

O Direito, a Internet e as novas tecnologias

Seminário Integrado -Tipo B - Coimbra, 24 e 25 de Novembro de 2011

24 de Novembro de 2011

9h30m – Abertura do Curso

9h45m – **DO DIREITO DA INFORMÁTICA AO DIREITO DA INTERNET**

Professora Doutora **Maria Eduarda Gonçalves**, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

10h30m – Pausa para café

11h00m – **A CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA**

Professor Doutor **Manuel António Pita**, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

13h00m – Pausa para almoço

14h30m – **A OBRA, SUA APECIAÇÃO, DISPONIBILIZAÇÃO A TERCEIROS E REPRODUÇÃO EM AMBIENTE DIGITAL**

Professora Doutora **Cláudia Trabuço**, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

15h15m - **A EXPERIÊNCIA JUDICIAL PORTUGUESA**

Mestre **Carla Mendonça**, Juíza de direito
Tiago Milheiro, Juiz de direito

16h00m – Síntese final

25 de Novembro de 2011

9h30m – Início dos trabalhos

9h45m – **A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A PRIVACIDADE E AS NOVAS TECNOLOGIAS**

Mestre **Catarina Sarmento e Castro**, Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional

10h30m – Pausa para café

11h00m – **A RESPONSABILIDADE PELOS CONTEÚDOS TRANSMITIDOS PELA INTERNET; A PROVA DIGITAL**

Professora Doutora **Sofia de Vasconcelos Casimiro**, Academia Militar

13h00m – Pausa para almoço

14h30m – **A PROTECÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: A TITULARIDADE, O CONTEÚDO. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR**

Professor Doutor **Alexandre Dias Pereira**, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

15h30m – **A EXPERIÊNCIA JUDICIAL PORTUGUESA**

Mestre **Carla Mendonça**, Juíza de direito
Tiago Milheiro, Juiz de direito

16h15m – Síntese Final

17h00m - Encerramento dos trabalhos

Moderação e Dinamização:

Manuel José Pires Capelo, Juiz Desembargador, Coordenador Distrital do CEJ, **Carla Câmara**, Juíza de direito, docente no CEJ, **Isabel Matos Namora**, Juíza de direito e **Marcos Gonçalves**, Juiz de direito

Local:

Auditório do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados
Praceta Mestre Pêro, nº 17, Quinta D. João
3030-020 Coimbra

Organização: Centro de Estudos Judiciários
Inscrições: formacao-def@mail.cej.mj.pt
Custo da inscrição para não Magistrados: 50 euros

Contratação Electrónica

Dec.-lei 7/2004

Artigos 24.º a 34.º

Delimitação

- Meio Electrónico ou informático
 - Civis ou comerciais
 - B&B,B&C,C&B
- Exclusões
 - Correio electrónico ou outro meio de comunicação individual (art. 30.º)
 - Contratação automática (art. 33.º)

Fontes

- DI 7/2004
 - Arts. 24.º a 34.º
- Direito dos consumidores, em especial o regime das vendas à distância (DL 143/2001)
- Direito Civil
- Direito comercial
- Relação especial/geral?

Direito especial?

- Regras do direito do consumo
- Direito Civil
 - Formação do contrato

Proposta

- Características
 - Completa
 - Firme
 - Formalmente adequada

Aceitação

- Características
 - Pura e simples (cfr. 233.º)
 - Tempestiva (228; 229.º)
 - Forma adequada
 - Forma da proposta

Artigo 26.º

Forma

•1 - **As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita** quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

2 - O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação.

Proposta/ Convite a Contratar

Art.32º/1

- **A oferta de produtos ou serviços em linha representa:**

--**uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário,**

--**caso contrário, um convite a contratar.**

Convenção de Viena

– Artigo 14.º

- Uma proposta tendente à conclusão de um contrato dirigida a uma ou várias pessoas determinadas constitui uma proposta contratual se for suficientemente precisa e se indicar a vontade de o seu autor se vincular em caso de aceitação. Uma proposta é suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço ou dá indicações que permitam determiná-los.
- Uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como um convite a contratar, a menos que a pessoa que fez a proposta tenha indicado claramente o contrário.

Quid Novum?

- Proposta e convite a contratar?
- Momento da formação do contrato?
 - N.º 2 do art. 31.º
 - Doutrina da recepção
 - N.º 2 do art. 32.º
 - O mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para o momento da conclusão do contrato

Processo de Contratação

- 1- Encomenda
- 29/1 - Logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora.

Processo de contratação

- **2- Aviso de recepção da encomenda**

- **Artigo 29.º**

1 - Logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora.

Processo de contratação

- **3- Confirmação da encomenda**

Art.29.º/5 -

A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida.

- Encomenda provisória?

Encomenda Não Confirmada

- Erro na formulação da encomenda
 - Artigo 27
- Poderá ser corrigido depois do aviso de recepção?
 - Art.28/1/d
 - Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda;

Directiva

Trabalhos Preparatórios

- Artigo 11/1:

O contrato encontra-se celebrado quando o destinatário do serviço:

- Tiver recebido do prestador, por via electrónica, o aviso de recepção da aceitação pelo destinatário do serviço e
- Tiver confirmado a recepção desse aviso

Duplo Clique ?

- Sistema Francês
- Neutralidade do aviso de recepção
-n.º2 do art. 32:
O mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Artigo 27.º

Dispositivos de identificação e correcção de erros

- O prestador de serviços em rede que celebre contratos por via electrónica deve disponibilizar aos destinatários dos serviços, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda.

Regras especiais

- Dever de Informação
 - Art. 28.º

Informações prévias

- **Artigo 28.º**
- 1 - O prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua:
 - a) O processo de celebração do contrato;
 - b) O arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário;
 - c) A língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado;
 - d) Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda;
 - e) Os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar;
 - f) Os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar electronicamente.
- 2 - O disposto no número anterior é derogável por acordo em contrário das partes que não sejam consumidores.

Regras Especiais

- Liberdade de celebração
 - Art. 25
 - 1 - É livre a celebração de contratos por via electrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio.

Síntese

- Regime especial:
 - Estatuto da Encomenda não Confirmada.
 - Dever especial de informação pré-contratual
 - Momento da Eficácia da declaração negocial

Ordem de encomenda e aviso de recepção

- **Artigo 29.º**
- 1 - Logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora.

2 - É dispensado o aviso de recepção da encomenda nos casos em que há a imediata prestação em linha do produto ou serviço.

3 - O aviso de recepção deve conter a identificação fundamental do contrato a que se refere.

4 - O prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar a comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço.

5 - A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida.

Proposta contratual e convite a contratar

- **Artigo 32.º**
- 1 - A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar.
- 2 - O mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Lei

Artigo 24.º

Âmbito

- As disposições deste capítulo são aplicáveis a todo o tipo de contratos celebrados por via electrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.

Artigo 25.º

Liberdade de celebração

- 1 - É livre a celebração de contratos por via electrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio.

- 2 - São excluídos do princípio da admissibilidade os negócios jurídicos:
 - a) Familiares e sucessórios;
 - b) Que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais;
 - c) Reais imobiliários, com excepção do arrendamento;
 - d) De caução e de garantia, quando não se integrarem na actividade profissional de quem as presta.

- 3 - Só tem de aceitar a via electrónica para a celebração de um contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma.

4 - São proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores.

Artigo 26.º

Forma

- 1 - As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

- 2 - O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação.

Artigo 27.º

Dispositivos de identificação e correcção de erros

- O prestador de serviços em rede que celebre contratos por via electrónica deve disponibilizar aos destinatários dos serviços, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda.

Artigo 28.º

Informações prévias

- 1 - O prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua:
 - a) O processo de celebração do contrato;
 - b) O arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário;
 - c) A língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado;
 - d) Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda;
 - e) Os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar;
 - f) Os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar electronicamente.
- 2 - O disposto no número anterior é derogável por acordo em contrário das partes que não sejam consumidores.

Artigo 29.º

Ordem de encomenda e aviso de recepção

- 1 - Logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora.
- 2 - É dispensado o aviso de recepção da encomenda nos casos em que há a imediata prestação em linha do produto ou serviço.
- 3 - O aviso de recepção deve conter a identificação fundamental do contrato a que se refere.
- 4 - O prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar a comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço.
- 5 - A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida.

Artigo 30.º

Contratos celebrados por meio de comunicação individual

- Os artigos 27.º a 29.º não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Artigo 31.º

Apresentação dos termos contratuais e cláusulas gerais

- 1 - Os termos contratuais e as cláusulas gerais, bem como o aviso de recepção, devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los.

- 2 - A ordem de encomenda, o aviso de recepção e a confirmação da encomenda consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles.

Artigo 32.º

Proposta contratual e convite a contratar

- 1 - A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar.

- 2 - O mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Artigo 33.º

Contratação sem intervenção humana

- 1 - À contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação.

- 2 - São aplicáveis as disposições sobre erro:
 - a) Na formação da vontade, se houver erro de programação;
 - b) Na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina;
 - c) Na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.

- 3 - A outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução.

Artigo 34.º

Solução de litígios por via electrónica

- É permitido o funcionamento em rede de formas de solução extrajudicial de litígios entre prestadores e destinatários de serviços da sociedade da informação, com observância das disposições concernentes à validade e eficácia dos documentos referidas no presente capítulo.

O Direito, a Internet e as novas tecnologias

Seminário Integrado -Tipo B - Coimbra, 24 e 25 de Novembro de 2011

24 de Novembro de 2011

A OBRA, SUA APRECIÇÃO, DISPONIBILIZAÇÃO A TERCEIROS E REPRODUÇÃO EM AMBIENTE DIGITAL

Professora Doutora Cláudia Trabuco, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

1. Enquadramento: as funções da propriedade intelectual e o princípio do equilíbrio de interesses;
2. A defesa da propriedade intelectual e a realidade da "cibercultura";
3. O gozo das obras e as utilizações reservadas aos titulares de direitos de autor;
4. Os direitos morais e patrimoniais de autor mais afectados;
5. Em especial, o direito de reprodução e o direito de colocação à disposição do público e respectivos limites;
6. Estudo de caso: os sistemas de "partilha" de ficheiros (peer to peer).

O Direito, a Internet e as novas tecnologias

Seminário Integrado -Tipo B - Coimbra, 24 e 25 de Novembro de 2011

25 de Novembro de 2011

A PROTECÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: A TITULARIDADE, O CONTEÚDO. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

*Professor Doutor **Alexandre Dias Pereira**, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Protecção dos Programas de Computador

1. Fontes e princípios gerais: objecto, titulares, conteúdo e limites de protecção; direitos do utilizador.
2. Análise da jurisprudência portuguesa em matéria de programas de computador
 - 2.1. Natureza da protecção jurídica.
 - 2.2. Amplitude do direito de reprodução. Empresas informáticas e empresas não informáticas.
 - 2.3. Titularidade de direitos. Encomenda de software (qualificação e formalidades). Software criado por trabalhadores. O software como obra colectiva.
 - 2.4. Direitos do utilizador.
 - 2.5. Da relevância da comercialização de exemplares ilicitamente reproduzidos. Aspectos criminais. Responsabilidade civil (indemnização). Providências cautelares.
 - 2.6. Partilha de ficheiros (E-mule, BTuga)
3. Software e Direito da Concorrência: abuso de posição dominante no caso Microsoft
4. Licenças de software livre.
5. O tribunal competente e a lei aplicável.

O Direito, a Internet e as novas tecnologias

Seminário Integrado -Tipo B - Coimbra, 24 e 25 de Novembro de 2011

24 de Novembro de 2011

O DIREITO, A INTERNET E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Mestre *Carla Mendonça*, Juíza de direito

Do Direito da Informática ao Direito da Internet

I - A natureza transnacional da Internet vs. A natureza estadual do Direito:

- a) A emergência de situações privadas internacionais: a tripartição situações privadas puramente internas / situações privadas relativamente internacionais / situações privadas absolutamente internacionais.

É uma evidência que não carece de prova o facto da Internet, enquanto “rede global”, acarretar, naturalmente, problemas de inter-relação de ordenamentos jurídicos, ou seja, em última instância, problemas derivados da colisão entre ordenamentos jurídicos. Ora, tal colisão implica a resolução do problema de continuidade e segurança de situações jurídicas.

Na verdade, a Internet veio potenciar a existência de “situações jurídicas atravessadas por fronteiras”, designação dada pela Professora Magalhães Collaço às situações plurilocalizadas, também denominadas situações jurídicas internacionais ou transnacionais, objecto do Direito Internacional Privado.

A ideia central do Direito Internacional Privado é a de assegurar a harmonia internacional e a continuação das situações jurídicas internacionais.

As situações internacionais (por contraposição às situações puramente internas) não colocam apenas problemas de determinação da lei aplicável. Perante um litígio relativamente a uma situação internacional torna-se necessário, na falta de convenção de arbitragem, determinar os tribunais estaduais competentes para o dirimir. Este é um problema de determinação de competência internacional.

Acresce que, se o litígio é decidido por um tribunal estrangeiro e se se pretende que a decisão produza efeitos na ordem jurídica do foro, verifica-se um problema de reconhecimento da decisão estrangeira.

O reconhecimento de efeitos de decisões estrangeiras é uma técnica de regulação das situações internacionais, mais concretamente é uma das técnicas do processo conflitual ou indirecto.

Situações privadas internacionais (também designadas situações transnacionais, ou situações jurídicas plurilocalizadas) são relações inter-individuais em que intervêm sujeitos de Direito Privado, isto é, pessoas colectivas e pessoas singulares, e que têm pontos de contacto com várias ordens jurídicas.

A estas situações privadas internacionais que são objecto do Direito Internacional Privado opõem-se as situações privadas puramente internas – que são relações em que todos os seus elementos têm apenas contacto com um ordenamento jurídico.

Dentro da categoria situações privadas internacionais há que distinguir: as situações relativamente internacionais e as situações privadas absolutamente internacionais.

As situações privadas absolutamente internacionais – são situações cujos elementos têm que desde a sua origem contacto com mais de um ordenamento jurídico e em que se colocam problemas de determinação de lei aplicável.

As situações relativamente internacionais – são situações puramente internas relativamente a uma ordem jurídica que não é a ordem jurídica do foro, mas depois de

completamente formada há a necessidade de esta relação jurídica ser reconhecida por um outro ordenamento jurídico, ou seja, numa fase posterior é que surge o contacto com outra ordem jurídica.

b) Competência internacional:

Qual o tribunal competente? Legislação existente no âmbito do Direito Comunitário e legislação existente no âmbito do Direito Internacional aplicável no ordenamento jurídico português.

Uma das primeiras perguntas que se coloca perante uma situação plurilocalizada é a de saber qual o tribunal competente para apreciar a questão em litígio.

Vejam, então, desde já, quais as normas existentes aplicáveis.

Ora bem, quando estejam em causa Estados Membros da União Europeia, o instrumento legal a ter em conta é o Regulamento (CE) n. 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I), alterado através do Regulamento (CE) nº 1937/2004 da Comissão, de 9 de Novembro de 2004, sendo que actualmente se encontra em discussão uma revisão de tal instrumento comunitário.

No quadro internacional extra-comunitário, mas intra-europeu os instrumentos a ter em conta são a Convenção de 27 de Setembro 1968 sobre Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Convenção de Bruxelas) e a Convenção de Lugano de 16 de Setembro de 1988.

Os textos legais acima indicados podem ser encontrados no site <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/uniao-europeia.html>.

Por fim, nos restantes casos, as normas a aplicar são as normas nacionais previstas nos arts. 65º e segs. do CPC, normas estas que funcionam, assim, como normas residuais em matéria de determinação da competência internacional.

