

Jurisdição civil em delitos jus-personalísticos na Internet: o acórdão *eDate Advertising* do Tribunal de Justiça da União Europeia

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA¹

1. A determinação do foro competente face à ubiquidade da Internet

A Internet, enquanto meio de informação e de comunicação global e ubiqüitário, coloca em questionamento a competência do Direito enquanto sistema de regulação social e desafia a capacidade de resposta dos ordenamentos jurídicos², nomeadamente em sede

¹ Graduado, Mestre e Doutor em Direito, Professor da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, Portugal.

² Ver, mais recentemente, Rolf Weber e Romana Weber, *Internet of Things – Legal Perspectives*, Springer, 2010; Lilian Edwards e Charlotte Waelde (ed.), *Law and the Internet*, 3rd ed., 2009. Para superar as dificuldades de jurisdição suscitadas pela Internet, Daniel Freire e Almeida propôs na sua tese de doutoramento a criação de um tribunal internacional para a Internet (Daniel Freire e Almeida, *Um tribunal internacional para a Internet*, Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, Universidade de Coimbra, 2011). A casuística – envolvendo questões de direitos de autor e direitos conexos (casos *The Pirate Bay*, *Google – YouTube*, *Google Books*), violação de segredos de Estado (*Wikileaks*) espionagem cibernética, tráfico de dados pessoais e devassa da vida íntima, apostas em linha (caso *Bwin*) – evidenciaria uma falha do sistema jurídico: a incapacidade de o sistema responder adequadamente, tanto por via legislativa como por via judicial, aos desafios colocados pela nova sociedade digital, em especial pela Internet. Nas suas palavras, 'as respostas formuladas para os problemas de ontem, não estarão certas para os desafios levantados pela Internet. [...] será fundamental a conjugação, complementar, de fatores globais na regulação dos assuntos atinentes a Internet e ao comércio eletrô-

nico internacional', destacando neste processo a importância da 'cooperação associativa das empresas participantes do contexto tecnológico' (p. 287). Esta posição é bem reveladora da matriz da sua proposta de resolução do problema. À primeira vista parece corresponder à denúncia do 'estado patético' tanto da legislatura como da judicatura há muito feita por vários autores, nomeadamente Lawrence Lessig. Todavia, não se limita a constatar o *status quo*, posicionando-se ativamente nas fileiras do movimento globalizante, que propugna a criação de uma nova ordem jurídica para um novo mundo: o mundo virtual. A máxima parece ser respostas globais para problemas globais, com destaque para a assinalada 'cooperação associativa das empresas participantes do contexto tecnológico'. Fica-se sem saber, todavia, se as tais respostas globais deverão privilegiar o interesse dessas empresas, que teriam uma competência discursiva reforçada, nem se identifica se o seu meio ambiente ideal é o da economia de mercado, ainda que imperfeita, ou o do monopólio ou quase monopólio. Tendo em conta a importância do papel que atribui às empresas tecnológicas ao nível da elaboração da nova ordem jurídica ciberespacial, seria desejável uma caracterização mais aturada das empresas em causa.

Na parte II da sua tese, a proposta idealiza um tribunal internacional para a Internet. Sustenta que os aspetos essenciais do tribunal teriam em conta desde logo as iniciativas de governança internacional para a Internet, apresentando um rol das iniciativas em curso, como sejam a Cimeira Mundial sobre a Sociedade da Informação (WSIS) e o Fórum da Governança da Internet (ou Internet Governance Forum – IGF). Destaca com Viviane Reding o problema do ICANN – *Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números*, no sentido de o administrador principal dos nomes de domínio da Internet cumprir os padrões de governação corporativa, em especial a transparência financeira e a responsabilidade interna, e sujeição a efetivo controlo judicial. Além disso, trata do recurso aos meios alternativos, em especial a arbitragem. Defende que a União Internacional das Telecomunicações (ITU) 'poderia funcionar como Ponto de Partida do Tribunal Internacional para a Internet' (p. 354). E propõe uma conferência internacional para criar um Tribunal para a Internet, a promover pela ONU através do seu grupo de trabalho *Internet Governance Forum* (IGF) ou, em alternativa, pela ITU.

O imaginado tribunal teria por base uma organização internacional, dotada de personalidade jurídica de direito internacional. Poderia ser sedeadada na Haia, à semelhança do Tribunal Penal Internacional ou do Tribunal Internacional de Justiça, ou em Nova Iorque, sede da Assembleia Geral da ONU. No articulado sugerido, a proposta apresenta ainda regras sobre a organização e a estrutura interna, atribuindo em especial competência à Assembleia Geral para codifica-

ção do direito da internet, e prevendo servidores neutros para a Secretaria geral. Sugere ainda uma Câmara de Julgadores (com câmaras de instrução, câmaras especializadas e câmaras de recurso), uma Câmara dos procuradores, uma Ordem dos Advogados Internacionais, e o regime dos diplomatas do tribunal. Em matéria de regulamento processual, privilegia a digitalização e a celeridade, com audiências em linha e utilização das inovações tecnológicas disponíveis. A língua de trabalho do tribunal seria o inglês e, como línguas oficiais, as 10 mais usadas na internet, incluindo o português. Tudo isto condensado numa sugestão de articulado, incluindo preâmbulo, que parece combinar elementos dos estatutos do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Internacional de Justiça.

