário dizer que teremos de correr, pressionados pela ampulheta do tempo.

Urge começar por uma precisão conceptual do tema. Num contexto de grande fluidez e polissemia terminológicas, vamos entender por operadoras aquelas entidades que, intervindo de forma autónoma, permanente e organizada no circuito informático, prestam, normalmente com escopo lucrativo, serviços na, ou através, da rede electrónica. Pensamos na *Internet*, pois é justamente a vitalidade (e expansibilidade) desta "rede de redes" nascida nos finais do nosso milénio que coloca hoje o maior número de problemas aos juristas. Não seria em todo o caso difícil estender as seguintes considerações a actores de outros circuitos informáticos.

De fora do referido conceito de operadoras ficam os simples utilizadores da rede, entre os quais se encontram em grande número os consumidores dos serviços referidos. Muito frequentemente, estes "cibernautas" não se limitam à atitude passiva de meros destinatários desses serviços, pois intervêm activamente na rede difundindo nela informações e ideias ou participando em «forums» de discussão. Mas isso não chega para os transformar em operadores no sentido que indicámos. O amadorismo e o carácter eventual ou esporádico que caracterizam a sua conduta não os eximem - é certo - de toda a responsabilidade, pois estão seguramente adstritos a deveres genéricos de comportamento (*on line*). Mas não se discutirá que existem exigências de comportamento que apenas incidem sobre as operadoras, assim como que o vasto campo da responsabilidade contratual está via de regra vinculado a quem intervém "profissionalmente" na rede, buscando proveitos. A distinção entre utilizador e operadora acaba neste sentido por corresponder a uma estruturação profunda da reflexão acerca da responsabilidade dos actores da *Internet*.

Ora, a pergunta central em torno da qual gravita todo o direito da responsabilidade civil é a de saber quando e sob que condições alguém está obrigado a ressarcir um dano sofrido por outrem. Vai portanto preocupar-nos a averiguação das circunstâncias e pressupostos de que depende justificar-se que uma operadora seja obrigada a indemnizar um prejuízo alheio.

Em tese geral, pode dizer-se que a responsabilidade civil se afirma aí onde se verifica uma situação de responsabilidade e a possibilidade de imputar a sua verificação a alguém. Aludimos à distinção entre *Tatbestand de*

responsabilidade e princípios de imputação. Nem todas as hipóteses de ocorrência de danos são susceptíveis de conduzir a responsabilidade. Basta pensar que há prejuízos contra os quais a ordem jurídica não protege nem deve proteger. Daí precisamente a necessidade de circunscrever aquelas situações que levam a essa consequência. Por outro lado, importa que, verificada uma dessas hipóteses de responsabilidade, ela se apresente conexas com um sujeito - com a sua conduta, com a actividade por ele desenvolvida - em termos de se justificar fazê-lo responder pelo prejuízo sofrido por outrem. Princípios de imputação e situação de responsabilidade, analiticamente diferenciáveis, representam no fundo *facetações dogmático-operacionais do fundamento de responsabilidade.*

Para abrir caminho dentro do emaranhado das variadíssimas hipóteses susceptíveis de desencadear uma responsabilidade das operadoras, nenhuma distinção nos parece tão auspiciosa como a que a teoria clássica da responsabilidade civil traça entre *responsabilidade obrigacional* e *responsabilidade aquiliana*. Ela já transluzia aliás acima, ao individualizarmos as operadoras entre o universo dos utilizadores.

Há na realidade boas e fortes razões para a diferenciação que referimos. Ela começa desde logo por espelhar uma diversa configuração das situações básicas de responsabilidade: violação de uma obrigação, de um lado, ou de posições absolutamente protegidas, de outro. Mas repercute-se também em pontos importantes de regime. Daí o seu relevo.

Enquanto, por exemplo, na responsabilidade obrigacional a ausência de verificação da prestação devida conduz em princípio à obrigação de indemnizar, a tutela aquiliana requer normalmente uma indagação e demonstração positiva de requisitos de responsabilidade como a ilicitude e a culpa. Ali, a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso lançam logo sobre o devedor a presunção de que na sua base está uma conduta sua, ilícita e censurável (cfr. arts. 798 e 799 n.º 2 do Código Civil²). Já na responsabilidade delitual a simples circunstância de se verificar a lesão de uma posição jurídica absolutamente protegida não é - em regra - suficiente para justificar uma obrigação de ressarcimento de danos. Exige-se agora ordinariamente do lesado a demonstração da censurabilidade da conduta do autor da lesão e impõe-se-lhe, sobretudo no vasto campo das omissões e das ofensas mediatas a bens jurídicos coberto pela doutrina dos deveres no tráfico, a comprovação da própria contraditoriedade ao Direito do seu comportamento (cfr. arts. 483 n.º 1 e 487 n.º 1).

² Todas as disposições de futuro citadas pertencem, salvo indicação em contrário, ao Código Civil.

Por outro lado, é de salientar que, no campo delitual, a indemnizabilidade dos *danos puramente patrimoniais* (*pure economic losses, primäre Vermögensschäden*), isto é, daqueles prejuízos que não envolveram qualquer ataque a posições absolutamente protegidas, se apresenta bem mais limitada do que na responsabilidade contratual: fora do âmbito coberto por eventuais disposições de protecção, em princípio somente a título residual, quando a ofensa a esses interesses representar um atentado àquele mínimo ético-jurídico cuja relevância aquiliana é uma indeclinável exigência para o Direito (cfr., a propósito, o art. 483 n.º 1). Adivinha-se com facilidade a importância deste ponto se nos percatarmos de que a actividade das operadoras se traduz muito habitualmente na disponibilização de informação (tratada electronicamente) e que pelo menos uma parte dos prejuízos que tipicamente decorrem da respectiva omissão ou inexactidão se analisa precisamente na ofensa a interesses de pura natureza patrimonial (não subjectivados em posições jurídicas absolutas). É que, em sede contratual, não existem restrições paralelas à ressarcibilidade deste género de danos.

Não deverá igualmente olvidar-se, ainda, que a responsabilidade objectiva por facto de outrem tem, no domínio obrigacional, um regime pelo qual se projecta na pessoa do devedor a conduta daqueles sujeitos de quem ele se serve para cumprir a obrigação, como se os respectivos actos fossem praticados pelo próprio devedor (cfr. art. 800). Tal equivale a lançar sobre o devedor o risco do intercalar de auxiliares, independentes ou não, na execução do programa obrigacional. Ao passo que, no campo aquiliano, a responsabilidade objectiva por facto de outrem depende da existência de uma relação de comissão (com as notas que a caracterizam, entre as quais a subordinação) e da possibilidade de efectuar uma primeira imputação do dano ao comissário (cfr. art. 500), do que resulta um panorama muito mais restritivo para esta responsabilidade. Também esta diferença se repercute sensivelmente no nosso tema: as operadoras, no desenvolvimento da sua actividade, socorrem-se o mais das vezes de terceiros, como em pressuposto ou condição necessária para essa mesma actividade, pelo que a decisão acerca da sua responsabilidade pode depender de se estar ou não perante uma conduta de cumprimento de uma obrigação.