Importante é, no que concerne à criação de regras comunitárias/internacionais em matéria de competência internacional a sua articulação com as regras comunitárias/internacionais em matéria de reconhecimento de decisões.

É certo que existem teorias (a tese da unilateralidade) que dissociam inteiramente o Direito da Competência Internacional do Direito do Reconhecimento. Este isolamento do Direito do Reconhecimento em relação ao Direito da Competência encerra o risco de uma falta de articulação entre estes complexos normativos.

Com efeito, como a principal condição de reconhecimento das sentenças estrangeiras necessário/aconselhável é que exista uma conexão adequada entre o Estado de origem da decisão e a relação controvertida. Esta exigência é satisfeita quando no Estado de origem e no Estado de reconhecimento vigora o mesmo direito unificado da Competência Internacional (o que sucede por exemplo na Convenção de Bruxelas e na Convenção de Lugano, bem como no Regulamento Bruxelas I).

Quando tal não se verifica, em geral, o reconhecimento da sentença estrangeira fica dependente de uma condição estabelecida pelo Direito deste Estado: o que interessa não é se o tribunal estrangeiro tem ou não competência segundo a sua lei, mas sim se esta competência se funda num título que, segundo o juízo de valor do Estado de reconhecimento, justifica o reconhecimento da sentença.

Outras soluções têm sido avançadas no Direito convencional e em sistemas estrangeiros.

Uma 1ª solução alternativa é a fixação dos critérios em que se pode fundar a competência do tribunal de origem. É este o caminho seguido pelas Convenções de Haia sobre o reconhecimento e execução das decisões em matéria de prestação de alimentos a menores (1958), sobre o reconhecimento de divórcios e de separação de pessoas (1970) e sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial (1971).

Uma outra possibilidade é a consagração de uma cláusula geral que exija uma conexão suficiente entre a relação controvertida e o Estado de origem da decisão. Também nos EUA se entende que a competência do tribunal de origem deve satisfazer a cláusula constitucional do *due*

process, o que exclui o reconhecimento de decisões quando há uma conexão insuficiente do réu com o Estado de origem.

Em suma, a coerência entre o Direito de Reconhecimento e o Direito de Competência Internacional exige que o reconhecimento de uma decisão judicial estrangeira seja subordinado: à existência de regras de competência internacional unificadas ou à existência de uma conexão adequada e que na definição desta conexão sejam tomados em consideração os critérios de competência internacional directa.

Pelo que a renúncia ao controlo de competência do tribunal de origem também representa uma contradição valorativa insanável com o Direito de conflitos, visto que se traduz numa referência global ao Direito do Estado de origem, mesmo que este Estado não tenha qualquer ligação significativa com a situação.

A integração das soluções num sistema global e coerente que compreende que Direito dos Conflitos, Direito da Competência e Direito do Reconhecimento são apenas perspectivas diferentes de se olharem as situações transnacionais, traduzir-se-á em soluções mais adequadas à vida jurídica transnacional, reduzindo os factores de incerteza e imprevisibilidade, tutelando a confiança depositada no Direito de Conflitos e atenuando o desequilíbrio entre as partes criado pelo forum shopping e pelo aproveitamento abusivo do instituto de reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras.

c) **Lei aplicável:**

Que lei ou leis aplicar? Legislação existente no âmbito do Direito Comunitário e legislação existente no âmbito do Direito Internacional aplicável no ordenamento jurídico português.

Ao Direito Internacional Privado pertence também determinar o Direito aplicável à situação transnacional, regulando as situações transnacionais mediante a remissão para o direito aplicável.

Estas regras não têm só por destinatários os órgãos de aplicação de direito. Com efeito, os sujeitos das situações transnacionais necessitam de determinar o Direito aplicável para poderem orientar as suas condutas.

Assim, perante uma situação transnacional, depois de determinar qual o tribunal competente para a apreciar, importa determinar qual a lei aplicável.

Vejamos, então, desde já, quais as normas existentes aplicáveis.

Ora bem, quando estejam em causa Estados Membros da União Europeia, o instrumento legal a ter em conta é o Regulamento (CE) n. 593/2008, de 17 de Junho de 2008 (Regulamento Roma I relativo à lei aplicável às obrigações contratuais) ou o Regulamento (CE) n° 864/2007 de 11 de Julho de 2007 (Regulamento Roma II relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais). Neste último Regulamento pretende-se simplificar e acelerar processos judiciais transfronteiriços relativos a pequenas acções do foro comercial e de consumidores.

Os textos legais acima indicados podem ser encontrados nos sites <http://europa.eu/>.

Com efeito, a pluralidade de critérios consentidos pelo Regulamento Bruxelas I seria inevitavelmente uma fonte de *forum shopping* em matéria contratual, pelo que se verificou a necessidade de proceder à unificação das regras de conflito dos Estados Membros, por forma a criar um sistema harmónico.

Nos restantes casos há que aplicar os critérios previstos no Código Civil, nos arts. 25º e seguintes.

Como já referido, a importância de uma articulação entre o Direito de Competência Internacional e o Direito de Conflitos reside no facto de tal articulação prevenir/evitar o forumshopping, potenciando, para além do mais, a segurança e a certezas jurídicas no âmbito das relações transnacionais.

d) Reconhecimento e execução de sentenças:

A necessidade de um sistema de reconhecimento e execução de sentenças/decisões eficaz. Legislação existente no âmbito do Direito Comunitário e legislação existente no âmbito do Direito Internacional aplicável no ordenamento jurídico português.

O fundamento do reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras é a continuidade das situações jurídico-privadas internacionais, a sua previsibilidade, a segurança jurídica que deriva da actuação consoante as expectativas fundadas dos sujeitos de direito.

O Direito de Reconhecimento Internacional Privado é o complexo normativo formado pelas normas e princípios que regulam a relevância das decisões externas sobre situações transnacionais na ordem jurídica interna.

Confirmar uma sentença estrangeira, após ter procedido à sua revisão, é reconhecer-lhe, no Estado do foro, os efeitos que lhe cabem no Estado de origem, como acto jurisdicional, segundo a lei desse mesmo Estado. Esses efeitos são o efeito de caso julgado e o efeito de título executivo, embora se possa ainda falar de efeitos constitutivos, extintivos ou modificativos, de efeitos secundários ou laterais (como mero facto jurídico) e de efeitos da sentença estrangeira como simples meio de prova, os quais, a maior parte das vezes (designadamente no Direito de Reconhecimento português), se produzem independentemente da necessidade de qualquer reconhecimento.

A atribuição de força executiva depende – segundo a generalidade dos sistemas nacionais, bem como perante as Convenções de Bruxelas e de Lugano e os Regulamentos Comunitários em Matéria Civil e Comercial – da concessão de uma declaração de executoriedade por um tribunal do Estado de reconhecimento.

No que concerne ao efeito de caso julgado, perante os Regulamentos comunitários em matéria civil e comercial e em matéria matrimonial, o mesmo é objecto de um reconhecimento autónomo relativamente ao Direito de Conflitos (lei aplicável), embora automático.

Mas não será de traçar uma distinção conforme a decisão produz um efeito declarativo ou um efeito constitutivo?

A questão do reconhecimento dependente do Direito aplicável tem-se colocado principalmente com respeito às decisões constitutivas (em sentido amplo). Trata-se das decisões que constituem, modificam ou extinguem situações jurídicas.

Enfim, a harmonia internacional só justifica o reconhecimento da decisão dos tribunais de um Estado quando a relação tem uma conexão mais significativa com este Estado do que com outros Estados estrangeiros.

Quais as normas aplicáveis neste âmbito?

Ora bem, quando estejam em causa Estados Membros da União Europeia, o instrumento legal a ter em conta é o Regulamento (CE) n. 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I), alterado através do Regulamento (CE) nº 1937/2004 da Comissão, de 9 de Novembro de 2004, sendo que actualmente se encontra em discussão uma revisão de tal instrumento comunitário.

No quadro internacional extra-comunitário, mas intra-europeu os instrumentos a ter em conta são a Convenção de 27 de Setembro 1968 sobre Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Convenção de Bruxelas) e a Convenção de Lugano de 16 de Setembro de 1988.

No quadro internacional há ainda a ter em conta a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial e respectivo Protocolo Adicional, concluídos na Haia, em 1 de Fevereiro de 1971.

Os textos legais acima indicados podem ser encontrados, como já referido, no site <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/uniao-europeia.html> e www.hcch.net.

Por fim, nos restantes casos, as normas a aplicar são as normas nacionais previstas nos arts. 1094º e segs. do CPC.

e) **O caso Betandwin.com como exemplo.**

Com base numa licença para apostas de desporto e jogos de casino emitida em Gibraltar, toda a actividade de jogo da empresa é operada pela BAW International Ltd (betandwin), uma subsidiária da betandwin.com Interactive Entertainment AG. A subsidiária é responsável pelo serviço de apoio a clientes, gestão de risco e actividades dos agentes de apostas de betandwin.

A empresa-mãe, BETandWIN.com Interactive Entertainment AG, foi fundada em Dezembro de 1997, com o objectivo de desenvolver produtos de jogos online para o mercado global da Internet. A empresa, betandwin situada na Áustria, está cotada na Bolsa de Valores de Viena desde Março de 2000 (Código ID "BWIN", Código ID Reuters "BWIN.VI").

A Betandwin oferece uma lista diária de mais de 4000 apostas em mais de 40 desportos diferentes, mais de 30 jogos de casino, utilizando a mais recente tecnologia Flash e vários tipos de jogos de lotaria, com sorteios a cada 60 segundos – eis uma amostra do que pode encontrar na betandwin, um dos mais inovadores promotores de jogos na Internet.

A BAW International Ltd (betandwin), a empresa operadora da betandwin, possui licenças europeias para apostas em desportos e licença de casino, emitidas em Gibraltar, sob a supervisão oficial permanente do Governo de Gibraltar.

Registada em Gibraltar, a BAW International Ltd (betandwin) foi fundada em 1999 sob o nome Simon Bold (Gibraltar) Ltd.

O fundador da empresa, Simon Bold, tem mais de 26 anos de experiência na indústria de apostas internacional. Betandwin Como fundador e principal accionista da empresa com sede em Liverpool, Mawdsley Bookmakers (mais de 40 agências de apostas no norte de Inglaterra, 200 empregados e um volume de negócios anual de mais de 32 milhões de euros), foi o primeiro a introduzir o sistema de apostas em larga escala através de "cartão de débito" em 1989. Em 1991, as agências de apostas foram vendidas à Stanley Leisure PLC, empresa cotada na bolsa.

Em Novembro de 1999, a Simon Bold (Gibraltar) Ltd. conseguiu a última licença de apostas a ser emitida em Gibraltar até à data. Em Dezembro de 1999, a empresa betandwin começou a oferecer um sistema de apostas por telefone, abrindo o seu segundo canal de distribuição na Internet em Junho de 2000.

Após a sua aquisição, em Junho de 2001, pela betandwin.com Interactive Entertainment AG, empresa austríaca cotada na bolsa, a empresa alterou o seu nome para BAW International Ltd (betandwin).

No Outono de 2001, a licença da empresa foi alargada, pelo que, em Dezembro de 2001, a BAW International Ltd (betandwin) pôde começar a operar um casino online com base numa licença emitida pelo Governo de Gibraltar.

Para além da betandwin, a BAW International Ltd (betandwin) opera, actualmente, outros onze sites de jogos, incluindo o www.playit.com, destinado ao mercado escandinavo, e o www.beteurope.com, voltado para o mercado de língua turca.

O operador da betandwin, BAW International Ltd (betandwin), dispõe, de acordo com a licença número 5, de uma concessão anual prorrogável para organização de apostas de desporto com *odds* fixas. Além disso, a BAW International Ltd (betandwin) detém uma licença para a exploração de casinos online, com base na licença para a oferta e negociação de apostas de desporto concedida em 1999. Tal significa que todas as questões comerciais da empresa estão sujeitas ao controlo do Governo de Gibraltar.

O tipo de legislação de Gibraltar é virtualmente idêntico ao do Reino Unido. Por conseguinte, não é por acaso que quase todas as principais empresas europeias de jogos *online* foram licenciadas em Gibraltar.

A LPFP e a Betandwin acordaram em que a primeira fizesse «publicidade» à actividade da segunda, nos seus eventos e iniciativas – desde logo na denominação das suas competições desportivas –, tendo como contrapartida o “pagamento” de uma certa quantia.

Contra este “patrocínio”, tendo em conta as actividades a que se dedica essa empresa, levantaram-se as «vozes» da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML) e dos casinos portugueses.

Preocupado com o rumo que as coisas tomaram o Governo solicitou um parecer à Procuradoria-Geral da República, sobre a “legalidade do contratualizado”.

Por seu turno, a SCML e a associação dos casinos portugueses, accionaram os tribunais, tendo em vista “paralisar” os efeitos daquele contrato.

Em causa estava um contrato de patrocínio, isto é, um acordo negocial mediante o qual uma empresa – a Betandwin – procura promover-se, buscar mais notoriedade para as suas actividades, através do estabelecimento de uma ligação entre o seu nome, marca ou símbolo e a denominação, imagem ou actividade de uma pessoa ou entidade (no caso a LPFP e as competições desportivas que organiza).

O contrato de patrocínio não recebe, por parte da lei portuguesa, um tratamento específico. Assim sendo, rege-se pelas normas que, em geral, enquadram, os contratos e, desde logo, com as constantes no Código Civil.

Contudo, deve-se ter presente, que o patrocínio constitui, em sentido amplo, uma espécie de publicidade. Deste modo, também as normas do Código da Publicidade estavam em causa.

Porém, desde logo, atenta as características transnacionais da Betandwin e da sua actividade que supra retratamos, colocava-se, desde logo e à partida um problema de lei aplicável.

Com efeito, a Betandwin alegava que lei nacional não lhe era aplicável, concluindo que o Estado português não tinha autoridade para sancionar o contrato de patrocínio da Liga face à ausência de legislação específica.

Os principais argumentos da Betandwin eram:

- A Betandwin não tem qualquer sede ou estabelecimento estável em Portugal, apenas pressupõe o acesso a um site electrónico;
- A aposta é feita directamente em linha, sendo que a sede da empresa se encontra na Áustria, estando aquela cotada na Bolsa de Valores de Viena;
- A Betandwin possui licenças europeias para apostas em desportos e licença de casino, emitidas em Gibraltar, sob a supervisão oficial permanente do Governo de Gibraltar.

O Código Civil, no domínio do “Direito dos Conflitos”, assume que as “pessoas colectivas” têm como lei pessoal a do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração. A lei pessoal das pessoas colectivas internacionais é a designada na convenção que as tenha criado ou nos respectivos estatutos. Na falta de designação, é a lei do país onde estiver a sede principal, que no caso não é em Portugal – Art.º 33.º do Código Civil.

Vigora em Portugal, desde 01/09/1994, a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980), que se aplica às obrigações assumidas após a sua entrada em vigor e que impliquem um conflito de leis. Esta Convenção consagrou um princípio segundo o qual as partes podem escolher a lei aplicável ao contrato ou a parte deste, podendo mesmo acordar, em qualquer momento, na substituição da lei designada.

Com a entrada em vigor da Convenção de Roma, as normas de conflitos relativas às obrigações decorrentes de negócios jurídicos, contidas no Código Civil Português, passaram a ter um campo de aplicação residual. Há que ter em atenção que os Art.ºs 41.º e 42.º estão revogados, a partir do momento em

que entrou em vigor a Convenção de Roma, embora não na sua totalidade, porque estão excluídos os negócios jurídicos unilaterais (n.º 1 da Convenção).