Mas, será verdadeiramente necessário um tribunal internacional para a Internet? Por exemplo, o Tribunal Penal Internacional (TPI) já tem competência para os crimes mais graves cometidos por indivíduos, incluindo genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e os crimes de agressão. Nos termos do artigo 25.º do Estatuto do TPI (Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002), as pessoas singulares podem ser julgadas por este tribunal, abrangendo a instigação à prática desses crimes, quer na forma consumada quer na forma tentada. Assim, por ex., o TPI será competente para julgar uma pessoa que utilize um sítio da internet para instigar à prática do crime, por exemplo, de genocídio. Além disso, são imagináveis práticas na internet que se assemelhem a crimes da competência do tribunal, pense-se em comunidades virtuais regidas pelo princípio do apartheid. Seria melhor clarificar a competência do tribunal penal internacional, no sentido de abranger os crimes relacionados com a internet, antes de se avançar para a criação de um novo tribunal com competência indeterminada.

Por outro lado, relativamente aos litígios envolvendo os Estados, o artigo 36.º/1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça determina que 'A competência do Tribunal abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.' A aceitação da competência deste tribunal, que não resulta do facto de o membro da ONU ser também parte do Estatuto do TIJ, concretiza-se designadamente através da chamada "cláusula facultativa de jurisdição obrigatória" (art. 36.º/2), isto é, uma declaração efetuada livremente pelos Estados que determina a aceitação de uma competência para resolver controvérsias jurídicas passadas e futuras que é obrigatória e sem necessidade de acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação. Por exemplo, Portugal emitiu a declaração de aceitação da competência do Tribunal ao abrigo do artigo 36.º/2 do Estatuto logo após a

sua adesão à Organização das Nações Unidas (14 e 19 de Dezembro de 1955 respetivamente).

O tribunal internacional para a Internet proposto teria competência universal, abrangendo indivíduos, empresas, estados, e organizações internacionais. Todavia, claudica não apenas na tematização das normas de competência dos tribunais internacionais existentes, designadamente o TPI e o TIJ, mas também na problematização das suas possibilidades de alargamento. Propõe um tribunal com jurisdição universal e com a finalidade de julgar os litígios internacionais relacionados à Internet e ao Comércio Eletrónico internacional (art. 1.º/1 do Tratado Instituidor). Todavia, ao mesmo tempo, defende e propõe que 'A jurisdição do Tribunal Internacional para a Internet deve ser, então, de alcance complementar às jurisdições nacionais' e 'complementar aos procedimentos arbitrais e extrajudiciais devidamente escolhidos pelas partes' (pp. 361, 363). Ou seja, parece que o proposto Tribunal Internacional teria competência para assuntos relacionados com a Internet e com o Comércio Eletrónico, ainda que tais assuntos pudessem ser abrangidos por outros tribunais internacionais. Todavia, ao mesmo tempo, teria jurisdição complementar relativamente aos tribunais nacionais. Seria por isso uma espécie de tribunal residual para litígios em 'matéria de Internet e Comércio Eletrónico internacional'.

E eis que, afinal, a grande solução para a falha do Direito na Internet só se abriria quando se fechassem as portas dos tribunais nacionais e internacionais existentes e os 'procedimentos arbitrais e extrajudiciais devidamente escolhidos pelas partes'. Ora, as boas regras da investigação jurídica aconselhariam o estudo das fontes relevantes de competência internacional dos tribunais e de arbitragem, ao menos estando em causa 'matéria de Internet e Comércio eletrônico internacional'. Ao conceber um tribunal com jurisdição universal, a proposta abre a investigação a todos os domínios do direito, desde o direito criminal ao direito civil, passando pelo direito administrativo e fiscal. Melhor fora justificar cabalmente a necessidade de um tribunal dessa índole num domínio específico do que imaginar um tribunal internacional com jurisdição universal em qualquer matéria da Internet e do comércio eletrônico. De resto, a proposta não diferencia os litígios em razão da matéria, quer em termos de competência judicial quer em matéria de lei aplicável. Por exemplo, quanto ao direito aplicável, o artigo 8.º dos sugeridos Estatutos parece misturar assuntos de direito privado com litígios de direito público. O tribunal aplicaria o tratado internacional instituidor do tribunal internacional para a internet (1), os tratados internacionais relacionados à Internet, ao Comércio Eletrónico e à Sociedade da Informação, quando aplicáveis (2) e pasme-se – embora a lista de instrumentos ainda esteja na primeira metade – os tratados internacionais,

de tutela de direitos de personalidade. No domínio civil, coloca-se desde logo a questão de saber qual é o tribunal competente para julgar ações de responsabilidade por conteúdos danosos colocados em linha³.