Não é obviamente esta a oportunidade para entrar em detalhes quanto a diferenças entre responsabilidade obrigacional e delitual. Tanto mais que já nos alongámos por diversas vezes sobre elas em outras ocasiões³. Importa sim chamar

³ Assim, em *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra 1994, 174 ss, 188 ss, 203 ss (respectivamente, acerca do estatuto delitual dos interesses patrimoniais puros, da distribuição do ónus da prova da ilicitude e da culpa, e da responsabilidade objectiva por facto de terceiro); posteriormente, em *Uma «terceira via no direito da responsabilidade civil? / O problema da imputação dos danos causados*

a atenção para que elas têm uma incidência directíssima no "quando" e no "como" da responsabilidade das operadoras. As vantagens que delas resultam, do ponto de vista do lesado, para a responsabilidade obrigacional por comparação com a delitual, quer se tomadas isoladamente, quer quando combinadas entre si, conferem apreciável interesse prático à distinção entre as hipóteses em que a responsabilidade das operadoras deriva de um contrato com prestações a seu cargo que não foram (devidamente) cumpridas ou, diversamente, da violação de deveres gerais de natureza aquiliana.

Não pensamos - digamo-lo por uma questão de clareza - que esta dualidade entre responsabilidade delitual e obrigacional esgote o universo da responsabilidade. Conquistaram hoje espaço de excelência na discussão dogmática algumas constelações de responsabilidade que parecem implicar a superação daquela dicotomia e postular *formas de responsabilidade intermédias*, situadas entre os pólos do contrato e do delito⁴. Por muito aliciante que se apresente testá-lo justamente a propósito da responsabilidade das operadoras, não nos deteremos aí todavia senão incidentalmente, pois o tempo escasseia até para passar em revista aquelas duas modalidades básicas a que nos referíamos.

3. Como a observação revela, toda a actividade das operadoras envolve e se desenrola normalmente através de um feixe, por vezes muito diversificado, de relações contratuais. De uma forma esquemática, pode distinguir-se desde logo o contrato mediante o qual ela se obriga a fornecer uma panóplia mais ou menos extensa de serviços aos utilizadores que os solicitam. Toda a sua actividade conflui para a celebração e execução de contratos deste tipo, pois é através deles que as operadoras realizam de forma próxima o seu fim empresarial de disposição onerosa de serviços de determinado género. Puras atitudes de obsequiosidade por parte das operadoras permanecem evidentemente possíveis, mas não serão a regra. Aliás, a gratuidade das prestações que efectuam não é incompatível com o intencionar de vantagens e recompensas no mercado. Situações desse género são susceptíveis de, mesmo na ausência de contrato, justificar uma

a terceiros por auditores de sociedades, Coimbra 1997, 28 ss, 36 ss, e *passim* (sobretudo no que toca à responsabilidade por danos patrimoniais puros), e em *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, Direito e Justiça, XII/1 (1998), 297 ss (agora em especial quanto à imputação objectiva de danos derivados da conduta de um terceiro).

Sobre a diferenciação entre responsabilidade delitual e obrigacional com base no alcance diverso da noção de culpa e da respectiva presunção na responsabilidade obrigacional, destaque-se também MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa 1996, 464 ss, 485-486, e *passim*.

⁴ Abordámos esta problemática sobretudo em *Contrato e Deveres de Protecção* cit., 13 ss, 258 ss, e *passim*, e em *Uma «terceira via»* cit., esp. 85 ss.

responsabilidade nalguns aspectos análoga à contratual, arrimada na doutrina dos *deveres de protecção*⁵.

Por outro lado, a natureza dos serviços que as operadoras prestam - o facto de eles serem desenvolvidos através de uma rede de telecomunicações - requer, tanto delas próprias como dos seus clientes, a obtenção prévia do direito de utilização dessa mesma rede. Por conseguinte, pode dizer-se que, afora agora o caso de a operadora ser ela própria a titular desse direito, o contrato por ela efectuado com o dono da rede de telecomunicações (normalmente o Estado) ou com os seus concessionários, nos termos do qual fica habilitada à utilização dessa rede, constitui-se em suporte geral da sua actividade⁶. *Mutatis mutandis*, aliás, em relação aos clientes das operadoras, pois também eles terão de celebrar um contrato com o titular da rede de telecomunicações que lhes permita depois aceder aos serviços prestados pelas operadoras.

Daqui resulta que a actividade das operadoras se efectua, do ponto de vista jurídico, mediante uma *coligação de contratos*. Há uma união entre o negócio pelo qual a operadora presta os seus serviços ao seu cliente e os acordos que, quer ela, quer esse cliente, mantêm com a entidade titular ou concessionária da rede como *base necessária* daquela actividade. Apenas uma indagação concreta dos deveres que resultam desses contratos e do nexos através do qual estes se articulam permite recortar *in casu* a esfera de responsabilidade das operadoras perante os clientes no confronto com a do titular ou concessionário da rede; assim como apurar a repercussão das vicissitudes do contrato de utilização da rede no contrato de fornecimento de serviços entre as operadoras e esses clientes. A falta de cumprimento delas tanto pode, *v.g.*, radicar em obstáculos na utilização da rede que havemos de considerar imputáveis à operadora (que não pagou à entidade que a explora a contraprestação acordada), como em dificuldades para que não contribuíram de modo algum nem de que é razoável correrem o risco. Representarão por vezes impossibilidades objectivas de cumprimento, temporárias ou não. Mas poderão também ser valoradas enquanto falhas supervenientes da base negocial do contrato de fornecimento de serviços por parte das operadoras que suscitam a intervenção do instituto da alteração das circunstâncias.

⁵ Cfr. o *nosso Contrato e Deveres de Protecção* cit., 276 ss, e n. 605.

⁶ A exploração das redes públicas de telecomunicações encontra-se hoje sujeita ao (entretanto publicado) regime do Decreto-Lei n.º 290-A/99, de 30 de Julho, complementado pelo Decreto-Lei n.º 290-B/99 e pelo Decreto-Lei n.º 290-C/99, ambos igualmente de 30 de Julho, que regulam, respectivamente, a exploração dos serviços de telecomunicações de uso público e o estabelecimento e utilização de redes privadas de telecomunicações, em termos que todavia não afectam as considerações adiante expendidas no texto.

A destriça nem sempre é fácil de efectuar. Num cenário de interdependências entre sujeitos como aquele que serve de pano de fundo à conduta das operadoras, ela leva-nos também ao regime da *responsabilidade do devedor por actos dos seus auxiliares*. É óbvio que o cabal desempenho da actividade das operadoras, tal como contemporaneamente a de muitos outros sujeitos, depende sempre, em maior ou menor grau, da actividade de terceiros. Como se disse, ele requer normalmente a disponibilização da rede de comunicações por outrem. No mais, aquela dependência varia em função da concreta espécie de serviços que a operadora presta. Não raro, implica até articulações várias em relação a outras operadoras, nomeadamente as que, situadas a um nível superior da rede, por sua vez as alimentam. Suponhamos, num exemplo muito simples, que uma operadora se vincula à disponibilização de informações a terceiros. Nem sempre "produz" ela mesma essas informações, pelo que tem frequentemente de as "adquirir", por seu turno, de terceiros. Mas outras vezes a sua intervenção limita-se a sinalizar ao seu cliente a "localização" da informação que este procura, "intermediando", se for o caso, a celebração do contrato de informação entre este e o sujeito que dispõe da informação. Fala-se por vezes a este propósito do desempenho de uma função de *broker* (da informação). Há pois de ordinário uma teia mais ou menos densa de relações de tipo contratual que convergem para a possibilidade da prestação do serviço ao simples utilizador.