Na parte em que revoga, ou seja, quanto aos contratos, mantém o princípio do Art.º 3.º, o qual é semelhante ao Art.º 41.º n.º 1, porque ambos prevêm como competente a lei designada pela vontade das partes, tendo assim como princípio-regra o da autonomia da vontade das partes. A lei comunitária havia sido a escolhida pelas partes.

Enquanto “estabelecimento dito secundário”, o “*site*” de uma empresa pode ser considerado uma unidade sem autonomia que actua por conta da empresa principal. Na medida em que seja considerada um estabelecimento na acepção do Tratado, pode invocar as liberdades que lhe estão conexas – os centros de transmissão de dados constituem instalações estáveis.

Mesmo que os centros de transmissão de dados não devam ser considerados estabelecimentos da “*betandwin.com*”, elas colaboram, em todo o caso, na prestação dos serviços oferecidos por esta empresa. Admitindo que a empresa não mantém no território português nenhuma forma de representação que possa ser considerada um estabelecimento, a actividade comercial exercida pela “*betandwin.com*” corresponde a uma prestação clássica de serviços por correspondência. O prestador e o destinatário do serviço encontram-se estabelecidos em dois Estados-Membros diferentes e apenas o serviço tem um carácter transfronteiriço.

O TJUE já reconheceu que o facto de oferecer a possibilidade de participar, mediante remuneração, num jogo de fortuna e azar, actividade, que em seu entender, inclui, as apostas desportivas, constitui uma prestação de serviços.

No Acórdão Zenatti, o Tribunal de Justiça fez referência ao artigo 46.º CE que é igualmente aplicável no âmbito das disposições sobre a livre prestação de serviços, por força do artigo 55.º CE. No entanto, não retirou daqui quaisquer ilações para a apreciação das disposições litigiosas, tendo, ao invés, passado directamente à apreciação das razões imperativas de interesse geral.

Por conseguinte, em conformidade com o procedimento adoptado pelo Tribunal de Justiça, há que partir do princípio de que as disposições nacionais não são justificadas ao abrigo do artigo 46.º CE.

Importa, por conseguinte, aqui, determinar, por fim, se o regime adoptado no ordenamento jurídico português é formalmente discriminatório ou se produz efeitos discriminatórios.

No caso concreto após uma longa disputa judicial, em sede de recurso, o TRP fez uso da faculdade do reenvio prejudicial no sentido precisamente de saber se o regime adoptado no ordenamento jurídico português é formalmente discriminatório ou se produz efeitos discriminatórios.

O TJUE acabou por considerar que a proibição de operadores como a Betandwin de oferecerem jogos de fortuna ou azar na Internet pode ser considerada justificada pelo objectivo de combate à fraude e à criminalidade e, por conseguinte, compatível com o princípio da livre prestação de serviços.

No acórdão, é ressaltado que "a legislação portuguesa constitui uma restrição à livre prestação de serviços", salientando, contudo, que tal pode ser justificado "por razões imperiosas de interesse geral". "O objectivo de combate à criminalidade invocado por Portugal pode constituir uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar restrições quanto aos operadores autorizados a oferecer serviços no sector dos jogos de fortuna ou azar", lê-se no acórdão.

Por outro lado, o acórdão assinala ainda o risco de um operador "que patrocina certas competições desportivas sobre as quais aceita apostas e certas equipas que participam nessas competições se encontrar numa situação que lhe permite influenciar, directa ou indirectamente, o resultado e assim aumentar os seus lucros".

Enfim, mais do que o resultado final deste concreto caso, cremos que o mesmo é um bom exemplo das questões de Direito Internacional Privado que a utilização da Internet, atentas as suas características, necessariamente levanta.

Mais, este caso veio relembrar uma possibilidade ao dispor dos tribunais nacionais que por vezes é esquecida: o reenvio prejudicial.

Por fim, este caso relembra ainda que os utilizadores da Internet são destinatários desprevenidos das mensagens publicitárias, inexistindo legislação específica para publicidade na Internet.

II - Limitações das normas jurídicas existentes:

a) **A natureza “fugidia” da internet vs. A necessidade de segurança/estabilidade na regulação de situações jurídico-privadas. Necessidade de um corpo de normas específicas de carácter comunitário/internacional?**

Os primórdios da Internet foram marcados por uma enorme relutância em regular o mundo virtual, tendo a “rede”, no início, sido vista como um espaço de anarquia. Com efeito, a desmaterialização e a deslocalização dos conteúdos são dois dos principais óbices à eficaz regulamentação do mundo virtual, que serviram durante bastante tempo para afastar a aplicabilidade dos conceitos jurídicos.

Muitos defendiam que a Internet representa um espaço natural de liberdade, não refractário a qualquer regulamentação mas estranho a modos de regulamentação que não sejam gerados neste espaço comunicacional.

O tempo ajudou a compreender a insuficiência destas regras, que se têm demonstrado demasiado ténues, conduzindo ao reconhecimento de que a Internet não é imune a utilizações perniciosas que devem ser atacadas.

Num primeiro momento, a procura pela legalidade na rede, sustentou-se na conversão de um suposto costume internético ou, net-etiqueta, numa verdadeira regulamentação, susceptível de impedir e dirimir os conflitos ocorridos na rede. Em suma, a criação de uma *lex electronica*, definida como um direito espontâneo, não decorrente de soluções puramente estatais, mas nascidos da necessidade de regulamentação, consequência da própria utilização da Internet.

Desta forma, sustenta-se a possibilidade de constituição de um corpo de normas jurídicas informais muito específico, com características bem demarcadas, aplicável a situações muito particulares – as ocorridas no ciberespaço.

A principal fonte inspiradora da *lex electronica* seriam os usos dos utilizadores da Internet, permitindo por este meio uma mais profícua adaptação do Direito ao ambiente da Internet, possibilitando uma mais ampla ligação entre os utilizadores e a comunidade que os envolve. Por fim, alega-se que os problemas da deslocalização e a inexistência de autoridades munidas de *jus imperi* encontrariam respostas satisfatórias com o surgimento desta *lex electronica*.

Com efeito, a recusa de uma regulamentação jurídica da Internet tem-se baseado muitas vezes em considerações pragmáticas: o carácter global daquela e a dificuldade de controlar o que se passa na rede e impedir comportamentos ilícitos, não aconselharia a imposição de comportamentos, uma vez que não haveriam meios para impor o seu acatamento.

Na verdade, como já tivemos oportunidade de analisar existe, efectivamente, um problema de legitimidade dos Estados, não apenas para criar regulamentação mas, sobretudo, para os Estados perseguirem os prevaricadores e executarem as decisões judiciais, devido ao facto de estarmos perante relações plurilocalizadas. Relações plurilocalizadas a que os Estados ainda respondem maioritariamente de forma compartimentada, isolada e muitas vezes sem uma visão de conjunto.

É um problema que decorre da própria essência da Internet, e da sua dimensão global, que permite, por exemplo, que o conteúdo ilícito seja produzido num país e alojado num servidor num outro qualquer país do mundo, contornando as tradicionais regras territoriais de aplicação da justiça e as regras de soberania dos Estados.

Acresce a possibilidade de reprodução dos sítios com conteúdos ilícitos em “paraísos informáticos” - bom exemplo é o caso da exploração de jogos de azar, onde se assiste a um fenómeno de deslocalização dos sites para países em que a legislação é mais permissiva ou inexistente - ou “sites off-shore”, ou seja, em Estados em que a conduta não seja considerada ilícita, quer face aos princípios jurídicos vigentes, quer face à sua inexistência, ou, em países cujos ordenamentos jurídicos tornam os prevaricadores impassíveis de serem identificados. Ou seja, a internet veio potenciar o fenómeno do “forumshopping”.

Assim, torna-se claro que a Internet, como qualquer realidade social, necessita de normas jurídicas de molde a evitar e contrariar conflitos. Normas estas que, atenta a natureza global da Internet têm que ser, cremos nós, de carácter supranacional: comunitárias sim, mas, num quadro ideal, internacionais.

Sendo que, atenta a já comprovada “aversão” dos Estados a entidades supranacionais e, a também já comprovada dificuldade em negociar instrumentos internacionais, que estabeleçam normas jurídicas uniformes, estamos em crer que a via, mais pragmática e realista, para uma

regulação eficaz do fenómeno Internet passaria por um aperfeiçoamento e/ou criação de instrumentos comunitários/internacionais específicos para esta realidade, em matéria de competência, lei aplicável e reconhecimento e execução de decisões.

Seria também importante, estamos em crer, um verdadeiro empenho dos Estados em reforçar os mecanismos de cooperação judicial, designadamente a nível de meios, por forma a que aquela fosse efectivamente eficaz. E sobretudo que, neste quadro da cooperação judicial, os sistemas judiciais passassem a confiar mais nos seus congéneres...

b) O papel dos tribunais nacionais. A articulação com o TJCE: o reenvio prejudicial.

Chegados aqui, uma coisa é certa: no quadro actual, as questões que se venham a colocar relativamente a actividades desenvolvidas na Internet será resolvida em última instância pelos tribunais nacionais.

Importante é, pois, que estes estejam alertados para os concretos problemas que a Internet com o seu carácter fluido e transfronteiriço pode suscitar e que tentamos perfunctoriamente elencar.

Importante é, também, que estes tenham também presente, atento o quadro comunitário legal que envolve estas questões, da possibilidade de suscitar um processo de reenvio prejudicial, bem como das suas vantagens.

O reenvio prejudicial é um processo exercido perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Este processo permite a uma jurisdição nacional interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu

O reenvio prejudicial faz parte dos processos que podem ser exercidos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Este processo está aberto aos juízes nacionais dos Estados-Membros, que podem recorrer ao Tribunal para o interrogar sobre a interpretação ou a validade do direito europeu num processo em curso.

Ao contrário dos outros processos jurisdicionais, o reenvio prejudicial não é um recurso formado contra um acto europeu ou nacional, mas sim uma pergunta relativa à aplicação do direito europeu.

O reenvio prejudicial favorece, assim, a cooperação activa entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça e a aplicação uniforme do direito europeu em toda a UE.

Qualquer jurisdição nacional, que deva dirimir um litígio no qual a aplicação de uma norma jurídica europeia suscite dúvidas (litígio principal), pode decidir dirigir-se ao Tribunal de Justiça para resolver estas dúvidas. Existem, então, dois tipos de reenvio prejudicial:

- o reenvio para interpretação da norma europeia: o juiz nacional solicita ao Tribunal de Justiça que especifique um ponto de interpretação do direito europeu para o poder aplicar correctamente;
- o reenvio para apreciação da validade da norma europeia: o juiz nacional solicita ao Tribunal de Justiça que controle a validade de um acto jurídico europeu.

O reenvio prejudicial constitui, assim, um reenvio «de juiz para juiz». Embora possa ser solicitado por uma das partes no pleito, é a jurisdição nacional que toma a decisão de instar o Tribunal de Justiça.

A este respeito, o artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE precisa que as jurisdições nacionais que deliberam em última instância, ou seja, cujas decisões não podem ser objecto de recurso, têm a obrigação de exercer um reenvio prejudicial se uma das partes o solicitar.

Pelo contrário, as jurisdições nacionais que não são de última instância não são obrigadas a exercer este reenvio, mesmo que uma das partes o solicite. De qualquer modo, todas as jurisdições nacionais podem espontaneamente recorrer ao Tribunal de Justiça em caso de dúvida sobre uma disposição europeia.

O Tribunal de Justiça pronuncia-se, então, apenas sobre os elementos constitutivos do processo de reenvio prejudicial sobre os quais é instado, cabendo à jurisdição nacional o julgamento da questão principal.

Por princípio, o Tribunal de Justiça deve responder à questão colocada. Não pode recusar responder pelo facto de a resposta não ser relevante nem oportuna em relação ao processo principal. Pode, em contrapartida, rejeitar o reenvio se a questão não integrar a sua esfera de competência.

A decisão do Tribunal de Justiça tem valor de caso julgado. É, além disso, vinculativa não só para a jurisdição nacional que tenha estado na origem do processo de reenvio prejudicial, mas, ainda, para todas as jurisdições nacionais dos Estados-Membros.

No âmbito do processo de reenvio prejudicial sobre a validade de um acto europeu, se este for declarado inválido, também o serão todos os outros actos já adoptados que nele se baseiem. As instituições europeias competentes deverão, então, adoptar um novo acto para ultrapassar a situação.

*

A Contratação Electrónica e a Obra, Sua Apropriação, Disponibilização a Terceiros e Reprodução em Ambiente Digital

I – A quase inexistência de jurisprudência:

Não obstante a crescente utilização da Internet e das novas tecnologias no dia-a-dia, e a discussão a nível doutrinário das inúmeras questões que a sua utilização levanta a nível jurídico, o que é certo é que a nível dos tribunais nacionais, designadamente dos tribunais superiores, a discussão dos concretos temas da contratação electrónica e da reprodução em ambiente digital de obras é praticamente inexistente.

Vejamos então.

a) Recensão jurisprudencial quanto ao comércio electrónico.

Em matéria de comércio electrónico o único acórdão encontrado foi um acórdão do TRC, de 27/02/2008, que ainda assim aborda a questão de forma lateral.

Pode ler-se no sumário de tal acórdão:

“1. Constituindo –se como um cadinho da legislação comunitária o Decreto-Lei nº 138/90, de 26.04 visa propiciar ao consumidor a percepção directa e imediata do preço final a pagar.

2. O princípio do conhecimento pleno das condições de venda de um produto exposto para venda estende-se ao comércio electrónico pois o alojamento em página da Internet de oferta para venda constitui um convite para contratar.

3. Do princípio plasmado no item antecedente decorre a necessidade, para o oferente do produto em venda, da completa indicação e elucidação do preço de venda, incluindo os impostos taxas e outros encargos que onerem o preço final de aquisição.

4. A obrigação ínsita no item precedente decorre do princípio da transparência informativa e da sã concorrência que tem a sua aplicabilidade, tratando-se de produtos expostos para venda através da Internet, para todos aqueles que podem ter acesso à oferta.

5. Não restringindo ou confinando a decisão de facto o espectro de clientes – empresas industriais ou comerciais – que podiam adquirir os produtos que uma determinada empresa tinha exposto para venda no seu sitio terá que entender-se que os princípios supra referidos se mantêm actantes e válidos para efeitos do preenchimento do ilícito contra-ordenacional pelo qual o arguido foi condenado – previsão dos artigos 5º, nº 1 e 11º, nº1 ambos do Decreto-Lei nº 138/90, de 26.04. – por haver de se entender que qualquer pessoa podia aceder ou poder vir a adquirir os produtos anunciados e expostos para venda.”

Como se vê, muito pouco para uma matéria que doutrinalmente suscita tantas questões.

b) Recensão jurisprudencial quanto à reprodução em ambiente digital.

Nesta matéria, o quadro jurisprudencial não é tão diminuto.

Porém, os casos que chegam aos tribunais são ainda muito centrados na reprodução não autorizada de programas de computador (que será abordada amanhã); na reprodução de obras musicais, através de meios “tradicionais”, designadamente cds, incluindo-se aqui também as providências cautelares interpostas ao abrigo do art. 210º-G do Código de Direitos de Autor (cf. por exemplo, acs. do STJ de 09/03/2010, de 26/11/2009, de 30/06/2009, 01/07/2008, ac. do TRP de 03/06/2008, acs. do TRL de 19/07/2010, de 10/02/2009, de 18/12/2008, ac. do TRE de 29/09/2009) e na reprodução de obras literárias também através de meios “tradicionais”, designadamente fotocópias (cf. por exemplo, ac. do TRL de 31/01/2008).

Assim, a jurisprudência dos tribunais superiores nacionais sobre esta matéria centra-se muito ainda na reprodução em “meios tradicionais” (cds, fotocópias, dvds, etc.), passando um pouco ao lado dos novos meios de reprodução digital, e das complexidades e dificuldades que tal meio acarreta na abordagem da problemática da reprodução de obras.