regulamentos, diretivas, leis europeias e leis quadro da União Europeia relacionadas à Sociedade da Informação, à Internet e ao Comércio Eletrónico, quando aplicáveis (3). Na ausência destas fontes seria aplicável o direito escolhido pelas partes resultantes da aplicação de um contrato internacional, ou de termos de serviço de websites na Internet (4) e ainda os Costumes Internacionais e a Doutrina dos Publicistas (5) e finalmente, na ausência ou inaplicabilidade de tudo o resto, o direito interno das jurisdições envolvidas, com primazia pelo direito Nacional da vítima do processo em questão, na medida em que seja compatível com as finalidades do Tribunal e com as fontes do direito internacional (6).

Por outro lado, a proposta não esclarece o que entende por litígios internacionais 'relacionados à internet e ao comércio electrónico' – noção que se afigura de definição rigorosa tanto mais que propõe que 'Os assuntos objeto de julgamento no Tribunal não prescrevem' (art. 7.º/12). Um tal tribunal seria como uma perpétua espada de Dâmocles relativamente a todo e qualquer assunto relacionado com a Internet e com o Comércio Eletrónico.

Em suma, a proposta apresentada é, no essencial, um exercício exploratório de política de justiça. O imaginado Tribunal Internacional para a Internet seria a resposta institucional para uma falha global de regulação, máxime ao nível da interoperabilidade dos sistemas jurídicos nacionais. Receamos todavia que não se tenha demonstrado cabalmente a insuficiência dos meios existentes, para além de se desconsiderar as implicações do *princípio da territorialidade* em matérias tão sensíveis como por exemplo a propriedade intelectual. É proposta a jurisdição universal quanto à competência em razão de uma matéria no mínimo indeterminada. O que, para além de gerar conflitos de competência com tribunais já existentes, parece desconsiderar que existem outros meios de resolução de conflitos. Por exemplo, no domínio do registo abusivo de marcas e outros sinais distintivos (*cybersquatting*) teria sido importante justificar a insuficiência dos meios alternativos de resolução de conflitos encontrados pela ICANN e pela OMPI. De igual modo, fica-se sem saber qual seria o papel do novo tribunal em sede de litígios envolvendo ofensas a direitos de personalidade cometidas através da colocação em linha de conteúdos danosos.

³ Para uma primeira abordagem, Alexandre Dias Pereira, 'A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)', Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXVII, 2001, p. 633-687. Sobre a problemática jusinternacionalística suscitada pela Internet,

Na União Europeia foi adotado o Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que substituiu nas relações entre os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968. Em derrogação à regra geral da competência dos tribunais do domicílio do réu, estabelece, para ações de responsabilidade, a competência dos tribunais do 'lugar onde ocorreu o facto danoso' (artigo 5.º/3) abrangendo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não apenas o lugar do evento causal mas também o(s) da materialização do dano.

Ora, face à ubiquidade dos conteúdos colocados em linha, seriam virtualmente competentes não apenas os tribunais do lugar de origem dos conteúdos mas também os tribunais de todos os lugares nos quais tais conteúdos fossem acessíveis e, nessa medida, suscetíveis de causarem danos.

O lugar de origem dos conteúdos danosos corresponderá, normalmente, ao lugar do domicílio ou estabelecimento do réu. Se fosse exclusiva, a competência dos tribunais do lugar de origem dos conteúdos potenciaría a migração, mormente de empresas do comércio eletrónico, para ambientes jurídicos mais favoráveis, por estabelecerem baixos níveis de proteção dos direitos de personalidade. Além disso, a competência desses tribunais poderia revelar-se extremamente onerosa para as vítimas, deixando-as indefesas perante ofensas aos seus direitos de personalidade cometidas através da Internet.

Por seu turno, a competência dos tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso permite às vítimas intentarem ações de responsabilidade virtualmente em tribunais de todos os países em que os conteúdos sejam acessíveis, com o inconveniente todavia da multiplicação de ações e da possível não reparação integral dos danos.

Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2005.

Suponhamos um futebolista brasileiro, residente em Lisboa, jogador do Sport Lisboa e Benfica, que se considera lesado nos seus direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada por conteúdos (escritos e imagens) colocados em linha por uma empresa de apostas em linha, sediada em Gibraltar, e acessíveis virtualmente nos quatro cantos do planeta. À luz dos referidos critérios, qual ou quais seriam os tribunais competentes para intentar uma ação de responsabilidade contra a referida empresa? A natureza dos direitos de personalidade e o caráter ubiquitário da Internet justificarão a competência dos tribunais do domicílio do futebolista para julgar a totalidade dos danos causados à escala global? Em que sentido apontam os princípios fundamentais que norteiam a problemática da competência judiciária internacional e da lei aplicável?⁴

2. O acórdão *eDate Advertising* do Tribunal de Justiça da União Europeia

A questão enunciada foi objeto de resposta por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. No dia 25 de outubro de 2011 o Tribunal de Justiça proferiu o aguardado acórdão nos processos apensos C-509/09 e C-161/10 (*eDate Advertising c. X e Olivier e Robert Martinez c. MGN*), tendo por objeto dois pedidos de decisão prejudicial apresentados respetivamente pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) e pelo tribunal de grande instance de Paris.