Em todo o caso, não pode considerar-se que o simples facto de a operadora carecer do concurso de terceiros para realizar a sua actividade a torna automaticamente responsável, perante os seus clientes, pelo comportamento deles. Fazer depender essa responsabilidade de que a conduta desses terceiros seja posterior à (sua) assunção contratual de obrigações é apelar a um critério insuficiente, pois são pensáveis casos em que a actuação dos auxiliares, geradora de responsabilidade do devedor, precedeu a entrada deste numa relação contratual; atente-se na preparação do cumprimento futuro de uma obrigação ainda não constituída. Mas mesmo que os terceiros apenas tenham desenvolvido a sua actuação, solicitados pelo devedor, em momento posterior à constituição da obrigação - há aliás casos em que a actividade da operadora tem forçosamente de ser acompanhada de uma prestação continuada de outrem, *v.g.*, conectando-a com certo *network* mais restrito -, isso não é suficiente para afirmar a responsabilidade dela pelo comportamento deste.

Está na realidade fora de causa considerar o devedor responsável (contratualmente) perante o credor por *todos* os prejuízos derivados de omissões ou deficiências nas prestações a ele próprio efectuadas por quem quer que seja,

desde que situadas "a montante" daquela que lhe incumbe realizar por sua vez e que venham como que a incorporar-se nesta última. É por isso que - procure-se um símile significativo para o campo que nos ocupa - o vendedor não responde, além dos limites da garantia edilícia, pelos danos derivados de defeitos de fabrico do produtor a quem adquiriu a coisa. Tal como, havendo vícios ocultos dos materiais ou utensílios, o empreiteiro não tem de indemnizar os danos deles advenientes para o dono da obra *só e apenas a pretexto* de ter havido negligência do fabricante a quem ele mesmo os adquiriu (ou dos seus auxiliares); embora possa ficar sujeito, independentemente de culpa até, a certas outras pretensões que os arts. 1218 e seguintes conferem ao dono da obra em situações desse tipo.

Decisivo para a determinação do âmbito da responsabilidade do devedor por actos de terceiros é a exacta averiguação das obrigações contratuais assumidas por aquele. A intervenção de certos sujeitos como auxiliares de cumprimento do devedor apenas se pode configurar em relação a *adstrições que recaiam sobre o próprio devedor perante o credor*. Deste modo, é essencial analisar devidamente o alcance e conteúdo das vinculações contratuais das operadoras a fim de delimitar a respectiva responsabilidade contratual. Os usos, a fisionomia socialmente típica dos contratos em que intervêm, são aqui normalmente importantes.

Assim, não parece que por hábito se possa considerar o titular da rede um auxiliar de cumprimento das operadoras para o efeito de as responsabilizar por prejuízos decorrentes de deficiências de funcionamento dessa rede. Por outro lado, quando esteja em causa a disponibilização de informações constantes de bases de dados de terceiros, o recorte habitual da actividade das operadoras não implicará por norma a exigência da comprovação metódica da exactidão ou completude de todas essas informações; pelo contrato, apenas lhes caberá de ordinário um dever de escolha criteriosa do seu próprio fornecedor de informação. A inexistência de um dever contratual de controlo genérico da informação é particularmente clara aí quando, como acontece com o simples fornecedor de acesso, não está em causa um contrato de informação verdadeiro e próprio - um contrato que tenha na prestação da informação o seu objecto - e a vinculação da operadora se esgota em proporcionar uma conexão à rede, onde o cliente há-de demandar ele próprio a informação que pretende.

Tudo isto não impede a possibilidade de a operadora responder por violação de deveres de protecção ligados aos contratos que celebrou se, na sequência de um problema de rede ou tendo tido por qualquer razão conhecimento da falsidade das informações de outrem que disponibilizou, não avisou do facto o seu cliente por forma a prevenir o seu prejuízo. A tutela

proporcionada pela *doutrina dos deveres de protecção* pode não beneficiar aliás (apenas) o parceiro contratual da operadora. Ela é susceptível de se alargar igualmente a certos terceiros que lhe estão ligados. Sobretudo quando for reconhecível para a operadora que a prestação se destina a ser aproveitada por outrem distinto do credor, embora "próximo" dele, a lealdade e a correcção do agir (compendiadas tradicionalmente na regra de actuação segundo a boa fé) determinarão por vezes para a operadora a observância de condutas que evitem danos na esfera pessoal ou patrimonial desse terceiro. Temos de passar por cima de aprofundamentos. Em todo o caso não se está até aqui senão perante aplicações sectoriais de conhecidos desenvolvimentos contemporâneos do direito comum, situados na intersecção entre a responsabilidade civil e o reconhecimento do carácter complexo do feixe de deveres emergente da relação contratual. Falávamos agora, concretamente, do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*⁷.

4. Dissémos que a responsabilidade contratual das operadoras depende da exacta averiguação do conteúdo das respectivas vinculações. Se, aludindo à diversidade que este pode patentear, se descreveu genericamente a actividade das operadoras como de prestação de serviços, a sua concreta configuração pode revelar semelhanças, ora com o mandato (pense-se em funções de contratação por conta de outrem, com ou sem representação, no comércio por meios electrónicos), ora com o depósito (imagine-se a armazenagem de dados proporcionada por um *provider*), ora mesmo com a empreitada (acorre imediatamente ao espírito o contrato de simples concepção-projecção de um *site*; embora não convenha esquecer aqui a querela em torno do conceito de "obra" e da justeza ou adequação do regime da empreitada, circunstância que concorre para a aceitação por alguns de um novo tipo contratual, o *engineering*). A própria fisionomia da prestação a cargo do simples fornecedor de acesso à *Internet* tem elementos da albergaria ou hospedagem, contratos hoje atípicos.

Mas a natureza do contrato celebrado entre a operadora e o cliente pode perfeitamente revestir-se de características que o aproximam de outros tipos contratuais, distintos do da prestação de serviço verdadeiro e próprio. Para ficar por um exemplo, é intuitiva a analogia entre a cedência de um programa de pesquisa e a locação (aluguer) ou o contrato de licença de utilização.

Muitas vezes porém, as operadoras começam por celebrar com os utentes da rede um *contrato-base* que disciplina genericamente as suas relações, podendo estas, com o tempo, assumir contornos diversificados em função das prestações

⁷ Sobre esta figura, pode confrontar-se a nossa *Uma «terceira via»* cit., 88 ss, com indicações.

que concretamente lhes vão sendo solicitadas. A formação destes contratos costuma ocorrer, dada também a pressão no sentido da "normalização" que a tecnologia informática exerce, através de cláusulas contratuais gerais. Como tal, encontra-se sujeita aos respectivos condicionalismos e restrições de emprego para evitar abusos.

Não vai entrar-se aqui em pormenores nem indagar da efectiva adaptabilidade dos diferentes tipos e regimes contratuais legais referidos às várias espécies de relações que envolvem operadoras. Tudo isso apenas indirectamente tem a ver com a responsabilidade, pois diz antes de tudo respeito à fixação dos deveres a cargo das operadoras por força dos contratos que celebram no exercício da sua autonomia privada. Essa determinação projecta-se em vários planos, sendo a obrigação de ressarcimento dos danos derivada da sua infracção apenas um de entre eles, ainda que, por certo, importante. Por conseguinte, é no quadro de uma abordagem ampla das principais figuras contratuais envolvidas na actividade das operadoras que ela deve encontrar o seu lugar.

A nós compete-nos apenas alertar em geral para que a infracção dos deveres emergentes do contrato, onde e como quer que eles se achem, gera uma responsabilidade que segue em princípio o regime comum da obrigacional, com as especificidades que lhe são próprias no confronto com a delitual e que já antes foram recordadas. A retribuição que as operadoras almejam faz com que não beneficiem normalmente de certas atenuações da responsabilidade contratual (por referência ao regime-regra) susceptíveis de aproveitar a quem actua a título gratuito (cfr. os arts. 957 n.º 1, 1134 e 1151); considere-se o caso de bibliotecas, universidades e instituições científicas que, como "servidores", lançam informações na rede sem compensação.