II – O direito probatório material e as novas tecnologias:

a) Criação de novos meios de prova ou novos meios de obtenção destes?

As novas tecnologias trouxeram novos desafios ao Direito Probatório, não tanto pela necessidade de um novo paradigma (porquanto consideramos que os velhos institutos estão aptos a resolver o *grosso* do problema), mas mais pela frequência com que estas novas questões se vão colocar nos nossos tribunais (uma vez que os meios de obtenção de prova proporcionados pelo desenvolvimento tecnológico são cada vez mais, mais acessíveis, mas portáteis e com mais funções de “captação” da realidade).

Com efeito, todo o processamento de uma informação por computadores ou a comunicação realizada entre eles, quer seja na forma de envio de um e-mail, na publicação de uma notícia num site, ou na inserção de informações numa base de dados, deixa registos na forma de arquivos que, em determinadas situações, podem ser relevantes para a prova de um determinado facto jurídico.

Nestes casos, o meio de prova é o mesmo de sempre – prova documental, entendendo-se como documento, nos termos do disposto no artigo 362º do Código Civil “*qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto*”, incluindo, assim, filmes, fotografias, registos fonográficos, sms, páginas de internet (cfr. ainda o disposto no artigo 368º do Código Civil).

Serão, assim, os tribunais cada vez mais confrontados com estes meios de prova e terão de decidir sobre a sua admissibilidade e subsequente valoração.

Assim, quanto a nós, as novas tecnologias não criaram novos meios de prova, mas facilitaram incontornavelmente o seu meio de obtenção.

Nos dias que correm qualquer cidadão tem um ou mais telemóvel que, para além do serviço de telefone, tem ainda máquina fotográfica, câmara de vídeo e gravador de som. O que significa que, a qualquer momento, uma determinada situação da vida pode ser facilmente registada através destes aparelhos. Por outro lado, as formas de comunicação mais frequentes hoje em dia não são as cartas manuscritas e assinadas remetidas pelo correio, telegrama ou telefax; mas sim os e-mails, chats de conversação na internet, mensagens escritas enviadas por telemóvel.

Nestes casos, o meio de prova é o mesmo de sempre – prova documental. O que realmente tem mudado neste âmbito são os meios de obtenção destas provas que são cada vez mais, mais acessíveis, mais portáteis e com mais funções de “captação” da realidade.

b) A força probatória dos documentos não escritos. O caso especial das sms.

Por outro lado, novas respostas se impõem relativamente ao conceito amplo de documento no âmbito da respectiva força probatória. Com efeito, *“a força probatória do documento particular circunscreve-se no âmbito das declarações (de ciência ou de vontade) que nela constam como feitas pelo respectivo subscritor.*

Tal como no documento autêntico, a prova plena estabelecida pelo documento respeita ao plano da formação da declaração, não ao da sua validade ou eficácia. Mas, diferentemente do documento autêntico, que provém de uma entidade dotada de fé pública, o documento particular não prova plenamente os factos que nele sejam narrados como praticados pelo seu autor ou como objecto da sua percepção directa.

Nessa medida, apesar de demonstrada a autoria de um documento, daí não resulta, necessariamente, que os factos compreendidos nas declarações dele constantes se hajam de considerar provados, o mesmo é dizer que daí não advém que os documentos provem plenamente os factos neles referidos.”¹

Este regime não se aplica aos documentos não escritos que beneficiam do regime especial previsto no artigo 368º do Código Civil, nos termos do qual *“as reproduções fotográficas ou cinematográficas, os registos fonográficos e, de um modo geral, quaisquer outras reproduções*

¹ Ac. STJ de 09.12.2008, Proc. 083665, (Conselheiro Urbano Dias), in: www.dgsi.pt

mecânicas de factos ou de coisas fazem prova plena dos factos e da coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exactidão”.

Na esteira de J.M. Gonçalves Sampaio², consideramos que este preceito é igualmente aplicável às fotocópias e aos microfilmes de documentos, quando desacompanhados da sua conformidade ao original por entidade a tanto autorizada, fazendo, desse modo, prova plena dos factos e coisas que representam se não forem impugnados.

Não obstante, a admissão da exactidão da fotocópia ou do microfilme pela parte contra quem são apresentados, não levará a atribuir-lhes a força probatória do original quando o documento formaliza um acto jurídico para o qual a lei exija documento escrito, já que com a sua mera apresentação não se pode considerar provada a observância da forma legal e, consequentemente, o acto jurídico documentado tem de ser considerado nulo (cfr. artigo 220º e 354º alínea a) do Código Civil).

O desenvolvimento da ciência e da técnica não se compadece com o conceito clássico e restrito de documento. As próprias formas de organização e arquivo dos documentos alteraram-se substancialmente, quer ao nível dos documentos oficiais do Estado, quer ao nível particular, especialmente no que respeita à documentação das empresas (que tem que ser guardada obrigatoriamente por determinado período de tempo definido na lei).

Esta realidade motivou o crescente recurso aos microfilmes e a tendência legislativa para lhes atribuir a mesma força jurídica dos originais, o que permite a destruição destes últimos ao fim de um tempo mínimo de conservação.

Importa, no entanto, descortinar o regime aplicável às mensagens de telemóvel (conhecidas como *sms*). Estaremos perante um simples documento escrito ou uma reprodução mecânica?

Esta questão tem sido largamente discutida na doutrina e jurisprudência penal, a propósito do regime excepcional e restritivo da autorização das escutas telefónicas. Com efeito, tem-se

² *A prova por documentos particulares na doutrina, na lei e na jurisprudência*, 2ª Edição Actualizada e Ampliada, Almedina, 2004, página 142.

discutido, a propósito das *sms* se se tratam de transmissões electrónicas, sujeitas ao regime do artigo 189º do CPP, ou de simples documentos.

Prefiguram-se diversas soluções jurídicas possíveis³:

a) Pode defender-se que o telemóvel se equipara a um gravador, porquanto dispõe de um mecanismo de gravação de voz (voice mail) e dispositivo de memória de mensagens escritas;

b) O telemóvel pode ainda ser configurado pura e simplesmente como um meio de comunicação normal, com um emissor e um receptor, esquema comunicacional esse que faz o registo da mensagem automaticamente, consentindo tacitamente o emissor da mensagem na sua gravação, porquanto esta é automática e, logo, consequência necessária do envio;

c) Pode, ainda, considerar-se a *sms* como documento, equiparando-se as *sms* à correspondência escrita ou a informações (orais ou escritas) ou produtos fonográficos passíveis de edição cuja finalidade última é serem tratadas (em suporte digital ou papel) como documentos.

Tem-se defendido, a este propósito que *como em qualquer outra comunicação, também as comunicações por via electrónica ocorrem durante certo lapso de tempo; começam quando entram na rede e acabam quando saem da rede. É a sua intercepção neste lapso de tempo o assunto do preceito (do artigo 189º do Código de Processo Penal).*

Quando o momento do seu recebimento já pertence ao passado, qualquer contacto com a comunicação feita não tem qualquer correspondência com a ideia de intercepção a se reportam os artigos 187º a 190º do Código de Processo Penal).

As mensagens que depois de recebidas ficam gravadas no receptor deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão; são comunicações recebidas pelo que deverão ter o mesmo tratamento da correspondência escrita já recebida e guardada pelo destinatário.

Tal como acontece na correspondência efectuada pelo correio tradicional diferenciar-se-á a mensagem já recebida mas ainda não aberta da mensagem já recebida e aberta. Na apreensão daquela rege o art.º 179º do Código de Processo Penal, mas a apreensão da já recebida e aberta não terá mais protecção do que as cartas recebidas, abertas e guardadas pelo seu

³ Carlos Adérito Teixeira, “Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas”, in: *Revista do CEJ, número 9 (Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Estudos)*, página 285.

*destinatário. E a mensagem recebida em telemóvel, atenta a natureza e finalidade do aparelho e o seu porte pelo arguido no momento da revista, é de presumir que uma vez recebida foi lida pelo seu destinatário.*⁴

A jurisprudência tem, assim, defendido que as mensagens de telemóvel são meros documentos escritos, pelo que “*a mensagem mantida em suporte digital, depois de recebida e lida, terá a mesma protecção da carta em papel que, tendo sido recebida pelo correio e aberta, foi guardada em arquivo pessoal*”⁵.

No âmbito do Processo Civil, não se aplica o regime excepcional das escutas telefónicas enquanto modo de obtenção de prova, pelo que a discussão enunciada não tem qualquer relevância.

O que se pretende extrair da discussão penal do assunto é, de facto, a qualificação da sms – produto final – e não forma de comunicação em curso – enquanto meio de prova. Quanto esse aspecto, dúvidas não se nos colocam quanto à sua qualificação como documento escrito, quando se trata de mensagens escritas, e como fonogramas, quando se trate de mensagens de voz.

Assim, a reprodução das mensagens de voz fará prova plena quanto ao facto de que determinada declaração foi feita; e as mensagens escritas, não estando assinadas (nem manuscritamente, nem digitalmente) serão livremente apreciadas pelo tribunal, nos termos do disposto nos artigos 366º e 376º n.º1 a contrario do Código Civil.

c) O documento electrónico. Quadro legal nacional. A experiência brasileira.
Documentos autênticos electrónicos?

Um dos grandes desafios de nossos tempos é a possibilidade de substituir documentos em papel por documentos electrónicos. O documento electrónico nada mais é do que uma sequência de números binários (isto é, zero ou um) que, reconhecidos e traduzidos pelo computador, representam uma informação. Um arquivo de computador contendo textos, sons, imagens ou

⁴ Acórdão da Relação de Coimbra de 29.03.2006, Proc. 607/06, in: www.dgsi.pt.

⁵ Acórdão da Relação de Lisboa de 20.03.2007, Proc. 7189/2006-7 (Agostinho Torres), in: www.dgsi.pt.

instruções é um documento eletrônico. O documento eletrônico tem sua forma original em bits, ou seja, não é impresso ou assinado em papel: a sua circulação e verificação de autenticidade verificam-se na sua forma original, eletrônica.

Uma das adaptações que teremos necessariamente de referir relaciona-se com a questão da assinatura, elemento essencial dos documentos particulares, na medida em que significa a assumpção do conteúdo da declaração.

A assinatura digital emprega o conceito de certificação digital, onde se utiliza um par de chaves, ou "certificados": um público e um privado. Este artifício consiste em "assinar" um documento utilizando o certificado privado, que somente o autor possui. Para verificar a assinatura deste documento e garantir a autenticidade, utiliza-se o certificado público, que qualquer um pode possuir.

A chave pública, como o próprio nome sugere, fica disponível e pode ser dada ao conhecimento de todos, enquanto a chave privada é de conhecimento e de uso exclusivo do seu proprietário e por ele deve ser mantida em segredo absoluto.

Simplificando: o autor possui o certificado privado e passa a assinar todos os documentos com ele. Cada vez que se pretender verificar a assinatura de um documento, basta utilizar o certificado público para verificar a autoria. Apenas o certificado público que faz o "par" com o certificado privado consegue verificar a assinatura. Com isso, garante-se que o documento foi assinado utilizando aquele certificado privado, que, em princípio, pertence a somente uma pessoa.

Para se utilizar esta tecnologia, cada indivíduo capaz de "assinar um documento" deve possuir um certificado digital válido. Esse certificado pode ser comparado analogicamente à assinatura reconhecida nos cartórios. Assim, muito importante é que as autoridades certificadoras sejam bastante controladas, principalmente por estarem em meio digital.

O Decreto-Lei n.º290-D/99⁶, de 2 de Agosto, veio regular a validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrônicos e a assinatura digital, prevendo, todavia, a sua extensão

⁶ Alterado pelos Decretos-Lei n.º 62/2003, de 3 Abril e 165/2004, de 6 de Julho.

a outras modalidades de assinatura electrónica que, em função do desenvolvimento tecnológico, venham a satisfazer exigências de segurança idênticas às da assinatura digital, produzida através de técnicas criptográficas de chaves públicas.

Nos termos do artigo 3º n.º 1 é equiparado a documento particular o documento electrónico⁷ cujo conteúdo seja susceptível de apresentação como declaração escrita e desempenha, quando assinado, a função do documento particular legalmente exigido como forma do negócio jurídico.

A assinatura digital (a que aludia o diploma original) deve referir-se inequivocamente a uma só pessoa singular ou colectiva e ao documento ao qual é aposta (artigo 7º n.º2); a sua aposição substitui, para todos os efeitos legais, a aposição de selos, carimbos, marcas ou outros sinais identificadores do seu titular (artigo 7º n.º3).

Quando lhe é aposta uma assinatura digital, mediante utilização de uma chave privada cuja correspondente chave pública conste de certificado válido, emitido por entidade certificadora credenciada (artigo 7º n.º4), ambas criadas ou obtidas pelo utilizador (artigo 8º), o documento electrónico é equiparado, no seu valor, ao documento particular assinado (art.3º n.º2) e goza da presunção de que a aposição da assinatura foi do respectivo titular ou seu representante, de que foi feita com a intenção de subscrever o documento e de que este não sofreu alteração posterior (artigo 7º n.º1).

Na falta de assinatura digital, em conformidade com o regime previsto no citado diploma, a autoria e a integridade do documento electrónico, incluindo a assinatura electrónica, podem ser estabelecidos por meio de comprovação que tenha sido convencionado pelas partes, dentro dos limites definidos no normativo do artigo 345º n.º2 do Código Civil, ou tenha sido aceite pela pessoa a quem fosse oposto o documento (cfr. artigos 3º e 4º do referido Diploma).

Cumprindo, ainda, fazer uma referência ao art. 26.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 7/2004. Este clarifica que a declaração emitida por via electrónica satisfaz a exigência de forma escrita.

⁷ Entende-se por documento electrónico: o documento elaborado mediante processamento electrónico de dados (artigo 2º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 290-D/99).

Já o Decreto-Lei n.º 290-D/99 o dizia (art. 3.º, n.º 1). Este, no entanto, impunha a condição de o conteúdo ser susceptível de representação como declaração escrita. Agora é necessário que a declaração esteja contida em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

Esta segunda formulação, que foi inspirada no art. 4.º do Código de Valores Mobiliários, afigura-se preferível, já que realiza uma abordagem conforme ao método da equivalência funcional, permanecendo também tecnologicamente neutra.

Das três qualidades que são exigidas ao suporte electrónico, a mais relevante será a da conservação. A fidedignidade e inteligibilidade do suporte papel são facilmente atingíveis electronicamente. A conservação também, é certo, mas no entanto permite excluir algumas situações. Já antes do Decreto-Lei n.º 7/2004 se podia seguramente afirmar que o texto acessível no monitor de um computador, independentemente da sua impressão em papel, constituía um documento escrito.

Hoje é necessário distinguir: se o texto for mostrado apenas no monitor, não estando guardado em nenhum outro suporte que lhe permita sobreviver ao desligar do computador (disco rígido, CD-ROM, *diskette*, etc.), não poderá ambicionar a valer como escrito; caso contrário já o poderá, mas aqui o documento é esse outro suporte, e não o monitor. É que os computadores são fabricados para serem ligados e desligados, enquanto que o papel permanece impresso até se degradar ou ser destruído, nisto assentando a sua mais-valia ao nível da conservação.

E documentos autênticos electrónicos?

Os documentos autênticos são exarados por notário ou outro oficial público provido de fé pública (art. 363.º, n.º 2 do Código Civil). O notário lavra tais documentos nos respectivos livros (art. 35.º, n.º 2 do Código do Notariado). De entre as regras a seguir na elaboração dos actos, o art. 38.º, n.º 2 (do mesmo Código) impõe que, caso processados informaticamente, deve o suporte informático ser destruído após terem sido lavrados. Para mais, os «materiais utilizados na composição dos actos notariais devem ser de cor preta, conferindo inalterabilidade e duração à escrita» (art. 39.º, n.º 1).