Ao Tribunal de Justiça foi pedida a interpretação do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001 sobre competência judiciária (Bruxelas I) e do artigo 3.º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico. O *Bundesgerichtshof* perguntou se, em caso de ameaça de ofensa dos direitos da personalidade através de conteúdos de um sítio

⁴ Sobre estes princípios, na ótica do conflito de leis, António Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado – Alguns Problemas*, Coimbra, 1997, Dário Moura Vicente, 'Sources and General Principles of Portuguese International Private Law: An Outline', *Yearbook of Private International Law* IX (2007), p. 257

Internet, a expressão ‘lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso’ constante do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001 deve ser interpretada no sentido de que:

a) o interessado também pode intentar uma ação de cessação de conduta contra o operador do sítio Internet nos tribunais de qualquer Estado-Membro em que seja possível aceder ao sítio Internet, independentemente do Estado-Membro em que aquele operador esteja estabelecido (*critério da acessibilidade do sítio*)⁵,

b) ou a competência dos tribunais de um Estado-Membro em que o operador do sítio Internet não esteja estabelecido pressupõe que, para além da possibilidade técnica de acesso ao sítio, exista um nexo especial dos conteúdos impugnados ou do sítio Internet com o Estado do foro (*critério do nexo de carácter territorial*)⁶. E, sendo exigido esse nexo de carácter territorial, quais os critérios de determinação desse nexo, designadamente:

(b1) se o operador do sítio o dirige igualmente aos utilizadores da Internet no Estado do foro ou, em alternativa,

(b2) se é suficiente que as informações no sítio Internet apresentem objetivamente um nexo com o Estado do foro, tais como a ocorrência real ou potencial no Estado do foro de um ‘conflito de interesses divergentes’, quais sejam o interesse do demandante em ver respeitados os seus direitos de personalida-

⁵ Em sede de lei aplicável aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, estabelece o considerando 24 do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), citando uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento 44/2001 que, ‘o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efetivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio internet não constituem elementos relevantes’.

⁶ Ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 novembro de 1998, processo C-391/95, *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*, Col. 1998, I-07091.

de e o interesse do operador na organização do seu sítio Internet e na informação.

Além disso, o *Bundesgerichtshof* questionou a relevância do número de acessos ao sítio Internet a partir do Estado do foro para a determinação da existência de um nexos especial de caráter territorial, de modo a que, em caso de não relevância, se poder interpretar o artigo 3.º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico enquanto regras de conflito de leis, no sentido de imporem também no domínio civil a aplicação exclusiva da lei do país de origem com exclusão das suas normas de conflitos nacionais (a) ou em alternativa de permitirem a aplicação destas normas com a consequência de continuar a ser possível o reenvio do direito do país de origem para o direito do país de destino (b).

Por seu turno, o *tribunal de grande instance* de Paris perguntou se os artigos 2.º e 5.º/3 do Regulamento 44/2001 atribuem competência ao tribunal de um Estado-Membro para julgar uma ação que se baseia na violação dos direitos de personalidade suscetível de ter sido cometida por uma disponibilização de informações e/ou de fotografias num sítio Internet editado noutro Estado-Membro por uma sociedade domiciliada neste segundo Estado – ou ainda noutro Estado-Membro, em qualquer caso distinto do primeiro:

a) apenas se este sítio Internet puder ser consultado a partir deste primeiro Estado,

b) ou apenas quando existe entre o facto lesivo e o território deste primeiro Estado uma ligação suficiente, substancial ou significativa; e, neste segundo caso, quais os critérios para estabelecer a ligação, nomeadamente:

b1) o grande número de ligações à página Internet controvertida a partir deste primeiro Estado-Membro, em valor absoluto ou relativamente a todas as ligações à referida página;

b2) a residência ou a nacionalidade da pessoa que se queixa de uma violação dos seus direitos de personalidade ou mais genericamente das pessoas em causa;

b3) a língua na qual é difundida a informação controvertida ou qualquer outro elemento suscetível de demonstrar a vontade do editor do sítio de se dirigir especificamente ao público deste primeiro Estado;

b4) o local onde se verificaram os factos relatados e/ou onde foram tiradas as fotografias eventualmente disponibilizadas através da Internet.