O regime obrigacional não se aplica de resto apenas à pretensão de ressarcimento da frustração do interesse na prestação propriamente dito. Ele estende-se igualmente, via de regra, à reparação dos danos subsequentes (*Mangelfolgeschäden*) que o inadimplemento da obrigação produziu; seja o caso de ter sido efectuada uma "criptação" defeituosa que, franqueando as portas à penetração no conteúdo confidencial da mensagem, provocou danos não patrimoniais ligados à devassa da intimidade da pessoa. Se foi estabelecida a causalidade entre a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da prestação e esses danos ulteriores, repugnaria admitir que o respectivo ressarcimento viesse a falecer em virtude do regime menos favorável da responsabilidade delitual. A doutrina dos deveres de protecção ampara devidamente esta solução⁸.

⁸ Cfr. o nosso *Contrato e Deveres de Protecção* cit., 149 ss.

Note-se que o modelo da responsabilidade por culpa que inspira a obrigação de indemnizar por violação de vinculações contratuais chega a proporcionar a "linguagem básica de construção da responsabilidade" em casos onde ela é simplesmente objectiva, como acontece na responsabilidade por facto de outrem a que se refere o art. 800. Todavia, a interessante questão de saber em que medida ele se adequa plenamente ao emprego de sistemas "autónomo-inteligentes" pelas operadoras ocupará o espaço de uma intervenção autónoma.

5. Se o campo da imputação contratual de um dano é demarcado pela autonomia negocial das operadoras, a responsabilidade delitual delas prescinde da existência de uma relação contratual entre lesado e lesante. Assenta, como é de regra, na lesão de posições jurídicas protegidas pela infracção censurável de deveres de carácter geral destinados a salvaguardá-las (cfr., a propósito, o art. 483 n.º 2). À vista desarmada, não há aqui também lugar a especiais particularidades face aos termos por que discorre comumente a responsabilidade.

Tal como até aqui, orientemo-nos pelo direito pátrio. A "deslocalização" das questões de responsabilidade e, por consequência, a "globalização jurídica" que a *Internet* poderosamente acelera decanta naturalmente o Direito das especificidades nacionais, fazendo vir ao de cima estruturas básicas - e, como tal, partilháveis - da protecção delitual. São estas que em particular nos importa desvelar *de iure constituto*.

O sistema delitual português gira em torno da protecção de determinadas posições jurídicas - os direitos subjectivos absolutos -, sendo a previsão central básica do nosso direito positivo na matéria constituída precisamente pela "violação ilícita de direitos subjectivos de outrem". De facto, as disposições de protecção cuja infracção é susceptível de desencadear a responsabilidade ao abrigo da segunda alternativa do art. 483 n.º 1, são, por natureza, específicas. Não cobrem por isso senão um número sempre (relativamente) limitado de situações. Por outro lado, a indemnização de danos que residualmente se possa admitir, *praeter legem* mesmo, como decorrência do imperativo de tutela do mínimo ético-jurídico a todos exigível - temos em mente uma causação intencional de prejuízos que escape às duas previsões centrais de responsabilidade já referidas -, tem obviamente um alcance restrito⁹.

Da fisionomia e articulação das previsões básicas da responsabilidade aquiliana deduz-se que ela se apresenta fundamentalmente concebida enquanto sistema de protecção contra a lesão de certas posições jurídicas. Aquilo que é em

⁹ Vide, quanto à concepção que perfilhamos, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «terceira via»* cit., 31 ss, e 48 ss; cfr. ainda *Contrato e Deveres de Protecção* cit., esp. 132 ss, e 173 ss.

primeira linha decisivo para desencadear a obrigação de indemnizar é a ofensa dessas posições. Pouco importa o *modo* por que a lesão é perpetrada e os *meios* para tal empregues pelo lesante. Está precisamente aí a ponta de verdade da tese que avalia a ilicitude pelo *resultado da acção* danosa. Bem sabemos que na conhecida querela entre o *Erfolgsunrecht* e o *Verhaltensunrecht* - se me é consentida a comodidade do emprego destas expressões germânicas -, é na segunda concepção (aquela para a qual na ilicitude se apresenta como central, não a infracção de um dever de evitar um resultado, mas o *modo como o sujeito lida com um perigo para o bem jurídico protegido*), que se pode alicerçar devidamente a ilicitude no caso das ofensas meramente *mediatas* aos bens jurídicos. Mas a doutrina dos deveres no tráfico compreende-se fundamentalmente ainda como reforço da defesa das posições jurídicas indicadas nas várias disposições delituais e não com autonomia relativamente a elas.

Em todo o caso, encontra-se aqui a raiz do entendimento segundo o qual o facto de uma conduta lesiva de posições delitualmente protegidas ocorrer por meios informáticos (*on line*) não coloca nenhum problema específico de responsabilidade. A configuração concreta da acção que atinge essas posições não altera a construção básica de uma responsabilidade cujo eixo é a identificação dessas posições para efeitos de protecção, independentemente da forma de interferência nelas¹⁰.

Também a doutrina dos *deveres no tráfico* - adstrições destinadas a prevenir um simples *risco de dano* - se apresenta essencialmente aplicável no nosso domínio. Não parece que a actuação das operadoras deva qualificar-se genérica e indiscriminadamente como actividade perigosa susceptível de desencadear o regime rigoroso de responsabilidade previsto no art. 493 n.º 2. Em todo o caso, as situações e os critérios gerais de fundamentação e concretização dos deveres no tráfico são também capazes, em jogo de *articulação móvel*, de proporcionar a maior parte das soluções de responsabilidade aquiliana nesta "auto-estrada da informação" que a *Internet* hoje representa; considere-se, *v.g.*, a criação de uma fonte de risco pelo sujeito, a assunção de uma tarefa ou a adopção de uma conduta perigosa antecedente por ele, e depois, o grau e a controlabilidade do risco, o tipo de prejuízo que pode provocar, nomeadamente na proporção com os custos do seu afastamento, concepções dominantes acerca da actividade portadora de perigos, a sua utilidade social, a identidade do destinatário do proveito individual que ela permite, etc.. Não cremos mesmo que uma eventual *lex internautica* que se decante com o tempo (e que o art. 16 da

¹⁰ Posição similar foi sustentada para o campo da criminalidade informática por OLIVEIRA ASCENSÃO neste mesmo ciclo de conferências.

proposta de directiva sobre comércio electrónico manda mesmo incentivar) venha a sobrepôr a esses parâmetros gerais de construção da responsabilidade códigos de conduta com eles inconciliáveis. Muito duvidosa seria, em tal caso, a validade de tais códigos.

Há naturalmente que estar atento àquelas leis de protecção que têm nas operadoras destinatárias de eleição. Recorde-se o diploma de protecção dos dados pessoais face à informática: a infracção das suas prescrições pode sem dúvida originar uma obrigação de indemnizar. Mas, tal como no caso de as operadoras infringirem os padrões do mínimo ético-jurídico a que estão sujeitas (à semelhança, indistintamente, de todos os outros sujeitos), também então a sua responsabilidade se deixa explicitar com auxílio da dogmática comum da responsabilidade civil.