Acresce que o notário deve identificar os outorgantes, explicar-lhes o conteúdo dos instrumentos e os seus efeitos jurídicos, não pode celebrar actos nulos, etc. Assim, essencial ao documento autêntico é a intervenção de uma autoridade pública.

Relativamente aos “documentos notariais” (por exemplo escrituras públicas), não parece tarefa fácil criar um equivalente electrónico para o documento autêntico, atentas as normas supra referidas.

Mas as certidões do registo comercial online (acessíveis através de uma chave) não serão já documentos autênticos electrónicos? E as actas judiciais assinadas electronicamente? Sendo certo que, quanto a estas últimas, as certidões com nota de trânsito em julgado continuam a exigir o selo branco que apenas pode ser apostado em papel.

Também no Brasil, o tratamento dado aos documentos electrónicos é similar ao dado no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º290-D/99, e é realizado através da Medida Provisória 2.200-2, de 24 de Agosto de 2001.

Assim, dispõe o art. 10º de tal medida provisória:

“Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.”.

A temática é, também, mais debatida no Brasil e levantam-se, por exemplo, as seguintes questões:

- Relativização das noções de tempo e espaço: a dificuldade de definir o real momento e local de concretização de um facto jurídico. Ademais, a data e hora de criação e/ou modificação de um arquivo refere-se à data e hora do computador (ou dispositivo) que o criou, tornando-se facilmente alterável. Pode-se trocar a data e hora de um computador com alguns comandos. É possível alterar essa data e hora mesmo após o arquivo ser gravado, não necessitando de grandes conhecimentos para isso.

- Autoria: para um documento virtual, muitas vezes não há como definirmos a identidade real do seu autor, determinação essa que é mais difícil quando falamos em identidade real dos contratantes na internet, por exemplo. Mesmo que se assegure de qual computador se partiu a contratação, ou criou-se um documento, é muito arriscado definir a identidade do utilizador.

- Integridade e conteúdo: não estando presos aos meios em que forem gravados, os documentos eletrônicos são prontamente alteráveis, sem deixar qualquer vestígio físico. Textos, imagens ou sons, são facilmente modificados pelos próprios programas de computador que os produziram, ou se não, por outros programas que permitam editá-los, *byte por byte*. Por exemplo, as mensagens eletrônicas ao percorrerem o caminho remoto de um computador ao outro, estão sujeitas a vários graus de ataque e podem ser facilmente alteradas por pessoas autorizadas ou não.

- Discute-se também a criação de cartórios virtuais, considerando-se que a definição de a quem serão dadas essas atribuições – ou seja, quem serão e como funcionarão os cartórios virtuais – é o mesmo que burocratizar um meio de comunicação cujo principal propósito é a agilidade, por isso não é questão de definir o "local" em que será feito o reconhecimento das "assinaturas", as senhas ou assinaturas virtuais, uma vez que em ambiente virtual e como o software adequado isto pode ser feito automaticamente na rede verificando em uma conexão sua origem e seu receptor, reconhecendo ambos e gravando a operação para fins de necessidade de investigação se houver qualquer problema.

Enfim, questões que talvez importe começar a debater e problematizar no nosso ordenamento jurídico.

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

Utilização de imagens captadas por sistema de videovigilância para fundamentar o exercício da acção disciplinar, ainda que a infracção disciplinar possa, simultaneamente, constituir ilícito penal.

Direito de reserva e confidencialidade dos trabalhadores relativamente ao conteúdo das mensagens que enviem, recebam ou consultem, nomeadamente através do correio electrónico.

A instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho vs direito à privacidade. Requisitos de admissibilidade.

Captação de imagens ilícitas e intromissão da entidade patronal no correio electrónico dos trabalhadores e a responsabilidade civil.

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- *Estabelecimento pelo empregador, nomeadamente através de regulamento de empresa, de regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa, nomeadamente correio electrónico.*
- *Direito à prova vs direito de reserva e confidencialidade do trabalhador.*
- *O registo e eventual utilização de informação, no seio da empresa, na sequência da realização de chamadas telefónicas no local de trabalho. Controlo da internet, e-mail e contactos telefónicos e os princípios sobre a privacidade dos trabalhadores no local de trabalho.*
- *O uso indevido do correio electrónico, telefone e internet no ambiente do trabalho vs liberdade pessoal e individual do trabalhador.*

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Ac. da RP, processo n.º 379/10.6TTBCL-A.P1, 9.05.2011, consultado em www.dgsi.pt: “O empregador não pode, em processo laboral e como meio de prova, recorrer à utilização de imagens captadas por sistema de videovigilância para fundamentar o exercício da acção disciplinar, ainda que a infracção disciplinar possa, simultaneamente, constituir ilícito penal.”

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- No mesmo sentido:
- Acórdão do STJ de 08.02.2006, in www.dgsi.pt, Processo 05S3139, consultado em www.dgsi.pt:
- “(...) A colocação de câmaras de vídeo em todo o espaço em que os trabalhadores desempenham as suas tarefas, de forma a que estes se encontrem no exercício da sua actividade sob permanente vigilância e observação, constitui, nestes termos, uma intolerável intromissão na reserva da vida privada, na sua vertente de direito à imagem, e que se não mostra de nenhum modo justificada pelo simples interesse económico do empregador de evitar a desvio de produtos que ali são manuseados. A entidade empregadora dispõe de mecanismos legais que lhe permitem reagir contra a actuações ilícitas dos seus trabalhadores, podendo não só exercer o poder disciplinar através do procedimento apropriado, efectuando as adequadas averiguações internas, como também participar criminalmente às entidades de investigação competentes, que poderão determinar as diligências instrutórias que se mostrarem convenientes. Em qualquer caso, a instalação de câmaras de vídeo, incidindo directamente sobre os trabalhadores durante o seu desempenho profissional, não é uma medida adequada e necessária ao efeito pretendido pela entidade patronal, além de que gera um sacrificio dos direitos de personalidade que é inteiramente desproporcionado relativamente às vantagens de mero cariz económico que se visava obter (...)”.

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Ac. da R.P., processo n.º 7125/2008-4, 19.11.2008, consultado em www.dgsi.pt:
- “Não é admissível, no processo laboral e como meio de prova, a captação de imagens por sistema de videovigilância, envolvendo o desempenho profissional do trabalhador, incluindo os actos disciplinarmente ilícitos por ele praticados.”

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Acórdão do STJ, de 14/5/2008, disponível em www.dgsi.pt: "sendo o fim visado pela videovigilância exclusivamente o de prevenir ou reagir a casos de furto, vandalismo ou outros referentes à segurança de um estabelecimento, relacionados com o público – e, ainda assim, com aviso aos que se encontram no estabelecimento ou a ele se deslocam de que estão a ser filmados - só, nesta medida, a videovigilância é legítima. A videovigilância não só não pode ser utilizada como forma de controlar o exercício da actividade profissional do trabalhador, como não pode, por maioria de razão, ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar pois, nestas circunstâncias, a divulgação da cassette constitui, uma abusiva intromissão na vida privada e a violação do direito à imagem do trabalhador, - arts. 79º do Cód. Civil e 26º da Constituição da República Portuguesa – criminalmente punível – art. 199º, nº 1, alínea b) do Cód. Penal".

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Mas o facto de se vedar a utilização da captação de imagens pelo sistema de videovigilância pelo empregador para provar o ilícito disciplinar não será uma limitação desproporcional do direito à prova?

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Acórdão da Relação de Lisboa de 03.05.06, in www.dgsi.pt, Processo nº 872/2006-4, “O direito à prova surge no nosso ordenamento jurídico com assento constitucional, consagrado no art. 20º da Lei Fundamental, como componente do direito geral à protecção jurídica e de acesso aos tribunais e dele decorre, por um lado, o dever de o tribunal atender a todas as provas produzidas no processo, desde que lícitas, independentemente da sua proveniência, princípio acolhido no art. 515º, nº 1 do Cód. Proc. Civil e, por outro lado, a possibilidade de utilização pelas partes, em seu benefício, dos meios de prova que mais lhes convierem e do momento da respectiva apresentação, devendo a recusa de qualquer meio de prova ser devidamente fundamentada na lei ou em princípio jurídico, não podendo o tribunal fazê-lo de modo discricionário. Tal direito de prova, porém, não é um direito absoluto, pois como se salienta o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 209/95 de 20 de Abril, publicado no DR, II Série, nº 295 de 23.12.95 o direito à produção de prova não significa que o direito subjectivo à prova implique a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objecto do litígio.”.

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Ac. da RL, processo 439/10.3TTCSC-A.L1-4, 30.06.2011, consultado em www.dgsi.pt: “Destinando-se o dever de reserva e confidencialidade previsto no art. 22.º do Cód. Trab. a proteger direitos pessoais como o direito à reserva da vida privada consagrado no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa e 80.º do Cód. Civil, enquanto que o dever de cooperação para a descoberta da verdade visa a satisfação do interesse público da administração da justiça, a contraposição dos dois interesses em jogo deve, no caso concreto, ser dirimida, atento o teor do pedido e da causa de pedir da acção, com prevalência do princípio do interesse preponderante, segundo um critério de proporcionalidade na restrição de direitos e interesses, constitucionalmente, protegidos, como decorre do art. 18.º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, concedendo-se primazia ao último, ou seja, ao dever de cooperação para a descoberta da verdade, sobre o primeiro.”

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Outra das questões que têm vindo a ser analisadas pelos tribunais é o acesso e limitação de correio electrónico ou intranet pelos trabalhadores, quer por as mensagens trocadas fundarem um ilícito disciplinar, quer para controlar a produtividade do trabalhador. Tem-se discutido igualmente se é possível limitar através de regulamento o uso das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa, estabelecendo tempos de utilização, vedando acessos ou colocando outros limites.

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Ac. da RP, processo n.º 0610399, www.dgsi.pt, 26.06.2006:
 - “I- Nos termos do art. 21º, 1 do CT “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico”.
 - II- Não viola tal direito, o superior hierárquico que acede ao endereço electrónico interno da empresa e lê um e-mail dirigido à funcionária que, por regra, acede ao referido correio electrónico, através de “password” que revela a outros funcionários que a tenham que substituir na sua ausência.
 - III- As expressões usadas pela autora no referido e-mail – “e durante a prelecção sobre filosofia japonesa (que para estes gajos por acaso não é japonês mas sim chinês), pensei que devia estar sentada ao lado de algum yuppi cá da empresa.”... “Quando resolvi olhar-lhe para a tromba é que vi que era o nosso querido futuro boss” – merecem censura, mas não constituem justa causa de despedimento.”

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Ac. da RL, processo n.º 2970/2008-4, 6.05.2008, www.dgsi.pt:
- “I - O envio de mensagens electrónicas de pessoa a pessoa («e-mail») preenche os pressupostos da correspondência privada (Internet – Serviço de comunicação privada).
- II – A inviolabilidade do domicílio e da correspondência vincula toda e qualquer pessoa, sendo certo que a protecção da intimidade da vida privada assume dimensão de relevo no âmbito das relações jurídico – laborais.
- III – Resulta do artigo 21º do CT que se mostram vedadas ao empregador intrusões no conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir ou no local do trabalho, independentemente da sua forma.
- IV - A protecção em apreço, pois, abrange a confidencialidade das cartas missivas, bem como as informações enviadas ou recebidas através da utilização de tecnologias de informação e comunicação, nomeadamente o correio electrónico.
- V - Todavia a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer, nomeadamente através de regulamento de empresa, regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa (vg: imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores).
- VI – Se a entidade patronal incumprir as supra citadas regras não serão de atender os decorrentes meios de prova juntos ao processo disciplinar.”

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Com interesse nesta matéria documento aprovado pela Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd), na sessão plenária de 29 de Outubro de 2002 (<http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/principiostrabalho.htm>), em que a CNPD faz várias recomendações e estabelece princípios na utilização das novas tecnologias - Princípios Genéricos; Princípios relativos ao tratamento de dados nas centrais telefónicas; Princípios gerais relativos à utilização e controlo do e-mail e Internet; Princípios específicos em relação ao e-mail; Princípios relativos à Internet; Procedimentos a adoptar pelas entidades empregadoras;
- Também deliberação n.º 61/2004 (www.cnpd.pt) da Comissão Nacional de Protecção de Dados, que explicitou os critérios gerais a adoptar na autorização de instalação de sistemas de videovigilância;

Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar

- Trabalhador que fez gravações do empregador (<http://blog.26notas.com.br/?p=3256>).
- Decisão da 11ª vara do Trabalho de Recife, em Pernambuco: o trabalhador gravou com aparelho de MP3 conversas com o dono da empresa em que este o coagia a despedir-se, tendo sido valorada a gravação para considerar o despedimento ilícito, tendo sido confirmada pelo tribunal superior, pois que os diálogos foram realizados no ambiente de trabalho, sem violação à intimidade e privacidade das pessoas envolvidas.
- Considerou-se pois que a gravação visava a defesa de um direito do trabalhador, devendo considerar-se prova lícita.

As novas tecnologias e a acção de divórcio. A prova ilícita no direito da família. A teoria da proporcionalidade.

- Questões suscitadas nos processos de divórcio:
- *Intercepções e gravações de sons e imagens, invasão da correspondência do outro cônjuge e o seu valor probatório em acção de divórcio.*
- *Do valor do testemunho com conhecimento com base na prova acima referida.*
- *Da responsabilidade criminal e civil do cônjuge que juntar prova ilícita ao processo de divórcio.*
- *A infidelidade virtual e a sua relevância para efeitos de divórcio (os flirts através das comunicações electrónicas).*

As novas tecnologias e a acção de divórcio. A prova ilícita no direito da família. A teoria da proporcionalidade.

- Ac. da R.G., processo n.º 595/07.8TMBRG, de 30.04.2009 (www.dgsi.pt):
- “I – A CRP garante o direito à reserva da intimidade da vida privada.
- II – Tal direito é directamente aplicável e exequível por si mesmo, sem necessitar da intervenção da lei ordinária, e vincula entidades públicas (a começar pelos tribunais) e privadas.
- III - Nos termos da CRP é nula – logo necessariamente ilícita e proibida – a prova obtida mediante abusiva intromissão na vida privada.
- IV - Esta regra, conquanto formalmente prevista para o processo penal, deve ser tida como aplicável em todo e qualquer processo, e reporta-se tanto à prova obtida tanto pelas entidades públicas como pelas entidades particulares.
- V - As proibições de prova produzem, na sua atendibilidade e valoração, aquilo a que se costuma chamar “efeito à distância”, no sentido (que porém não esgota o conteúdo da figura) de que da mesma maneira que não é admissível a prova proibida directa, também não é tolerável a prova mediata, fundada naquela outra.
- VI – O cônjuge não está legitimado a interceptar e gravar, para efeitos de acção de divórcio, conversa telefónica ou outros sons provenientes do outro cônjuge em interacção com terceiro a partir do espaço do automóvel que tal cônjuge utiliza.
- VII - O casamento, pese embora as variáveis mais ou menos morais, filosóficas e societárias que lhe estão associadas, não pode ser visto como implicando a demissão de uma certa privacidade, aí onde os cônjuges a queiram preservar.
- VIII - Verificado que uma testemunha adquiriu o seu conhecimento a partir de prova obtida mediante violação do direito à reserva da vida privada da ré – gravação audio - deverá o seu depoimento ser recusado ou, se prestado, ser tido como nulo.”

As novas tecnologias e a acção de divórcio. A prova ilícita no direito da família. A teoria da proporcionalidade.