2.1. Do lugar onde poderá ocorrer o facto danoso

Sobre a interpretação da expressão '*lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*' constante do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001, o Tribunal de Justiça recordou o acórdão Henkel (C-167/2000, ac. 1/10/2002, Col. I-8111) no sentido de que a referida norma não pressupõe a existência atual de um dano, abrangendo por conseguinte qualquer ação que tenha por objeto evitar a repetição de um comportamento considerado ilícito.

Por outro lado, em caso de alegada violação dos direitos de personalidade por meio de conteúdos colocados em linha num sítio da Internet, o Tribunal reiterou a jurisprudência estabelecida por referência à Convenção de Bruxelas, nos termos da qual, a regra de competência especial prevista no artigo 5.º/3, em derrogação ao princípio da competência dos tribunais do domicílio do demandado,

a) Baseia-se na existência de um *nexo territorial particularmente estreito* entre o litígio e os tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso, suscetível de justificar uma atribuição de competência a estes últimos, por razões de boa administração da justiça e de organização útil do processo (acórdão Zuid-Chemie, C-189/08, 16/7/2009, Col. I-6917);

b) Refere-se ao lugar do evento causal e ao da *materialização do dano*, podendo ambos constituir um *nexo significativo* do ponto de vista da competência judiciária, e sendo cada um deles suscetível, segundo as circunstâncias, de fornecer uma indicação particular-

mente útil em sede de prova e de organização do processo (acórdão Shevill, C-68/93, 7/3/1995, Col. I-415).

Ora, quanto à aplicação destes dois critérios de conexão a ações que visam reparar um dano imaterial pretensamente causado por uma publicação difamatória, tratando-se de difamação através de um artigo de imprensa divulgado em vários Estados contratantes da Convenção de Bruxelas, o Tribunal de Justiça recordou o acórdão *Shevill*, segundo o qual a vítima pode intentar uma ação de indemnização contra o editor:

a) Nos tribunais do Estado contratante do lugar de estabelecimento do editor da publicação difamatória, competentes para reparar a integralidade dos danos resultantes da difamação, ou

b) Nos tribunais de cada Estado contratante onde a publicação foi divulgada e onde a vítima alega que a sua reputação foi prejudicada, os quais serão competentes para conhecer apenas os danos causados no Estado do tribunal onde a ação foi proposta.

Na opinião do Tribunal de Justiça, estes critérios seriam igualmente válidos para outros meios e suportes de comunicação, podendo cobrir um variado leque de violações dos direitos de personalidade consoante os diferentes ordenamentos jurídicos. Não obstante, o Tribunal destaca a especificidade da Internet, no sentido de que a colocação em linha de conteúdos num sítio da Internet se distingue da difusão, limitada a um território, de um meio de comunicação impresso, na medida em que a colocação em linha visa, em princípio, a ubiquidade dos referidos conteúdos, que podem ser consultados universal e instantaneamente por um número indefinido de internautas, independentemente de qualquer intenção da pessoa que os emitiu quanto à sua consulta para além do seu Estado-Membro de estabelecimento e fora do seu controlo.

Neste sentido, o Tribunal considera que a Internet reduz a utilidade do critério relativo à difusão, uma vez que o âmbito da difusão dos conteúdos colocados em linha é, em princípio, universal, e por nem sempre ser possível, no plano técnico, uma quantificação certa

e fiável relativamente a um Estado-Membro em particular, inviabilizando por isso uma avaliação do dano causado exclusivamente nesse Estado-Membro.

Por esta razão, o Tribunal conclui que as dificuldades de aplicação do *critério da materialização do dano* contrastam com a gravidade da lesão que possa vir a sofrer o titular de um direito de personalidade que constata que um conteúdo ilícito está disponível em qualquer ponto do globo.

Nesta ordem de ideias, o Tribunal considera ser necessário adaptar os referidos critérios de conexão, no sentido de que a vítima de um delito de direitos de personalidade cometido através da Internet possa intentar, em função do *lugar da materialização do dano* causado na União Europeia pela referida violação, uma ação num foro a respeito da *integralidade desse dano*. Para o Tribunal, o tribunal do lugar onde a vítima tem o *centro dos seus interesses* pode apreciar melhor o impacto de um conteúdo colocado em linha sobre os direitos de personalidade, pelo que lhe deverá ser atribuída competência segundo o princípio da *boa administração da justiça*. O centro de interesses corresponderá, em princípio, ao lugar da residência habitual da vítima, admitindo-se todavia que a determinação do centro de interesses possa resultar de outros indícios, como o exercício de uma atividade profissional, em termos de estabelecimento de um nexo particularmente estreito com esse Estado.

À questão de saber se a competência do tribunal do lugar onde a vítima tem o centro dos seus interesses respeita o princípio da previsibilidade das regras de competência⁷, responde o Tribunal afirmativamente, argumentando que o autor da difusão do conteúdo danoso se encontra, aquando da colocação em linha desse conteúdo, em condições de conhecer os centros de interesses das pessoas afetadas por este.