6. À luz das considerações precedentes, a enunciação dos diversos tipos de lesões em bens jurídicos susceptíveis de serem perpetradas por uma operadora apresenta-se como tarefa longa e fastidiosamente descritiva. É óbvio que a natureza da acção prejudicial pode, no plano empírico-naturalístico, condicionar o género de posições capazes de serem afectadas ou o modo por que elas são atingidas. Assim, estão ordinariamente afastados os ataques à propriedade, afectando directamente a substância física de coisas; basta lembrar que a actividade das operadoras se reconduz em boa parte à captação, tratamento e/ou transmissão de simples informações, e que estas são por si só insusceptíveis de produzir esse tipo de consequência.

Mas esta verificação não chega para, do ponto de vista jurídico-normativo, atribuir especificidade à responsabilidade das operadoras: estamos apenas diante de uma variação, igual a tantas outras, do suposto de facto a que se aplicam normas jurídicas de alcance geral. Como qualquer outro sujeito, elas podem violar direitos de personalidade ou direitos de autor. Difundindo por exemplo notícias que, subtraídas indevidamente de um banco de dados (na gíria, o denominado *hacking*), afectam a reputação e o bom nome de alguém ou violam o seu direito à intimidade da vida privada; ou então, reproduzindo uma obra literária que o seu autor não decidiu publicitar, e mesmo, utilizando um programa informático sem consentimento de quem o concebeu. *Mutatis mutandis*, como qualquer outro sujeito, elas são susceptíveis de infringir direitos de propriedade industrial (por exemplo, se usurpam uma marca) ou incorrer em responsabilidade por práticas contrárias à lealdade da concorrência umas com as outras. O furto de códigos de acesso (*passwords*) ou de informação redundante normalmente na

violação de direitos de personalidade ou de direitos privativos de propriedade intelectual ou industrial.

Não é pois surpresa que sejam muito heterogéneas as hipóteses em que uma operadora pode ser chamada a uma responsabilidade aquiliana. A atenção dos juristas tem-se todavia polarizado compreensivelmente em torno daquelas situações que parecem mais difíceis de resolver adequadamente recorrendo aos canais por onde discorre comumente essa responsabilidade. Assim, é hoje agudamente sentida a necessidade de recortar devidamente as hipóteses de obrigação de indemnizar pelo uso indevido de endereços electrónicos; nem o direito do nome nem as normas que regem os sinais distintivos do comércio se afiguram capazes de proporcionar sem adaptações uma regulação satisfatória da atribuição daquele endereço no caso de interesses conflitantes dos sujeitos a seu respeito.

Urge também, como de todos é sabido, definir adequadamente os termos da responsabilidade por violação de direitos de autor face às novas tecnologias. A *Internet* pode potenciar enormemente, à escala planetária mesmo, os efeitos de uma conduta indevida neste domínio, ao mesmo tempo que reclama, ou uma redefinição da protecção dos direitos autorais e do seu âmbito, ou afinações que permitam a sobrevivência dos modelos clássicos de tutela dos interesses a eles coligados.

Por muito prementes que sejam estas discussões e aliciante a participação nelas, vê-se todavia imediatamente que onde esteja em causa uma reformulação dos bens tutelados pelo Direito e do seu âmbito de protecção por pressão das novas formas da "sociedade de informação" se ultrapassa já o campo próprio e específico do tema da responsabilidade civil das operadoras a que me devo cingir. É certo que uma posição jurídica pode ser definida indirectamente apenas, pela cominação de normas que imponham a responsabilidade a quem actua de certo modo; e que, por isso, existe um directíssimo relevo "substantivo" a que não logra nunca furtar-se a discussão em torno dos pressupostos da responsabilidade, nomeadamente a propósito da fixação da ilicitude da conduta e do seu limiar. A verdade porém é que ainda então aquela definição representa um *prius de sentido* relativamente ao estabelecimento destas normas, por isso que lhe preside. A responsabilidade aquiliana - como toda a responsabilidade - tem por missão essencial proporcionar, no plano *secundário* da *tutela* (através da obrigação de indemnizar), um *Bestandschutz* dos bens (préviamente) atribuídos pelo Direito no exercício daquilo que é a sua função primária. Sendo que essa atribuição se projecta por outros domínios para além do da responsabilidade.

Exceptuemos pois este tipo de questões. Outras intervenções neste curso sobre o Direito da Sociedade de Informação se debateram - e debaterão ainda - com a revisão de conteúdo das posições jurídicas em virtude dos desafios que lança a *Internet*. Vamos terminar com uma breve referência a algumas constelações típicas de responsabilidade extracontratual das operadoras, hoje particularmente discutidas, e mostrar que podem com utilidade ser consideradas ao abrigo dos ensinamentos da dogmática comum.

7. Encontrando-se as operadoras a servir o que se pode genericamente designar a comunicação entre os sujeitos, o esforço de racionalização dos termos da sua responsabilidade há-de por força distinguir consoante sejam elas próprias as *autoras das informações que entram no circuito de comunicação* ou, pelo contrário, se *limitem a proporcionar as condições técnicas da transmissão dessa informação* entre os sujeitos que desejam comunicar. Esta última é a situação que ocorre com o simples fornecedor de acesso à rede ou com a operadora que se limita a oferecer um serviço de correio electrónico. Corresponde à natureza da sua actividade a *neutralidade* relativamente aos conteúdos emitidos e a *não interferência* neles. No caso do correio electrónico, é particularmente próxima a analogia com o estatuto de deveres que recaem sobre os serviços postais; além da adstrição de não violar o conteúdo das mensagens, cabe-lhes observar segredo se porventura a ele tiveram acesso e está-lhes ordinariamente vedado o exercício de qualquer controlo sobre a informação que veiculam. Do exposto decorre a tendencial exclusão da responsabilidade do mero transportador (passivo) da informação. Trata-se de uma orientação de resto acolhida pelo art. 12 da proposta de directiva sobre o comércio electrónico a que aludimos, que se comunica naturalmente à responsabilidade conexa com a simples armazenagem instrumental da informação (automática, intermédia e temporária), por parte desse transportador com vista à sua difusão posterior, o denominado "*system caching*" (cfr. o art. 13 da referida proposta).

Questão diferente é a de saber se a operadora deverá ou não responder por não ter evitado o assalto às mensagens (*hacking*) por parte de terceiros. Para responder há antes de mais que interpretar o contrato. Mas não será de esquecer que, independentemente de estipulação expressa, o apetrechamento técnico das operadoras e a vigilância para evitar tais condutas podem, ao menos nalguns casos, constituir para ela um dever de protecção. A responsabilidade não é todavia aquiliana. Em qualquer caso, o transportador de informação tem o dever de não a facultar senão a quem cumpra as respectivas condições de acesso.

Especialmente sensível é a situação de a operadora proporcionar um serviço de comunicação que se destina a ser livremente acessível a terceiros, como acontece quando disponibiliza uma página na *Internet*. Não sendo embora a criadora da página - em cujo preenchimento está até em geral (contratualmente) impedida de interferir -, a verdade é que o carácter não confidencial (ou público) do designado *site* abre, ao menos abstractamente, a possibilidade de um controlo por parte dela. Isso não basta, todavia, por si só, para lhe impôr um dever de fiscalização, muito menos em cumprimento de exigências administrativas ou de polícia. Logo se vê que também aqui a norma é a da neutralidade. Como compreensivelmente se acolhe no art. 15 da proposta de directiva que temos vindo a referir, não impende sobre a operadora uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmita, e, por maioria de razão, nenhuma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem actividades ilícitas.

Tal significa que apenas em casos especiais, nomeadamente perante uma flagrante e inequívoca ilicitude da comunicação de determinado conteúdo, lhe incumbirá um dever de agir para prevenir prejuízos alheios. O teor do art. 14 da proposta de directiva consente mesmo uma interpretação mais generosa da responsabilidade das operadoras, pois estabelece genericamente que o desconhecimento (negligente) de factos ou circunstâncias que tornem aparente o carácter ilícito da actividade (supõe-se que do dono da informação e não do próprio agente) não afasta a responsabilidade.