- Da admissão da prova ilícita – teoria da proporcionalidade:
- Casuisticamente, caso a caso, atento a importância do processo, dos direitos que se pretendem valer, e dos meios de prova existentes, é preciso aferir se é proporcional, não excessivo, adequado e necessário, considerando o direito à prova e o direito ao acesso ao direito e aos tribunais, permitir a utilização de provas, designadamente para o que aqui tratamos, obtidas através de recurso a novas tecnologias, não obstante violarem a reserva da vida privada ou outros valores fundamentais da contraparte no processo.

As novas tecnologias e a acção de divórcio. A prova ilícita no direito da família. A teoria da proporcionalidade.

- Ac. da RG, processo 718/04-2, de 28.06.2004, consultado em www.dgsi:
- O arguido, ao juntar ao processo de divórcio, sem consentimento da ofendida, uma carta que a esta tinha sido dirigida para a sua morada, divulgou ilicitamente o seu conteúdo, ainda que num universo restrito de pessoas, pelo que esse seu comportamento integra o tipo legal de crime previsto no nº3, do artigo 194º, mesmo não se tendo provado ter sido ele autor da violação dessa correspondência. A circunstância de a carta ter sido recebida na casa de morada de família que a destinatária anteriormente tinha abandonado, não obsta a que se considere que a missiva tenha entrado na esfera de disponibilidade fáctica da ofendida, nem legitima o arguido a considerá-la como sua.

As novas tecnologias e a acção de divórcio. A prova ilícita no direito da família. A teoria da proporcionalidade.

- Quanto à questão dos flirts, através das comunicações electrónicas tem sido entendido como violação de dever conjugal embora alguns entendam estarmos no domínio da infidelidade (virtual) e outros no domínio da violação do dever de respeito.

Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.

- Algumas questões decididas pelos tribunais:
- *Das teorias da admissibilidade da prova ilícita. Da tese defensável.*
- *Da valoração das gravações sem consentimento do visado em processo civil.*
- *Transmissibilidade da prova obtida em processo criminal (v.g. escutas telefônicas) para o processo disciplinar.*
- *Da utilização da prova obtida através de videovigilância. O caso das filmagens nos postos de combustível no que concerne aos autores de ilícitos.*
- *Videovigilância, reserva da vida privada, direito à imagem e possibilidades de sua utilização como meio de prova.*

Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.

- Sobre o tema da admissibilidade da prova ilícita, sumariou-se no ac. da RL, processo n.º 1107/2004-6, de 3.06.2004, consultado em www.dgsi.pt:
- “ A ilicitude na obtenção de determinados meios de prova não conduz necessariamente à sua inadmissibilidade, mas também não implica a garantia do seu aproveitamento.
- Numa acção em que se pretende a indemnização decorrente de ofensas ao bom nome imputadas ao ex-cônjuge é pertinente a junção de uma gravação áudio referente a uma conversa mantida entre a R. e outra pessoa mediante a qual o autor pretende demonstrar a inveracidade de alegadas cenas de violência domésticas que a R. lhe imputou.
- Ao invés, por falta de pertinência relativamente ao objecto da acção de indemnização, deve ser indeferida a junção de uma gravação vídeo reportando factos integrantes de uma situação de adultério em que foi interveniente a R., ainda que a gravação tenha sido feita através de um sistema instalado na casa de morada do ex-casal com o conhecimento de ambos.
- A tal junção obstará ainda o facto de a gravação abarcar não apenas a pessoa do ex-cônjuge, mas ainda uma terceira pessoa.”

Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.

- O que se extrai desta jurisprudência é a necessidade de uma ponderação de valores e interesses, para aferir se é proporcional, não excessivo e adequado admitir valoração prova, mesmo que ilícita.
- Como se escreveu na conclusão do acórdão:
- “Em suma,
- No processo civil a regra continua a ser a afirmação do princípio dispositivo, pelo que, como se referiu, uma protecção sem limites de certos direitos fundamentais, como o direito à imagem ou à palavra que não podem deixar de se considerar como relativos na sua oponibilidade à produção de prova, ao direito à prova, seria vista como uma desprotecção dos meios de prova mais valiosos a favor dos mais frágeis.
- Por isso, mesmo quando estão em causa certos direitos fundamentais, não pode pretender-se uma transposição automática do disposto no art. 32º da Constituição, respeitante às garantias do processo criminal, para o processo civil.
- Não decorrendo da lei a proibição absoluta de admissibilidade da prova, é em função das circunstâncias como foi obtida e da relevância que possa ter, que será ou não admitida pelo Tribunal.”

Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.

- É denominada tese intermédia, entendendo-se que o julgador deverá ser fazer uma ponderação da dimensão do processo, dos valores em jogo, da necessidade da prova, da possibilidade da prova sem estes meios, dos direitos em jogo, para depois, decidir-se ou não pela valoração de tal prova.
- É igualmente a tese majoritária defendida no Brasil e denominada tese da proporcionalidade, e que inclusivamente consta do anteprojecto do novo código de processo civil brasileiro (consultado em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf):
- *“Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.*
- ***Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.*”**

Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.

- Sistemas de videovigilância:
- Ac. da RG, processo n.º 1680/03-2, de 29.03.2004, www.dgsi.pt:
- “1 - A captação de imagens ocorreu em lugar público, entendido este no sentido de lugar de livre acesso de público.
- 2 - É a própria lei que prevê a obrigatoriedade de adopção de sistemas de segurança privada nos espaços de livre acesso de público que, pelo tipo de actividades que neles se desenvolvem, sejam susceptíveis de gerar especiais riscos de segurança – n.º3 do art.º 5.º do Dec. Lei n.º 231/98, de 22/07 - podendo ser utilizados equipamentos electrónicos de vigilância e controlo (n.º 1 do art.º12.º do citado diploma).
- 3 - Também a gravação não foi obtida às ocultas, pois foi feita num espaço público, onde é sabido que existem câmaras de vídeo que fazem a vigilância electrónica.
- 4 - Quanto à reserva da vida privada, verifica-se que o arguido não foi filmado no contexto da sua área privada mas, tal como qualquer utente do posto de combustível, numa área de acesso de público, onde qualquer pessoa, seja ou não cliente, pode aceder, sendo que o que está constitucionalmente protegido é apenas a esfera privada e íntima do indivíduo.”

Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.

- Da utilização em processo disciplinar de escutas validamente obtidas no processo penal.
- Ac. do S.T.A., Processo n.º 0878/08, de 30.10.2008, consultado em www.dgsi.pt,
- “III – A transposição das escutas telefónicas legalmente obtidas um processo crime para o processo disciplinar instaurado contra o arguido e a sua manutenção e valoração neste processo é ilegal porque, nos termos do citado art.º 187.º do CPP, as mesmas só podem ser colhidas e utilizadas quando esteja em causa a investigação e punição de um dos crimes previstos no seu n.º 1.”

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Equacionemos e sintetizemos um conjunto de questões com que a jurisprudência se tem deparado:
- *Filmagens das servidões de acesso a casa de habitação.*
- *Uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso ao público.*
- *Fotografias sem consentimento do visado.*
- *As questões da privacidade, imagem, reserva da vida privada e o Google street view.*
- *Colocação de imagens e filmagens de pessoa com notoriedade pública no youtube. O caso Cicarelli na jurisprudência brasileira.*

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Os problemas relacionados com a violação da privacidade do Google street view têm sido recorrentes desde o seu lançamento.
- O Street View, é um programa que disponibiliza fotos interactivas e a 360 graus das ruas das grandes cidades, foi lançado em 2009 no Reino Unido, após ter sido lançado pela primeira vez em Maio de 2007 nos Estados Unidos.
- Em Portugal existiu pelo menos notícia de uma acção motivada por tal circunstância, embora não se conheça o desfecho da mesma. Foi interposta queixa-crime por fotografia ilícita e devassa da vida privada, que deu entrada no DIAP (Departamento de Investigação e Acção Penal) e um pedido de indemnização civil, em que, alegadamente, um casal surge na imagem, sendo perceptível de quem se trata (<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/tvi24-processo-street-view-privacidade-casal-google/1085130-4071.html>)

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Outras das situações que têm colocado questões sobre a violação da privacidade prende-se com a colocação de vídeos no youtube (e também outros sites).
- No Brasil, tem sido recorrentes acções interpostas contra esta empresa para que sejam retirados vídeos considerados violadores da reserva da vida privada.
- Destacamos aqui o caso Cicarelli, uma modelo brasileira que em praias do sul de Espanha, é filmada por um paparazzi a namorar no mar com o seu companheiro e que depois coloca tal vídeo no youtube.
- Assim em acção interposta contra o youtube (Acção inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas), APELAÇÃO CÍVEL Nº 556.090.4/4-00, foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=FOE8B0DC867344DC573A5D657079AFBE?cdAcordao=2701681&v1Captcha=fUniD>) dar provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- A propósito da responsabilidade do dono do site pelo seu conteúdo, também se debruçou tal decisão escrevendo “Embora seja duvidosa a responsabilidade do provedor de hospedagem sobre ilicitudes de conteúdo, quando desconhecidas, a responsabilidade é incontroversa quando toma conhecimento da ilicitude e deixa de atuar em prol da restauração do direito violado.” (...)o controlador que tem conhecimento da natureza ilegal da informação tem o dever de tomar as medidas necessárias para preveni-la ou retirá-la do sistema, sob pena de ser responsabilizado. Essa exigência de conduta, no entanto, deve ser interpretada mais como uma obrigação de manter-se diligente, de tomar providências que sejam consideradas próprias para fazer cessar a publicação ilícita, do que o dever de intervir diretamente no conteúdo da página eletrônica hospedada em seu sistema”.
- Pelo que concluiu que era dever do YOUTUBE “promover, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do casal, dos links admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os usuários que desafiarem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00.”

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Em Portugal, sobre a ilicitude de captação de imagens em locais públicos e sua divulgação sem consentimento do visado:
- Assim, o ac. STJ de 24 de maio de 1989 (BMJ 386, 531) [nota 818 da obra de CAPELO DE SOUZA – O direito geral de personalidade, Coimbra Editora, 1995, p. 324] decidiu que *"age com culpa, praticando facto ilícito passível de responsabilidade civil nos termos dos art. 70 e 483 e segs. do Código Civil, o jornal que, sem o seu consentimento e não ela pessoa pública, fotografa determinada pessoa desnuda e publica essa fotografia numa das edições, não obstante o facto de a fotografia ter sido obtida quando a pessoa em causa se encontra quase completamente nua (em topless) na praia do Meco, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade, número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta do nudismo"*.

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Um outro mais recente em que foi publicada numa revista “cor-de-rosa” fotografias de uma actriz nacional conhecida em Portugal, quando estava na praia, juntamente com outros veraneantes, com um homem, fazendo-se capa de revista com tais imagens como sendo o “romance de verão” (ac. do STJ, processo n.º 4822/06.0TVLSB, de 17.12.2009, consultado em www.dgsi.pt).
- Considerou-se que por aplicação do disposto no citado art. 335º do C. Civil, há que entender que a liberdade de expressão não pode (e não deve) atentar contra os direitos à reserva da intimidade da vida privada e à imagem, salvo quando estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação. Entendeu-se que apesar de estar num local público, as imagens não foram captadas estando a visada enquadrada no local público, já que se destacou a sua imagem no meio da multidão, sendo que o interesse visado era apenas o lucrativo, pelo que foi condenada a pagar uma indemnização à referida actriz.

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Analisemos agora a situação em que se discutia se filmagens de uma servidão violam a reserva da vida privada, decidindo-se no processo n.º 920/05, de 30.05.2005, ac. do TRC, www.dgsi.pt:
- “1. Não se demonstrando que as objectivas das câmaras de vídeo incidam sobre o interior do pátio da casa de habitação dos requerentes, mas, tão-só, sobre o trajecto de servidão de acesso à sua casa de habitação, e, de todo, que os passeios, em pijama, de forma descontraída, que aqueles realizam no pátio se traduzam em actos abrangidos pela dimensão da vida íntima, não se encontram a coberto da tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.
- 2. A esfera privada ou individual representa uma realidade distinta da esfera íntima ou de segredo.
- 3. Não ocorre o requisito da probabilidade séria da existência do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, indispensável ao êxito da providência cautelar não especificada proposta pelos requerentes, em relação aos actos da vida privada, que englobam os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas, como acontece com a circulação de acesso à sua casa de habitação, pelo caminho de serventia particular, e com passeios, em pijama, de forma descontraída, pelo pátio anexo aquela.”

Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da privada e direito à imagem.

- Numa outra decisão, considerou-se a filmagem sem consentimento do visado legítima por ser em local pública e o facto de ter como escopo a descoberta da verdade material.
- Ac. da RG, processo n.º 1701/04-1, de 24.11.2004, consultado em www.dgsi.pt:
- “O direito à imagem e da reserva da vida privada, consagrados constitucionalmente como direitos de personalidade nos artigos 25 e 26 da CRP, e regulados nos artigos 70, 79 e 80 do C.Civil, não são violados pelo uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso ao público, e usadas para fins da descoberta da verdade material.”

O processo digital (Citius)

- No que se reporta ao Citius coloquemos um conjunto de questões, entre outras, que já tiveram que ser decididos pelos tribunais.
- - Não indicação de informação relativa às testemunhas e peritos, no campo respectivo do formulário facultado aos advogados no sistema Citius. Obstáculo à anexação dos ficheiros com o conteúdo material da peça processual. Consequências?
- - A notificação à parte, na pessoa do seu mandatário, quando realizada por transmissão electrónica de dados, beneficia da mesma dilação prevista, no artigo 254º, nº 3, do Código de Processo Civil?
- - Discrepância entre a data da certificação do citius (data da elaboração) e a data da expedição para efeitos de presunção da notificação.
- - Discrepância entre os elementos de identificação do Réu constantes do formulário do Citius e o conteúdo dos ficheiros anexos.
- - Problemas técnicos dos serviços do CITIUS e a elisão da presunção de notificação estabelecida na conjugação dos art.ºs 254º, n.º 5, do Código de Processo Civil e 21º-A, n.º 5, da Portaria n.º 114/2008, de 6-2, na redacção introduzida pela Portaria n.º 1538/2008, de 30-12.
- - Da obrigatoriedade de apresentação dos originais do requerimento executivo e respectivos documentos quando o juiz o determine.
- - A expedição na via electrónica beneficiará da mesma dilação correspondente à do registo na via postal?
- - A recusa do requerimento com fundamento na alínea c) do art. 11 – falta de assinatura – é aplicável quando o requerimento de injunção for apresentado por meios electrónicos?

O processo digital (Citius)

- Ac. da RL, processo n.º 6/09.4TBSCF-A.L1.8, de 14.02.2010, consultado em www.dgsi.pt:
- “Não tendo sido indicada informação relativa às testemunhas e peritos, no campo respectivo do formulário facultado ao advogados no sistema Citius, para a comunicação electrónica do requerimento probatório, apesar de a mesma informação constar do ficheiro anexo, não deve ser rejeitado tal requerimento, no que aos referidos meios de prova diz respeito.”
-
- Ac. da RL, processo n.º 1960/10.9TTLSB.L1-4, 30.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:
- “I- Se ao pretender praticar um acto processual sujeito a prazo, por exemplo contestação, através do CITIUS, a parte se depara com qualquer obstáculo à anexação dos ficheiros com o conteúdo material da peça processual, deve, por interpretação extensiva do disposto no art. 10º n.ºs 2 a 5 da P. 114/2008, de 6/2, na redacção da P. 1538/2008 de 30/12, proceder à entrega através dos restantes meios previstos no nº 2 do art. 150º do CPC.”