⁷ Acórdão de 17 de junho de 1992, C-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, Col. I-3967, e acórdão de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung e Rabitsch*, C-533/07, Col. I-3327

Em conclusão, o TJ considera que o artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de alegada violação dos direitos de personalidade através de conteúdos colocados em linha num sítio da Internet, a pessoa que se considerar lesada pode intentar uma ação de responsabilidade civil pela totalidade dos danos causados quer nos tribunais do Estado-Membro do lugar de estabelecimento da pessoa que emitiu esses conteúdos (b) quer nos tribunais do Estado-Membro onde se encontra o seu centro de interesses da vítima (b) quer ainda nos tribunais de cada Estado-Membro em cujo território esteja ou tenha estado acessível um conteúdo em linha mas apenas relativamente ao dano aí causado (c).

2.2. O papel do Tribunal de Justiça na adaptação dos critérios tradicionais à Internet

O acórdão do Tribunal de Justiça oferece um critério de competência dos tribunais em matéria de ações de responsabilidade civil por delitos contra direitos de personalidade cometidos através da Internet para efeitos do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001. À competência dos tribunais do 'lugar do facto danoso', prevista no Regulamento, e restrita aos danos causados em cada um desses lugares, o Tribunal veio adicionar a competência dos tribunais do lugar onde a vítima tenha o seu centro de interesses para julgar a totalidade dos danos, à semelhança do que tinha afirmado para a imprensa embora atribuindo aqui competência ao lugar de estabelecimento da editora.

Poderá considerar-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça, pese embora encontre ecos em trabalhos da Comissão⁸, não tem correspondência com a letra da referida norma do Regulamento. Tratar-se-á de um acórdão em que, à luz do princípio da boa administração da justiça, o Tribunal deteta uma falha de regulação em

⁸ Comissão Europeia, *Livro Verde sobre a revisão do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, Bruxelas, COM (2009) 175 final, 21/4/2009.

matéria de competência judiciária, por insuficiência do critério legal e da jurisprudência anteriormente desenvolvida para a imprensa, para responder às exigências da Internet. Com fundamento nesse mesmo princípio da boa administração da justiça e ressaltando não ser postergado o princípio da previsibilidade dos julgados, o Tribunal estabelece um critério de competência judiciária para as ações de responsabilidade civil por delitos contra direitos de personalidade cometidos pela Internet.

2.3. Da natureza de norma de conflitos do princípio do país de origem (artigo 3.º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrônico)

Outra questão a que o Tribunal de Justiça foi chamado a responder – e que tange a comunitarização do direito internacional privado⁹ – é saber se o artigo 3.º/1, que estabelece a sujeição da atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação ao regime jurídico do país do seu lugar de estabelecimento (princípio do país de origem), consubstancia uma norma de conflitos.

Tendo em conta os motivos que justificam a adoção da Diretiva sobre comércio eletrônico, constantes dos seus considerandos preambulares, o Tribunal de Justiça considera que a Diretiva não visa uma harmonização das regras materiais, mas estabelece um ‘domínio coordenado’ para o regime jurídico dos serviços da sociedade da in-

⁹ Cf. Rui Manuel de Moura Ramos, ‘Direito Internacional Privado e Direito Comunitário – Termos de uma Interação’, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Professores Doutor A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. A. Pinto Monteiro, Coimbra Editora, 2007. Sobre o problema da base legal da UE para intervir neste domínio considera Andrew Dickinson que ‘in its recent jurisprudence concerning private international law measures, the ECJ [in *Owusu v Jackson*] has displayed an overt hostility to arguments that might impact on the scope of the Community’s power to legislate in this area’ – *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 115.

formação, que será, em princípio, determinado pelo Estado-Membro do estabelecimento do prestador de serviços¹⁰.

No entender do Tribunal, o direito civil do Estado-Membro é abrangido pelo 'domínio coordenado' e, conseqüentemente, pelo princípio do país de origem. Todavia, tendo em conta que o artigo 1.º/4 dispõe que a Diretiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, o Tribunal considera que o artigo 3.º/1 (princípio do país de origem) não apresenta as características de uma regra de conflito de leis. Tanto mais que o artigo 3.º/2 proíbe os Estados-Membros de restringirem, por razões que pertencem ao domínio coordenado, a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. Pelo que o TJ conclui que os Estados-Membros de acolhimento são, em princípio, livres de designar, em virtude do seu direito internacional privado, as regras materiais aplicáveis, desde que daí não resulte uma restrição da livre prestação dos serviços do comércio eletrónico.

Nesse sentido, o tribunal conclui que o artigo 3.º, sem prejuízo das derrogações autorizadas nos termos dos seus n.ºs 3 e 4, se opõe a que o prestador de um serviço de comércio eletrónico seja sujeito a exigências mais estritas do que as previstas pelo direito material em vigor no seu Estado-Membro de estabelecimento.