Em todo o caso, o dever de retirar as informações ou de impossibilitar o acesso a elas que é susceptível de impender sobre as operadoras - e que se destina a evitar a lesão de outrem -, radica na circunstância de a operadora *partilhar o domínio do facto* com o titular da página. Embora a não intervenção apenas signifique *comparticipação* (concertação intencional de condutas ou instigação) em caso de dolo - hipótese em que a conduta cai no âmbito do art. 490 -, pode haver também responsabilidade por negligência susceptível de conduzir a responsabilidade; pelo menos aí onde esteja em causa o cumprimento de imperativos de ordem pública ou do mínimo ético-jurídico. O problema deve aferir-se face aos requisitos da relevância delitual da omissão constantes do art. 486. A responsabilidade por acções é, no confronto com estes pressupostos, menos exigente.

Certamente que a *Internet* potencia a exposição ao dano de múltiplos sujeitos e acentua a indefensabilidade destes perante as condutas lesivas. O que não pode deixar de se repercutir na necessidade de acentuar a *função preventiva* da responsabilidade à hora da concretização dos deveres de agir. No mais,

abstraindo deste ponto - inquestionavelmente marcante -, não se descortinam por exemplo razões para privilegiar ou agravar a responsabilidade das operadoras por conteúdos contrários aos (na linguagem civilística) "bons costumes" inseridos nos "sites" que oferecem aos seus assinantes em relação a hipóteses paralelas que têm editores ou livreiros por sujeitos.

No fundo, os critérios gerais acima enunciados para a fundamentação dos deveres no tráfico contribuem igualmente aqui para firmar as soluções mais adequadas. Eles são suficientemente flexíveis para permitir a ponderação dos bens e interesses susceptíveis de serem atingidos à luz do recorte da actividade em jogo e dos *papéis sociais* desempenhados pelos participantes na comunidade de comunicação. O que não depõe, naturalmente, contra a necessidade de uma "positivação" daqueles deveres que facilite o seu conhecimento e observância por parte de todos; sobretudo aí onde importe reforçar a função preventiva da responsabilidade a que atrás se aludiu.

Claro que a construção de uma responsabilidade (delitual) dos "providers" *por actos praticados pelos utilizadores* que através deles se connexionam à rede - hoje na ordem do dia - se deve harmonizar com estas directrizes. No plano do direito delitual comum, essa responsabilidade seguirá os cânones da *culpa in eligendo, in instruendo* ou *in vigilando*. Mas para isso é necessário que a lesão mereça ser imputada à *actividade* da operadora *qua tale*. Só excepcionalmente aliás se verificarão os pressupostos da responsabilidade *objectiva* por facto de outrem: a lei civil geral reconhece uma imputação do dano ao comitente que prescinde de ilicitude e culpa, mas esta previsão de responsabilidade dificilmente ocorre nas relações entre a operadora e o utilizador a quem ela fornece a conexão com a rede; pelo simples facto de que falha, o mais das vezes, o requisito da comissão. O espaço para a construção de uma responsabilidade pela *esfera do domínio* ou *actuação (Bereichshaftung)* de carácter *objectivo* (por facto de outrem) alargar-se-á todavia no âmbito das *relações especiais (Sonderverbindungen)*, v.g., contratuais, estabelecidas pela operadora com terceiros. Fora pois do universo delitual, nomeadamente aí onde se possa sustentar impenderem deveres de protecção sobre a operadora por virtude dessas relações (cfr., por analogia, o art. 1044)¹¹.

Decorre do exposto que é sobretudo quando as operadoras se apresentam na veste de *fornecedoras de informações* que espreita o perigo de serem responsabilizadas. Intervindo activamente enquanto emitentes de conteúdos no circuito da comunicação já não gozarão compreensivelmente do *status* de

¹¹ Cfr., para desenvolvimentos acerca da concepção subjacente, o *nosso Contrato e Deveres de Protecção* cit., esp. 215 ss.

(tendencial) neutralidade a que atrás nos referíamos. O âmbito da sua responsabilidade variará obviamente, ainda aqui, consoante sejam elas mesmas produtoras de informação ou se limitem simplesmente a obtê-las de outrem e a coligi-las, para posteriormente as transmitir. Sabe-se quão diverso é o regime de responsabilidade do produtor em relação ao do vendedor que é mero *elo intermédio* na cadeia pela qual passa a coisa até chegar ao consumidor final: aqui temos sem dúvida um problema que suscita respostas muito similares. Na sua resolução, importa não perder de vista a analogia com o regime do titular dos periódicos ou das agências noticiosas perante os conteúdos informativos veiculados. O facto de no nosso caso a informação ser tratada e disponibilizada electronicamente não altera de modo essencial os termos da responsabilidade.

De qualquer modo, até onde quer que deva estender-se em cada tipo de situações o dever, para as operadoras, de comprovação da exactidão da informação ou da existência de limitações da ordem jurídica à sua emissão ou transmissão, há que ter presente que a responsabilidade derivada de informações é objecto de tratamento específico geral na lei civil, aqui evidentemente aplicável. O princípio na matéria é o da irresponsabilidade por informações prestadas (cfr. o art. 485 n.º 1); uma regra que colherá a sua justificação na necessidade de preservar um amplo espaço de comunicação isenta do risco de indemnizar e que se coaduna com a filosofia de liberdade reivindicada para a novel *Internet*. Ela impele correspectivamente à auto-responsabilidade na fiabilidade que cada um confere à informação, sabendo-se o quanto a banalização da comunicação esconde, nas sociedades modernas, a pretensão de substituição, mais ou menos engenhosa, do "ser" (ou hoje, do "ter") por um "parecer".

Mas, fazendo-se eco de elementares exigências de justiça - de resto, também cada vez mais sentidas -, a lei e a doutrina têm-se encarregado de abrir brechas - e brechas fundas - no aludido princípio da irresponsabilidade¹². Também pelas limitações práticas ao exercício da auto-responsabilidade que se impõe. É assim que a disponibilização de uma informação gera responsabilidade aquiliana se, como qualquer outra acção, atingir direitos absolutos. A solução ampara-se directamente no art. 483 n.º 1, 1.ª parte. Não oferece deste modo contestação a possibilidade de uma operadora responder em termos delituais pela afirmação ou difusão de factos susceptíveis de prejudicar o bom nome ou o crédito de alguém ou que, por qualquer outro modo, violem os direitos de personalidade de um terceiro (*vide*, a propósito, o art. 484).

¹² Entre nós, *vide* de modo especial SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra 1989, 193 ss, e *passim*.

É no entanto de lembrar que aí onde apenas se atingem *interesses patrimoniais puros* dos sujeitos (v.g., um terceiro, confiando na bondade de uma informação que dava uma certa entidade como credível ou um valor mobiliário como seguro, acabou por celebrar um negócio ruinoso), a responsabilidade requer ordinariamente a verificação de especiais requisitos. O nº. 2 do art. 485 procurou exprimi-los; de resto, de forma não isenta de reparo. Mas o que interessa agora reter - embora tenhamos de nos poupar aqui a uma justificação - é que, *delitualmente*, os danos patrimoniais puros ocasionados por uma informação inexacta ou insuficiente emitida com negligência por uma operadora não são ressarcíveis com carácter de generalidade. Em regra, apenas dão lugar a pretensões de ressarcimento em sede contratual ou aí onde exista uma *ligação especial* a unir o lesado a essa operadora, capaz de justificar um dever de diligência e cuidado na obtenção da informação e na comprovação da sua exactidão. A *responsabilidade pré-contratual* (na "Net") propicia um exemplo significativo, podem acrescentar-se até constelações da área do *contrato com eficácia de protecção para terceiros* ou da *ligação corrente de negócios* que irrompe com intensidade no sector do comércio electrónico. Porém, ultrapassámos aqui já o âmbito da responsabilidade delitual. Pisamos antes o quadrante das *relações obrigacionais sem deveres primários de prestação* que é também o das responsabilidades "intermédias" referidas no início desta exposição¹³.