O processo digital (Citius)

- Ac. da RL, processo n.º 79-B/1994.L1-4, 22.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:
- “- A notificação à parte, na pessoa do seu mandatário, quando realizada por transmissão electrónica de dados, beneficia da mesma dilação prevista, no artigo 254º, nº 3, do Código de Processo Civil, para a notificação postal, presumindo-se feita no terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja.
- II- Trata-se uma presunção que apenas pelo notificado pode ser ilidida, provando ele que não foi efectuada a notificação ou que ocorreu em data posterior à presumida, para tanto não servindo o critério da leitura efectiva, por tal desiderato se não encontrar elencado no texto legal.”
-
- Ac. da RL, processo n.º 4261/07.6TTLSB.L1-4, 6.04.2011, consultado em www.dgsi.pt:
- “1- Não pode haver discrepância entre data da elaboração da notificação e a data da sua expedição, dado que a certificação do citius se destina precisamente a certificar a data de expedição da notificação.
- 2- Mas se existir essa a discrepância entre a data da certificação do citius (data da elaboração) e a data da expedição deve ser esta a ter em conta para efeitos da presunção da notificação, pelo que, no caso, tendo a expedição electrónica ocorrido em 21.10.2009 (terça-feira) a notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ou primeiro dia útil seguinte, ou seja no dia 26.10.2009.”

O processo digital (Citius)

- Ac. da RL, processo n.º 576/10.4TJLSB-8, 25.11.2010, consultado em www.dgsi.pt:
- “Existindo divergência, por lapso de escrita revelado no contexto do documento escrito, entre os elementos de identificação do Réu constantes do formulário do Citius e o conteúdo dos ficheiros anexos, é lícito ao juiz proceder à rectificação do erro material, nos termos do art.249º do CC e ordenar o prosseguimento dos autos em conformidade com o conteúdo do suporte de papel.”
- Ac. da RL, processo n.º 986/09.0TBBNV-A.L1-2, 10.12.2009, consultado em www.dgsi.pt:
- “I - A “informatização” da tramitação processual, é um objectivo com muito de experimental, sofrendo ajustes permanentes, e numa área em que o cidadão se vê confrontado com presunções que bulem directamente com a exercitação de direitos.
- II - Apelando a ilusão de tais presunções, no limite, ao recurso aos próprios serviços da Administração que superintendem em matéria de “informatização da justiça”.
- III – O que, remetendo-se para a parte, nem sempre será compaginável com o decurso de prazos preclusivos para arguir nulidades...ou para recorrer.
- IV - A exigência quanto à prova neste domínio deverá pois ser menor, trabalhando-se a mesma eminentemente na base de juízos de razoabilidade, do id quod plerumque accidit.
- IV - Sendo os próprios serviços do CITIUS a dar conta de que os Srs. funcionários não faziam correctamente as notificações electrónicas, confirmando ainda que efectivamente em finais de Julho de 2009 foram feitas alterações no sistema de visualização dos anexos, sendo agora possível saber se com a notificação segue algum anexo, e que o advogado da parte participou o incidente (não visualização do anexo com o despacho notificando) aos serviços do CITIUS, dois dias depois de notificado do despacho subsequente, é de considerar ilidida a presunção de notificação estabelecida na conjugação dos art.ºs 254º, n.º 5, do Código de Processo Civil e 21º-A, n.º 5, da Portaria n.º 114/2008, de 6-2, na redacção introduzida pela Portaria n.º 1538/2008, de 30-12.”

O processo digital (Citius)

- Ac. da RL, processo n.º 12977/08.3YYLSB.L1-8, 14.12.2010, consultado em www.dgsi.pt:
- “- Nos termos do art. 150º n.º8, do C.P.Civil, o disposto no aludido n.º3 do mesmo artigo não prejudica o dever de exibição das peças processuais em suporte de papel e dos originais dos documentos juntos pelas partes por meio de transmissão electrónica de dados, sempre que o juiz o determine, nos termos da lei de processo.
- - Sendo para o efeito notificado, acha-se, assim. o exequente obrigado à apresentação dos originais do requerimento executivo e respectivos documentos.”
- Ac. da RL, processo n.º 1479/09.0TJLSB-A.L1-1, 23.02.2010, consultado em www.dgsi.pt:
- “1- Nos termos do n.º.5 deste art. 254º do CPC., a notificação por transmissão electrónica de dados presume-se feita na data da expedição e face ao n.º. 6 do mesmo, as presunções estabelecidas nos números anteriores só podem ser ilididas pelo notificado provando que a notificação não foi efectuada ou ocorreu em data posterior à presumida, por razões que lhe não sejam imputáveis.
- 2- Há que conjugar duas presunções para efeitos de determinação de datas de notificações, ou seja, a presunção de que a notificação por transmissão electrónica se presume feita na data da expedição e a de que esta se presume feita no terceiro dia posterior ao da elaboração, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o final do prazo termine em dia não útil.
- 3- Não houve uma preocupação de redução de prazos aos advogados, ou seja, não se fez qualquer alteração para contemplar uma diferenciação entre a notificação postal e a electrónica.
- 4- A expedição na via electrónica beneficiará da mesma dilação correspondente à do registo na via postal.”
-

O processo digital (Citius)

-
- Ac. da RL, processo n.º 397265/09.2YIPRT.L1-6, 30.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:
- “1. A recusa do requerimento com fundamento na alínea c) do art. 11 – falta de assinatura – não é aplicável quando o requerimento de injunção for apresentado por meios electrónicos, atento o disposto no n.º 7 do art. 10.º do DL n.º 269/98 de 1 de Setembro..
- 2. Se o tribunal tiver dúvidas quanto à regularidade da apresentação do requerimento, então de assegurar-se da regularidade da assinatura junto da DGAJ, na qualidade de entidade responsável pela Gestão do “Citius”.
- 3. Ou, pelo menos, deve proferir despacho convidando a parte a suprir a irregularidade, nos termos do art. 17.º, n.º 3, do DL n.º 269/98, de 1 de Setembro e, ainda art. 508.º n.º2 do CPCivil, de acordo com o qual o juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício.
- 4. Não tendo o Tribunal concedido à parte a possibilidade de se pronunciar, viola o disposto no art. 3.º, n.º 3, do CPC, cometendo a nulidade decorrente da violação do princípio do contraditório.”

Prova digital

- No que se reporta ao valor probatório da prova digital, levantam-se questões tais como o *valor probatório do correio electrónico ou o valor probatório das filmagens e imagens colocadas na internet*.
- A este propósito salienta-se que o anteprojecto do código de processo civil brasileiro prevê várias normas a regulamentar tal matéria. Assim, no art. 405.º, parágrafos 3.º e 4.º estatui-se “§ 3º A fotografia digital e as extraídas da rede mundial de computadores, se impugnada sua autenticidade, só terão força probatória quando apoiadas por prova testemunhal ou pericial. § 4º Aplica-se o disposto no artigo e em seus parágrafos à forma impressa de mensagem eletrônica.”
- E quanto à utilização de documentos electrónicos dispõe o art. 418 que a “utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade, na forma da lei.”, sendo que nos termos do art. 419. “O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.”



A protecção de programas de computador e responsabilidade pela sua reprodução não autorizada.

- Muito sinteticamente e para terminar algumas questões a este propósito que os tribunais têm analisado:
- *Crime de reprodução ilegítima de programa protegido. Violação da propriedade intelectual. Destrinça com o crime de usurpação.*
- *Licitude da utilização ou reprodução de programa protegido sem expressa autorização do autor, no âmbito do CDADC.*
- *A ilicitude da instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de uma empresa.*
- *Da irrelevância pelo facto do programa não ter sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores.*
- *A divulgação de programa protegido.*

A protecção de programas de computador e responsabilidade pela sua reprodução não autorizada.

- Ac. da RC, processo n.º 1788/04.5JFLSB.C1, de 20.03.2011, consultado em www.dgsi.pt:
“(…) II – O art. 8º, nº 1, da Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), que tipifica o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, tutela a propriedade intelectual mediante a criminalização da utilização não autorizada de programa informático protegido por lei. Para a consumação do crime basta a reprodução, divulgação ou comunicação ao público, não se exigindo que a lesão do direito de autor se traduza num prejuízo económico (efectivamente verificado) para este. III – O crime de usurpação p. p. pelos arts. 195º, 197º e 199º do CDADC, tutela o exclusivo de exploração económica da obra, que a lei reserva ao respectivo autor. Este tipo de crime verifica-se, independentemente de qualquer resultado material, desde que ocorra uma utilização não autorizada, independentemente de o agente se propor obter qualquer vantagem económica. IV – No âmbito do CDADC, a licitude da utilização ou reprodução sem expressa autorização do autor apenas se afirma com a demonstração de que essa utilização ou reprodução se destinou a fim exclusivamente privado, sem prejuízo para a exploração normal da obra e sem injustificado prejuízo dos interesses legítimos do autor, sendo esta tripla conjugação que evidencia a verificação da regra dos três passos, decorrente da assimilação dos princípios previstos originariamente na Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, ratificada por Portugal e transposta para o direito nacional através da legislação que tutela aquela matéria.”

A protecção de programas de computador e responsabilidade pela sua reprodução não autorizada.

- A propósito da ilicitude da instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de uma empresa e da irrelevância pelo facto do programa não ter sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores, decidiu o ac. da R.C., processo n.º 1161/06, de 12.07.2006, consultado em www.dgsi.pt, em cujo sumário se escreveu “1. A instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de um empresa traduz-se numa reprodução de programa não autorizada. 2. O tipo legal de crime de reprodução de um programa informático protegido não exige intenção de lucro. 3. Para o preenchimento do tipo legal de crime é irrelevante que o programa não tenha sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores.”

A protecção de programas de computador e responsabilidade pela sua reprodução não autorizada.

- Também, a propósito do crime de reprodução ilegítima de programa protegido, ac. da RC, processo n.º 1159/06, de 5.07.2006, consultado em www.dgsi.pt: No tipo legal de crime de reprodução ilegítima de programas protegidos (crimes informáticos), previsto no art.º 9.º da Lei 109/91, não são cumulativos os elementos contemplados no seu n.º 1, isto é, tanto é punível o acto de reproduzir um programa informático, com é punível o acto de o divulgar ou comunicar ao público.

AS NOVAS TECNOLOGIAS: UMA ABORDAGEM PRÁTICO-JUDICIÁRIA

- Termina-se aqui, sendo que muito haveria por dizer, esperando que o propósito de apresentar, ainda que de forma sintética, uma perspectiva judicial das problemáticas surgidas com as novas tecnologias, tenha sido conseguido.
-
- Muito obrigado.

O Direito, a Internet e as novas tecnologias

Seminário Integrado -Tipo B - Coimbra, 24 e 25 de Novembro de 2011

O DIREITO, A INTERNET E AS NOVAS TECNOLOGIAS - A EXPERIÊNCIA JUDICIAL PORTUGUESA

Dr. Tiago Milheiro, Juiz de Direito

AS NOVAS TECNOLOGIAS: UMA ABORDAGEM PRÁTICO-JUDICIÁRIA¹

O advento das novas tecnologias fez surgir no âmbito dos tribunais novas problemáticas em diversas áreas que a jurisprudência paulatinamente tem tentado solucionar.

A informática, a internet, a videovigilância, a prova digital, o processo digital, entre outras, dentro da panóplia das novas tecnologias colocaram sob apreciação dos tribunais a conjugação das mesmas com a privacidade e direitos fundamentais dos cidadãos, a responsabilidade por conteúdos inseridos na internet, a protecção de dados informáticos, entre outros.

Enfim, de uma forma sintética busca-se com esta exposição apresentar um conjunto de questões práticas e como as mesmas têm sido abordadas, analisadas e resolvidas a nível essencialmente jurisprudencial.

Diga-se ainda, que não se procura no âmbito desta exposição, analisar exaustivamente as soluções legais e doutrinárias, mas sim expor de forma simplista realidades ocorridas e orientações jurisprudenciais.

¹ Este texto consiste, essencialmente, na comunicação realizada em Coimbra, em 25 de Novembro de 2011, na formação contínua organizada pelo CEJ, em seminário integrado tipo B, dedicado ao tema "Direito, a Internet e as novas tecnologias", e que se debruçou sobre a experiência judicial nesta matéria.

1. Privacidade dos trabalhadores, as novas tecnologias vs poder disciplinar.

No âmbito laboral as acções em tribunal têm se debruçado, principalmente, entre a dialéctica das privacidade dos trabalhadores, o uso das novas tecnologias e o poder disciplinar da entidade patronal.

Sintetizemos, então, um conjunto de temáticas que a jurisprudência tem procurado solucionar:

Utilização de imagens captadas por sistema de videovigilância para fundamentar o exercício da acção disciplinar, ainda que a infracção disciplinar possa, simultaneamente, constituir ilícito penal.

Direito de reserva e confidencialidade dos trabalhadores relativamente ao conteúdo das mensagens que enviem, recebam ou consultem, nomeadamente através do correio electrónico.

A instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho vs direito à privacidade. Requisitos de admissibilidade.

Captação de imagens ilícitas e intromissão da entidade patronal no correio electrónico dos trabalhadores e a responsabilidade civil.

Estabelecimento pelo empregador, nomeadamente através de regulamento de empresa, de regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa, nomeadamente correio electrónico.

Direito à prova vs direito de reserva e confidencialidade do trabalhador.

O registo e eventual utilização de informação, no seio da empresa, na sequência da realização de chamadas telefónicas no local de trabalho. Controlo da internet, e-mail e contactos telefónicos e os princípios sobre a privacidade dos trabalhadores no local de trabalho.

O uso indevido do correio electrónico, telefone e internet no ambiente do trabalho vs liberdade pessoal e individual do trabalhador.

Como facilmente se constata todas estas questões estão inter-relacionadas.

Por um lado, a vontade da entidade patronal exercer de forma mais presente o seu poder disciplinar, controlando os trabalhadores, e procurando focos de instabilidade e comportamentos ilícitos destes, por outro, o uso de novas tecnologias para prova de tais comportamentos e uma esfera pessoal e privada dos trabalhadores inviolável.

Atentemos, então, como a jurisprudência tem dirimido várias questões que a este propósito se têm levantado.

No ac. da RP, processo n.º 379/10.6TTBCL-A.P1, de 9.05.2011, consultado em www.dgsi.pt, decidiu-se: *“O empregador não pode, em processo laboral e como meio de prova, recorrer à utilização de imagens captadas por sistema de videovigilância para fundamentar o exercício da acção disciplinar, ainda que a infracção disciplinar possa, simultaneamente, constituir ilícito penal.”*

Tratou-se de uma situação em que o despedimento se baseou na captação de imagens por sistema de videovigilância, salientando este aresto que o facto da recolha de imagens ser autorizado pela Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD), não legitima por si só a utilização das mesmas pelo empregador contra o trabalhador no âmbito de um processo disciplinar, defendendo que tais imagens apenas poderão ser usadas no âmbito criminal, mas nunca para fundar ilícitos disciplinares, já que tal utilização sempre redundaria num controlo do desempenho profissional do trabalhador, mais acrescentando, que se apenas os órgãos de policia criminal, as autoridades judiciárias e as empresas de segurança poderão ter acesso às imagens, também por este prisma não poderá a entidade patronal as utilizar. E salienta que em todas as situações de visionamento de imagens em virtude de videovigilância *nunca poderão ser usadas como prova contra o trabalhador no processo disciplinar, “mostrando-se irrelevante que a câmara estivesse ou não directamente posicionada sobre o local onde a Recorrida se poderia encontrar e que as imagens hajam sido captadas de forma apenas incidental.”* Acrescenta que o facto de tal consubstanciar um ilícito criminal não legitima o uso das mesmas no âmbito do processo disciplinar,

pois que a entidade patronal pode socorrer-se da via penal e também do processo disciplinar, sem uso, contudo, de tal prova.