3. Possível falha de proteção dos direitos de personalidade em sede de lei aplicável

Retomando o caso do futebolista brasileiro, estando a empresa de apostas sediada em Gibraltar, parece, em princípio, que não estaria sujeita as exigências mais estritas do que as previstas pelo

¹⁰ Sobre o princípio do país de origem e a noção de 'domínio coordenado' no regime jurídico da atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, Alexandre Libório Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999.

direito material em vigor nesse território. Embora os tribunais de Lisboa tivessem competência para julgar a totalidade dos danos causados pelos conteúdos colocados em linha lesivos dos direitos de personalidade do futebolista brasileiro, pelo critério do seu centro de interesses, os seus direitos de personalidade não seriam determinados segundo a sua lei nacional ainda que na medida em que a respetiva tutela fosse reconhecida na lei portuguesa como prevê o Código Civil no artigo 31.º.

A ser assim, o critério do centro de interesses do lesado, estabelecido pelo Tribunal de Justiça para colmatar uma falha de proteção jurídica, poderá ser desprovido de efeito útil, na medida em que a lei aplicável não tutele os direitos de personalidade do lesado. Em suma, no acórdão *eDate Advertising* o Tribunal teria dado com a mão da competência judiciária o que logo a seguir teria retirado com a mão da lei aplicável.

O Regulamento Roma II sobre lei aplicável às obrigações não contratuais¹¹ determina, como regra geral (artigo 4.º/1), a aplicação

¹¹ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). Sobre este Regulamento, Luís de Lima Pinheiro, 'O Direito de conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – uma primeira apreciação do Regulamento Comunitário Roma II', *O Direito* 139/V (2007), p. 1027; Palao Moreno, G. 'Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet', *Cuestiones Actuales de Derecho y Tecnologías de la Información e la Comunicación (TICs)*, coord. J. Plaza Penadés, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 275; Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, Comares, 2008 (notando relativamente às infrações planetárias pela Internet, no domínio dos direitos intelectuais, que 'com arreglo al art. 8 Regto. Roma II, sólo se produce infracción de estos derechos en los países en los que tales derechos inmateriales existen, y no en todo el mundo' – p. 216); Wagner, G. 'Die neue Rom II-Verordnung', *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2008), p. 1; Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008 (notando que no processo de europeização do direito privado,

da lei do país onde o dano ocorre (*lex loci damni*), referindo-se tanto ao evento causal como ao dano (artigo 2.º/3; ver considerando 17). Com base neste Regulamento poderia o Tribunal de Lisboa aplicar a lei portuguesa uma vez que o dano ocorreria igualmente em território português. Todavia, as ofensas aos direitos de personalidade, incluindo difamações, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento Roma II (artigo 1.º/2), pelo que o Tribunal de Lisboa não poderia justificar a aplicação da lei portuguesa com base neste Regulamento.

Pelo contrário, tendo em conta o sentido atribuído pelo Tribunal de Justiça ao artigo 3.º da Diretiva sobre comércio eletrónico, o Tribunal de Lisboa teria que, em princípio, aplicar a lei do lugar de estabelecimento da empresa de apostas em linha.

Não obstante, sob pena de os direitos de personalidade ficarem sujeitos ao 'forum shopping', parece-nos que deverá ser tida em conta a norma do artigo 45.º/2 do Código Civil, no sentido de que, caso a empresa de apostas em linha não fosse considerada responsável pela lei do seu lugar estabelecimento, dever-se-ia aplicar a lei do lugar onde se produziu o efeito lesivo se esta considerar a empresa responsável e na medida em que esta devesse prever a produção de um dano em Portugal como consequência da colocação dos conteúdos em linha.

Assim, o Tribunal de Lisboa poderia aplicar a lei portuguesa por analogia com o critério do 'centro de interesses' – ou até a lei brasileira, mas na medida em que a respetiva tutela seja reconhecida na lei portuguesa como prevê o Código Civil no artigo 31.º.

Tanto mais que, no direito português, o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade constitui um princípio fundamental do direito civil¹². O Código Civil estabelece uma tutela geral da

'As such, the Regulation may be no more than a pit stop on what is already a very long journey' – p. 61).

¹² Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005. Sobre os direitos de perso-

personalidade dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa ilícita à sua personalidade física ou moral, conferindo à pessoa ameaçada ou ofendida o poder de requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso a fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (artigo 70.º/1-2). Além disso, o Código Civil prevê direitos de personalidade especiais como o direito ao nome (artigo 72.º), o direito à confidencialidade da correspondência (artigo 75.º e seg.), o direito à imagem (artigo 79.º), o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 80.º), e o direito ao crédito ou bom nome (artigo 484.º).