Insista-se entretanto em que este regime se aplica à responsabilidade por informações em geral. Nada tem de específico pelo facto de a entidade que disponibiliza as informações ser uma operadora. No entanto, importa reconhecer que o ambiente da comunicação em rede informática, *maxime*, na *Internet*, pode evidentemente gerar também *possibilidades particulares de lesão de interesses*. Mencione-se brevemente, para o ilustrar, o problema sensível da responsabilidade das operadoras que é constituído pela propagação dos bem conhecidos - e muito arreliaadores - vírus informáticos (ou *worms*). Esses vírus podem eventualmente chegar a causar um *dano na substância física das coisas*, como quando atingem e inutilizam o *hardware* ou o *suporte material do software* de terceiros. A tutela delitual da propriedade responde naturalmente sem dificuldades aos *danos na integridade corpórea das coisas* que pertencem ao lesado.

Mais delicado é porém o ressarcimento do prejuízo da perturbação do aproveitamento da coisa que pertence a um sujeito: pense-se no ficheiro de informações que é destruído ou no programa de computador que deixa de poder

¹³ Cfr., para esclarecimentos quanto à orientação implicada, também *Contrato e Deveres de Protecção* cit., v.g., 92 ss, 236 ss, e *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?* cit., por exemplo, 88 ss, e 95 ss.

ser empregue, transitória ou definitivamente. Cremos todavia que também aqui se pode abrir caminho expedito através da tutela delitual da propriedade. Esta não visa apenas proteger o titular do direito perante danos de deterioração ou destruição da substância corpórea da coisa. *Garante* do mesmo modo *o exercício das faculdades de uso e fruição da coisa contra interferências alheias*. Isto esvazia, ao menos em boa medida, a querela em torno da "reificação" da informação como pressuposto da tutela jurídica aquiliana. De facto, a perturbação que ocorre nas hipóteses que consideramos dá-se *sempre*, se bem se reparar, *em virtude de uma intervenção fáctica na coisa* (neste ponto ao contrário de outras situações discutidas de responsabilidade, como a do barco que tem de ficar fechado vários dias numa eclusa devido a uma negligência da empresa que gere a navegação do rio). A protecção da propriedade responde pois com apreciável facilidade a este tipo de problemas. Apenas haverá que lembrar a possibilidade de reforço daquela tutela pela admissão de deveres de protecção (no sentido, v.g., da utilização de um programa especial de imunização contra "percevejos electrónicos") aí onde se encontrem preenchidos os requisitos da sua constituição. Mas esses casos ultrapassam já o campo da responsabilidade puramente delitual, como acentuámos.

Já não haverá em princípio defesa aquiliana onde, não derivando a perturbação do aproveitamento da coisa de uma interferência fáctica na própria coisa, não haja nenhum dever especificamente destinado a proporcionar (ou a respeitar) a possibilidade desse aproveitamento. Tal como o condutor não tem em princípio direito a qualquer indemnização se fica retido num engarrafamento de trânsito provocado pela conduta inepta ou negligente de alguém, também a sobrecarga ou o congestionamento da rede informática não confere ao sujeito, em regra, qualquer pretensão indemnizatória. Para que tal acontecesse seria preciso admitir impenderem sobre as operadoras deveres com a *finalidade* de manter desimpedida a "circulação" na rede (ao menos em certas circunstâncias). Logo se vê que adstrições desse tipo poderão eventualmente achar-se compreendidas nas prestações contratuais das operadoras *perante os seus clientes*. Contudo, dificilmente poderão apresentar-se na veste de deveres no tráfico de natureza aquiliana, pois não cabe em princípio às operadoras nenhuma vinculação destinada a assegurar, geral e indiferenciadamente, a "mobilidade" de terceiros na rede. Nem por isso fica prejudicada, de harmonia com os princípios gerais, a responsabilidade por condutas dolosas dirigidas a provocar prejuízos a terceiros, por exemplo, "afogando-os" em informação.

8. Ao cabo deste périplo por algumas das principais questões da tutela aquiliana das operadoras sob a guia dos quadros comuns da responsabilidade civil delitual, convém reiterar que se não nega que os modernos meios de comunicação em rede informática possam desafiar por vezes o sistema de protecção das posições jurídicas reconhecidas pelo ordenamento. Ora porque reclamem um aprofundamento ou afinamento do conteúdo dessas posições (amparados nas valorações que as sustentam), por forma a responder às solicitações e exigências destas tecnologias, ora especialmente em razão de - como também alertámos - suscitarem mesmo a necessidade de alterar ou complementar o sistema de protecção instituído em determinado momento. A ordem jurídica - o sistema de responsabilidade - mover-se-á então, ainda que as suas disposições permaneçam formal-literalmente inertes, como barco empurrado pelo vento que lhe enfuna as velas, modificando a realidade de facto subjacente ao corpo de normas que em determinado momento a compõem.

Mas nada há - ainda aqui - de radicalmente novo e susceptível de afligir o verdadeiro jurista. Consciente ou inconscientemente, a metodologia jurídica lida há muito com este fenómeno que exprime a tensão entre a função estabilizadora do Direito e a sua inserção no devir histórico. Na falta de respostas legislativas específicas - e mesmo, mais vezes do que se pensa, sem delas carecer -, ela ensina a importância do recurso a critérios sistemático-teleológicos de índole objectiva que realizem os valores fundamentais do Direito, logo que a alteração do horizonte temporal (dos elementos sociais e tecnológicos que o caracterizam) põe a nu as limitações das ponderações de interesses segundo cânones historicistas. Como lembra igualmente a importância das cláusulas gerais enquanto elementos de flexibilização da ordem jurídica. Não deixando de recordar que, ademais da necessidade de considerar as ponderações que se desprendem das disposições que se connexionem com o problema concreto, no seu preenchimento são importantes os padrões ético-jurídicos comumente partilhados ou aceites na comunidade e os usos que eventualmente se afirmaram em determinados sectores. E procura até - a mesma metodologia jurídica - estabelecer os quadros de um legítimo desenvolvimento *praeter legem* do Direito capaz de colmatar lacunas posteriormente surgidas no ordenamento (*nachträgliche Lücken*), sem ruptura com os elementos do direito vigente.

Apetece pois perguntar, agora que chegamos ao termo das nossas reflexões: «Vinho novo em odres velhos»? É conhecido de dois mil anos o lúcido aviso contra a resistência imobilista a compreender a novidade das coisas¹⁴. Mas

¹⁴ «Ninguém deita vinho novo em odres velhos; de contrário, o vinho fará rebentar os odres, e perder-se-á o vinho e os odres; mas, para vinho novo, odres novos»: Mc. 2, 22.

não se espere de nós uma resposta definitiva a essa interrogação, válida para todas as situações e ainda que cingida ao horizonte histórico que compartilhamos. Tão apressado teve de ser o nosso passo pelas imbricadas veredas da responsabilidade das operadoras que seria veleidade tirar conclusões apodíticas. O que sim diremos é que pode o civilista descansar: porfie bem, que encontrará via de regra, no tesouro da dogmática comum da imputação de danos depositado à sua guarda, as soluções mais adequadas para a responsabilidade civil das operadoras. Descobrimo a perene actualidade daquilo que é vivo e sábio.