Nos termos do Código Civil, a limitação voluntária dos direitos de personalidade é considerada ilícita e ferida de nulidade se contrariar os princípios da ordem pública (artigo 81.º/1). Sendo lícita, a limitação voluntária poderá ser revogada a todo o tempo, embora sujeita a indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (artigo 81.º/2). Além disso, a lesão é ilícita, ainda que consentida, se contrariar proibição legal ou os bons costumes (artigo 340.º/1-2), embora se considere consentida a lesão que ocorra no interesse do lesado e corresponda à sua vontade presumível (artigo 340.º/3).

Para além dos direitos de personalidade especiais previstos no Código Civil deve ainda considerar-se o catálogo de direitos funda-

nalidade, Orlando de Carvalho, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1973, Diogo Leite de Campos, 'Lições de direitos de personalidade', *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXVII, 1991, pp. 129-223, Pedro Pais de Vasconcelos, *O Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra 1995, Paulo Mota Pinto, 'O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada', *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, e 'O direito ao livre desenvolvimento da personalidade', in Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra, 2000. Para o direito comparado ver, por todos, Adriano de Cupis, *Os direitos de personalidade* (trad. de Vera Jardim e M. Caeiro), Lisboa, 1961; Heinrich Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª ed., Köln/Graz, 1967; William Prosser, 'Privacy', *California Law Review*, 1960, p. 389.

mentais da Constituição da República Portuguesa (e em instrumentos internacionais relevantes) e bens jurídicos da personalidade protegidos pela lei penal. Especial relevo nas redes de informação assume, enquanto instrumentos de tutela de personalidade, a proteção dos dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas (ver em especial Leis 67/98, 41/2004 e 32/2008) e os direitos morais de criadores literários ou artísticos nos termos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos¹³.

Finalmente, mesmo que se entenda que a lei portuguesa estabelece exigências mais restritivas do que a lei do lugar de estabelecimento da empresa de apostas em linha, ainda assim deverá ser admitida a sua aplicação em casos de conexão com a lei aplicável às obrigações contratuais nos termos do Regulamento Roma I, à semelhança do que sucede em matéria de competência judiciária com a possibilidade de o tribunal designado pelas partes ter competência para decidir igualmente questões de responsabilidade extracontratual relacionadas com o contrato¹⁴.

4. Conclusão

Em alternativa à competência dos tribunais de cada lugar onde a vítima de ofensas a direitos de personalidade para reparação dos danos aí sofridos e à competência dos tribunais do lugar de estabelecimento do editor de conteúdos lesivos relativamente à totalidade dos danos (acórdão Shevill), o Tribunal de Justiça estabelece no acórdão *eDate Advertising* um novo critério de competência

¹³ Orlando de Carvalho, 'Os direitos de personalidade de autor', in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, tomo II, Lisboa, 1994, p. 539.

¹⁴ Ver acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de outubro de 2002 e de 8 de outubro de 2009, www.dgsi.pt. Solução semelhante foi sugerida, no âmbito da revisão do Regulamento Bruxelas I, pelo European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property, 'Exclusive Jurisdiction and Cross Border IP (Patent) Infringement. Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation (20.12.2006)', *EIPR* (2007) p. 193 [CLIP 2:201(c)].

judiciária em ações de responsabilidade por ofensas a direitos de personalidade cometidas pela colocação em linha de conteúdos danosos que permite ao pretense lesado pedir reparação pela totalidade dos danos sofridos no tribunal do lugar do centro dos seus interesses. Este critério atende à especificidade da Internet, em especial às dificuldades de determinação do *quantum respondeatur* tendo em conta a acessibilidade universal dos conteúdos colocados em sítio da Internet.

Esta solução mais favorável à posição do pretense lesado, no sentido de lhe permitir recorrer aos tribunais do lugar onde tem o centro dos seus interesses, enquanto principal lugar de ocorrência do facto danoso, deixa em aberto todavia a questão da lei aplicável. Ao responder à questão do sentido e alcance do princípio do país de origem para determinação do regime jurídico, abrangido pelo domínio coordenado, da atividade dos prestadores de serviços do comércio eletrónico como abrangendo o direito civil do Estado-Membro de estabelecimento dos prestadores e de a estes não poder ser exigido em princípio o respeito pelas exigências do ordenamento jurídico de cada lugar de destino dos serviços, o Tribunal de Justiça parece deixar em aberto a possibilidade de o tribunal do lugar do centro de interesses do pretense lesado não poder aplicar a lei deste foro na medida em que daí resulte uma restrição à livre circulação dos serviços da sociedade da informação.

Para evitar esta solução algo paradoxal e potenciadora de 'fórum-shopping', os tribunais portugueses deverão ter em conta o critério do Código Civil que estabelece a aplicação da lei portuguesa quando o autor da ofensa não seja considerado responsável pela lei do seu lugar estabelecimento, mas a conduta for ilícita face ao direito português e o efeito lesivo da ofensa se produzir em Portugal e na medida em que o agente devesse prever a produção aí de um dano como consequência da colocação dos conteúdos em linha.