Tenho dito.

Lisboa, 3 de Maio de 1999

"Vinho novo em odres velhos"? / Reflexões sobre a responsabilidade civil dos operadores informáticos à luz (dos princípios) da doutrina comum (da responsabilidade civil)

Reflexões acerca da responsabilidade pessoal dos auxiliares (O problema da imputação dos danos aos operadores informáticos)

O meio informático tornará porventura possível uma responsabilidade por lesão de bens corpóreos informáticos no âmbito do controlo informático, mas não é em princípio susceptível de provocar danos materiais nos outros bens corpóreos da propriedade do devedor. Se os produz (v.g., através de uma informação tramitada informaticamente a qual leva a lesões do seu destinatário; casos de responsabilidade do produtor), nada há de específico na utilização do meio.

Especificidades existem na lesão do "ambiente informático", pois este apenas é susceptível de ser afectado por meios informáticos, pelo que aqui, a caracterização da acção parece envolver também a possibilidade de lesões específicas. A lesão de auto-estradas de informação é relevante, acidentes de tráfico e âmbito de responsabilidade, se por delito se por contrato

O problema põe-se no quadro da responsabilidade dos auxiliares; autonomia dos operadores. Nirk, vertrauenshaftun bei vertragdurchführung, direito civil 3, schadensgeneigte arbeit, medicus, etc.

Só interessa considerar aquelas lesões potenciadas epla especificidade do meio; mesmo aí, apenas do ponto de vista da posição jurídica atingida, porquanto o critério da lei é abstracto e formal: os comportamentos são caracterizados, em princípio, em função das posições jurídicas

Direito à navegação informática como direito absoluto? atentado antes à liberdade mínima de agir?: ateantado à liberdade de circulação?; posição da liberdade como privação de um direito de personalidade ou de liberdade económica?

Operador informático pode pois perpetrar todo o tipo de ilícito com excepção daqueles que, pela sua características, não são susceptíveis de produção, no plano naturalistico-causal de danos: responsabilidadae delitual, contratual (violaçãod e uma obrigação), terceira via (gestão de negócios)

Fora a especificidade das lesões, temos portanto a aplicação do direiot comum.

Respos. delitual; extensão: res. do comitente (resp. do comitente por infracções contratuais do comissário? Não: isso equivaleria a fazre do comitenteum fiador ex lege ipso iure, contrariando o princípio da relatividade (art. 406)

res. delitual (do comissário e não do comitente que não é operador) e não acordo-quadro: liberdade de entrada e de saída do sistema informático; apenas condições fácticas decidem da entrada no sistema (ex da expo ou do aeroporto novo, cto e dev. prot. quanto à destrinça entre deveres do trá fico e obrigações)

Resp. contrautl perant aquele que lhe encomendou o serviço (prestação de serviços); princ. da relatividade e schadensgeneigte arbeit

Resp. directa perante a outra parte: quadros da comparticipação; ilícito próprio ou derivado? no ilícito contratual (*eigenhändige Tat?*) ou só delitual?

Fundamento autónomo: a terceira via? cto. ef. protecção para terceiro, resp. pela conf., em virtude de uma ligação especial? esta última não, porque os deveres são acessórios da prestação.

Questões de dip: lei aplicável à responsabilidade civil: a vinculação daquele que põe a informação à disposição à lei do sítio onde essa informação é disponibilizada (local da introdução na rede?), mas a vinculação também daquele que acede a essa informação à lei do estado para onde essa informação é trazida por via electrónica; distinção entre a consulta da informação que permanece na internet e a sua reprodução, para este efeito?. O problema põe-se em relação àqueles casos em que está em causa a licitude da informação por razões atinentes ao seu conteúdo (cfr. *Internet et la loi*, *dalloz*, 57 ss; cfr. o art. 45: compatibilidade aparente com o exposto, já que a conduta de quem introduz uma mensagem proibida não é em princípio susceptível de produzir danos excepto mediante a utilização dos dados informáticos por outrem; a lei de conflitos portuguesa recusa a responsabilidade se o país onde a informação surge não a proíbe, mas atenção à ressalva do n.º 2; mas importa ver se a disponibilização não pode ser já em si um acto ilícito)

quanto á celebração dos contratos, uma vez que o interessado navega virtualmente até ao sítio onde lhe são oferecidos bens e serviços, é aí que se dá por concluído o contrato (isto pelo menos se houver uma proposta a que ele se limite a aceitar)

ver a questão dos delitos informáticos no código penal

ver a questão da violação da propriedade informática, dano de substância vs. dano funcional de privação de utilização. *Rosenbach, Arnim, Eigentumsverletzung* 58 considera que o modo de produzir o resultado proibido não é interessa a não ser no campo dos deveres de prevenção do perigo.

há certas questões que se podem considerar prévias a um problema de responsabilidade e que se prendem com a definição da posição jurídica protegida: assim, para efeito de direito de autor, pode interessar saber se a disponibilização de uma obra protegida por um direito de autor na internet significa uma representação ou uma reprodução: *internet et loi cit.*, 143. Mas isso não muda as questões de responsabilidade nem os seus pressupostos à luz da legislação geral.

o comércio electrónico, *internet et la loi*, 177ss.

problema daquele que se limita a pôr na rede uma informação passível de responsabilidade é um problema de comparticipação; haverá delito específico de transmissão na internet? ver código penal e art. 483 n.º 2; ver o alcance do dever de verificação do conteúdo da informação e do carácter lícito ou ilícito da sua disponibilização (ver consoante se afecta um direito absoluto ou um direito relativo, caso em que temos uma hipótese de eficácia externa das obrigações, por exemplo segredo não desvendável).

responsabilidade do fornecedor de serviços da internet é contratual; *internet et la loi*, 41 ss; problema da

Bibliografia: Renato Speciale, Sulla configuratione giuridica dei sistemi telematici, Il diritto dell' informatione e del informatica, 1988, 359 ss; barbara Donato, La responsabilit  dell' operatore di sistemi telematici, Ibidem, 1996, 135 ss; Mike godwin, Internet libel: is the provider responsible?, <mnemonic(arroba)eff.org>; orlando gomes,

Pode legitimamente perguntar-se se a regra geral da irresponsabilidade por informa es (cfr. o art. 485 n . 1) não redundará, apesar das profundas brechas que a doutrina lhe vem abrindo, num injustificado privilégio daquelas entidades - aí incluídas as operadoras - cuja actividade *profissional* ou *empresarial* se esgote na produ o e disponibiliza o dessas informa es. E se essa responsabilidade não deverá ser traçada com maior amplitude do que aquela que permite o crivo das condi es do art. 485 n . 2 do Código Civil. A ideia será a de estender a responsabilidade a todos os casos de negligência na obten o da informa o, prescindindo do requisito , e aproximando a responsabilidade de quem confecciona a informa o da responsabilidade (pelo menos, da subjectiva) do produtor dos bens corpóreos. Para responder   necessidade de confinar a responsabilidade dentro dos limites razoáveis bastaria empregar devidamente os critérios da determina o dos deveres no tráfico acima referidos e sempre se poderia contar com a exigência de um nexu causal suficiente entre o facto e o dano.

vre al lei de imprensa quanto   distribui o de respons. Moraes Rocha