No mesmo sentido, acórdão do STJ, de 08.02.2006, processo 05S3139, consultado em www.dgsi.pt:

“(...) A colocação de câmaras de vídeo em todo o espaço em que os trabalhadores desempenham as suas tarefas, de forma a que estes se encontrem no exercício da sua actividade sob permanente vigilância e observação, constitui, nestes termos, uma intolerável intromissão na reserva da vida privada, na sua vertente de direito à imagem, e que se não mostra de nenhum modo justificada pelo simples interesse económico do empregador de evitar a desvio de produtos que ali são manuseados. A entidade empregadora dispõe de mecanismos legais que lhe permitem reagir contra a actuações ilícitas dos seus trabalhadores, podendo não só exercer o poder disciplinar através do procedimento apropriado, efectuando as adequadas averiguações internas, como também participar criminalmente às entidades de investigação competentes, que poderão determinar as diligências instrutórias que se mostrarem convenientes. Em qualquer caso, a instalação de câmaras de vídeo, incidindo directamente sobre os trabalhadores durante o seu desempenho profissional, não é uma medida adequada e necessária ao efeito pretendido pela entidade patronal, além de que gera um sacrifício dos direitos de personalidade que é inteiramente desproporcionado relativamente às vantagens de mero cariz económico que se visava obter. (...)”.

Salienta-se que *“Os mesmos princípios têm aplicação mesmo que o fundamento da autorização para a recolha de gravação de imagens seja constituído por um potencial risco para a saúde pública que possa advir do desvio de medicamentos do interior de instalações de entidade que se dedica à actividade farmacêutica;”*

Neste processo a única questão prendia-se em apurar se era lícito a entidade empregadora manter em funcionamento as câmaras de filmar/vídeo que instalou no seu armazém de produtos farmacêuticos ou se essa instalação violava de modo

inadmissível os direitos de personalidade dos trabalhadores que aí laboram, mormente na perspectiva da protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada e do direito à imagem. Existia autorização do CNPD, e estávamos perante uma situação em que tinham existido vários furtos de medicamentos praticados no interior do armazém, o que trazia reflexos económicos negativos para a entidade patronal, para além de estarem em causa medicamentos que só podiam ser utilizados com receita, e portanto estar em causa a saúde pública, sendo utilizadas as câmaras como elemento dissuasor, mas também para detectar os perpetradores de tais ilícitos. Foram colocadas câmaras de filmar/vídeo em todo o armazém, de forma a abranger todo o espaço onde os trabalhadores exerciam as suas funções, incidindo sobre os mesmos, de tal modo que as tarefas que estes exerciam estavam a ser permanentemente filmadas e gravadas. Existiam monitores que visualizavam todo o local de trabalho e os trabalhadores estavam permanentemente sob vigia e observação do operador das câmaras.

Entendeu-se que estando as câmaras dirigidas a todos os trabalhadores, colocava-se todos como suspeitos de infracções criminais, estando-se perante uma medida típica de polícia, considerando-se que a permanente filmagem colocava de forma intolerável em causa o direito à imagem dos trabalhadores, não justificado pelo interesse económico de evitar o desvio de medicamentos, pois que a entidade patronal teria à sua disposição outros meios menos danosos, quer disciplinares, através de averiguações internas, quer através de queixa-crime.

Ainda a propósito de utilização das gravações advenientes dos sistemas de videovigilância nos locais de trabalho, ac. da R.P., processo n.º 7125/2008-4, de 19.11.2008, consultado em www.dgsi.pt:

“Não é admissível, no processo laboral e como meio de prova, a captação de imagens por sistema de videovigilância, envolvendo o desempenho profissional do trabalhador, incluindo os actos disciplinarmente ilícitos por ele praticados.”

Estava aqui em causa a decisão da Sr^a Juíza que indeferiu o pedido de visionamento de um DVD, contendo imagens de vídeo captadas no estabelecimento – supermercado - onde a Autora prestava serviço e que demonstraria a existência dos

factos de que a Ré a acusa no processo disciplinar, consubstanciadores de justa causa de despedimento, tendo sido confirmado tal despacho, não obstante os actos consistirem num ilícito criminal, ali se escrevendo que *“importa não olvidar que o ilícito criminal e o ilícito disciplinar podem não ter, e vastas vezes não têm, campos de aplicação coincidentes”*, afirmando estarmos perante uma situação de controle de desempenho profissional, pois que este *“envolve toda a plenitude da prestação de serviço por parte do trabalhador, inclui todos os actos que, no desenvolvimento da relação laboral, este venha a praticar no local sujeito a vigilância, mesmo que violadores dos seus deveres contratuais”*.

Por último, ainda no mesmo sentido, cita-se o acórdão do STJ, de 14/5/2008, disponível em www.dgsi.pt: *“sendo o fim visado pela videovigilância exclusivamente o de prevenir ou reagir a casos de furto, vandalismo ou outros referentes à segurança de um estabelecimento, relacionados com o público – e, ainda assim, com aviso aos que se encontram no estabelecimento ou a ele se deslocam de que estão a ser filmados - só, nesta medida, a videovigilância é legítima. A videovigilância não só não pode ser utilizada como forma de controlar o exercício da actividade profissional do trabalhador, como não pode, por maioria de razão, ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar pois, nestas circunstâncias, a divulgação da cassette constitui, uma abusiva intromissão na vida privada e a violação do direito à imagem do trabalhador, - arts. 79º do Cód. Civil e 26º da Constituição da República Portuguesa – criminalmente punível – art. 199º, nº 1, alínea b) do Cód. Penal”*.

Mas o facto de se vedar a utilização da captação de imagens pelo sistema de videovigilância pelo empregador para provar o ilícito disciplinar não será uma limitação desproporcional do direito à prova?

Para o acórdão da Relação de Lisboa, de 03.05.06, in www.dgsi.pt, processo nº 872/2006-4, *“O direito à prova surge no nosso ordenamento jurídico com assento constitucional, consagrado no art. 20º da Lei Fundamental, como componente do direito geral à protecção jurídica e de acesso aos tribunais e dele decorre (...) a possibilidade de utilização pelas partes, em seu benefício, dos meios de prova que mais lhes convierem e do momento da respectiva apresentação, devendo a recusa de*

qualquer meio de prova ser devidamente fundamentada na lei ou em princípio jurídico, não podendo o tribunal fazê-lo de modo discricionário. Tal direito de prova, porém, não é um direito absoluto, pois como se salienta o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 209/95 de 20 de Abril, publicado no DR, II Série, n.º 295 de 23.12.95 o direito à produção de prova não significa que o direito subjectivo à prova implique a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objecto do litígio.”.

Também se debruçando sobre o conflito entre o direito à prova e a privacidade do trabalhador, ac. da RL, processo 439/10.3TTTCSC-A.L1-4, de 30.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:

“Destinando-se o dever de reserva e confidencialidade previsto no art. 22.º do Cód. Trab. a proteger direitos pessoais como o direito à reserva da vida privada consagrado no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa e 80.º do Cód. Civil, enquanto que o dever de cooperação para a descoberta da verdade visa a satisfação do interesse público da administração da justiça, a contraposição dos dois interesses em jogo deve, no caso concreto, ser dirimida, atento o teor do pedido e da causa de pedir da acção, com prevalência do princípio do interesse preponderante, segundo um critério de proporcionalidade na restrição de direitos e interesses, constitucionalmente, protegidos, como decorre do art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, concedendo-se primazia ao último, ou seja, ao dever de cooperação para a descoberta da verdade, sobre o primeiro.”

Foi um caso em que foram visualizadas mensagens do correio electrónico do trabalhador, que não se reportavam à sua vida íntima. Tratavam-se de e-mails enviados para o mail profissional do trabalhador durante o seu horário de trabalho, não existindo qualquer indício de que fosse pessoais, atento os destinatários, remetentes ou assunto do mail, mensagens essas que denunciavam que o trabalhador pretendia, à revelia da entidade patronal, criar uma empresa concorrente, desviando clientes e negócios.

Não se deixou de admitir tratar-se de prova ilícita, dando-se neste caso prevalência do direito à prova, escrevendo-se *“as limitações quanto à admissibilidade*

dos meios de prova, em processo civil, são as que resultam do art. 519.º, mero afloramento do princípio do inquisitório, consagrado pelo art. 265.º, ambos do Cód. Proc. Civil, e não outras, face à inexistência de qualquer concretização das normas constitucionais respeitantes a direitos fundamentais, na área do processo civil, em que a garantia constitucional é menos intensa do que acontece no processo penal, onde já existe uma regulamentação completa das situações em que se concretiza a licitude na obtenção de determinados meios probatórios. Doutro modo, a garantia constitucional constituiria a desprotecção dos meios de prova mais valiosos, em benefício dos mais falíveis, a verdade material ficaria à mercê das vicissitudes da prova testemunhal e o processo civil seria o parente pobre do dispositivo em via reduzida.”

Outra das questões que têm vindo a ser analisadas pelos tribunais é o acesso e limitação de correio electrónico ou intranet pelos trabalhadores, quer por as mensagens trocadas fundarem um ilícito disciplinar, quer para controlar a produtividade do trabalhador. Tem-se discutido igualmente se é possível limitar através de regulamento o uso das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa, estabelecendo tempos de utilização, vedando acessos ou colocando outros limites.

Atentemos, então, como a jurisprudência tem resolvido questões da vida real.

No ac. da RP, processo n.º 0610399, consultado em www.dgsi.pt, de 26.06.2006, escreveu-se no seu sumário:

“I- Nos termos do art. 21º, 1 do CT “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico”.

II- Não viola tal direito, o superior hierárquico que acede ao endereço electrónico interno da empresa e lê um e-mail dirigido à funcionária que, por regra, acede ao referido correio electrónico, através de “password” que revela a outros funcionários que a tenham que substituir na sua ausência.

III- As expressões usadas pela autora no referido e-mail – “e durante a prelecção sobre filosofia japonesa (que para estes gajos por acaso não é japonês mas sim chinês), pensei que devia estar sentada ao lado de algum yuppi cá da empresa.”... “Quando resolvi olhar-lhe para a tromba é que vi que era o nosso querido futuro boss” – merecem censura, mas não constituem justa causa de despedimento.”

Entendeu-se não se estar esfera de privacidade “intocável” da trabalhadora, já que a mensagem foi enviada para um endereço geral da empresa, para onde são igualmente remetidas mensagens endereçadas a esta e no seu interesse. Não se tratava de um endereço exclusivo da trabalhadora, mas de uso do empregador, pelo que tratando-se de endereço partilhado nunca a trabalhadora poderia ter uma expectativa de privacidade relativamente a mensagens enviadas para o mesmo. Por seu turno, o Director que abriu a mensagem teria toda a expectativa de tratar-se de uma mensagem para a empresa, por se tratar de endereço destinado a questões comerciais da entidade empregadora. Em suma, foi considerada legítimo o acesso ao correio electrónico, sendo, contudo, que o comportamento apesar de ter sido considerado censurável, não foi considerado suficientemente grave para constituir justa causa.

Debruçando-se sobre a mesma temática e também sobre a possibilidade de limitar por regulamento de empresa a utilização dos meios de comunicação e tecnologias de informação, ac. da RL, processo n.º 2970/2008-4, 6.05.2008, consultado em www.dgsi.pt:

“I - O envio de mensagens electrónicas de pessoa a pessoa («e-mail») preenche os pressupostos da correspondência privada (Internet – Serviço de comunicação privada).

II – A inviolabilidade do domicílio e da correspondência vincula toda e qualquer pessoa, sendo certo que a protecção da intimidade da vida privada assume dimensão de relevo no âmbito das relações jurídico – laborais.

III – Resulta do artigo 21º do CT que se mostram vedadas ao empregador intrusões no conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir ou no local do trabalho, independentemente da sua forma.

IV - A protecção em apreço, pois, abrange a confidencialidade das cartas missivas, bem como as informações enviadas ou recebidas através da utilização de tecnologias de informação e comunicação, nomeadamente o correio electrónico.

V - Todavia a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer, nomeadamente através de regulamento de empresa, regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa (vg: imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores).

VI – Se a entidade patronal incumprir as supra citadas regras não serão de atender os decorrentes meios de prova juntos ao processo disciplinar.”

Neste caso, a entidade patronal acedeu ao correio electrónico do trabalhador. Tratava-se da situação de um repórter fotográfico que trabalhava para um jornal, mas que do seu local de trabalho e através da internet enviou fotografias tiradas ao serviço da sua entidade patronal para outro jornal, ali tendo sido publicadas. Considerou-se que não poderiam ser utilizados os conhecimentos advenientes do teor de tais e-mails. Chama-se a atenção, contudo, que *“A reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer regras de utilização dos meio de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa, nomeadamente através da imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores; sendo certo que se sustenta que a forma por excelência, para a comunicação dessas regras deve ser o regulamento de empresa”*. No entanto, no caso não havia tal regulamento, nem mail profissional, pelo que não haveria qualquer motivo para acreditar que a mensagem assim o fosse, ou seja, para legitimamente acreditar que não fossem pessoal.

Sobre esta matéria Joana Vasconcelos (in “O Contrato de Trabalho. 100 Questões”, 2004, págs. 91 a 93) :

“Pode o empregador ler os e-mails **personais** do trabalhador?”

“Não, em caso algum. A nossa lei garante, sem mais, o direito à reserva e à confidencialidade de quaisquer mensagens de natureza pessoal – cartas, faxes, correio electrónico, sms, telefonemas, etc. – que o trabalhador envie ou receba no local de trabalho, ainda que utilizando meios de comunicação pertencentes ao empregador.

As mesmas reservas e confidencialidade são asseguradas relativamente a informação **não profissional** que o trabalhador receba ou consulte – por ex., via Internet – no local de trabalho.

Esta garantia não cede nem nas situações em que a recepção ou envio de mensagens, ou o acesso a informação não profissional contrarie regras definidas pelo empregador quanto à utilização de meios de comunicação e de tecnologias de informação, e constitua infracção disciplinar. Quando tal suceda, o empregador pode controlar, por ex., o remetente ou o destinatário de mensagens de correio electrónico e o seu assunto, de modo a aferir o seu carácter pessoal, mas nunca o seu conteúdo, tal como pode verificar quais os sites a que trabalhador acedeu, mas não o conteúdo da pesquisa efectuada ou da informação neles obtida.(. .)

(...) Pode o empregador proibir a utilização do correio electrónico da empresa para mensagens **personais**?”

Sim. O empregador pode, em geral, estabelecer regras quanto à utilização de meios de comunicação – telefone, fax; telemóvel; correio electrónico - e de tecnologias de informação – ligações à Internet pertencentes à empresa, designadamente proibindo ou restringindo a sua utilização para fins pessoais dos trabalhadores a quem são atribuídos. O desrespeito de tais regras pelo trabalhador constitui infracção disciplinar”.

Com interesse poderá ainda ver-se a deliberação n.º 61/2004 (que pode ser consultada em www.cnpd.pt) da Comissão Nacional de Protecção de Dados, que explicitou os critérios gerais a adoptar na autorização de instalação de sistemas de videovigilância, nos seguintes termos:

“O tratamento a realizar e os meios utilizados devem ser considerados os necessários, adequados e proporcionados com as finalidades estabelecidas: a protecção de pessoas e bens. Ou seja, para se poder verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental supera o juízo de proporcionalidade impor-se-á verificar se foram cumpridas três condições: se a medida adoptada é idónea para conseguir o objectivo proposto (princípio da idoneidade); se é necessária, no sentido de que não existia outra medida capaz de assegurar o objectivo com igual grau de eficácia (princípio da necessidade); se a medida adoptada foi ponderada e é equilibrada ao ponto de através dela, serem atingidos substanciais e superiores benefícios ou vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Na linha do que referimos, será admissível aceitar que – quando haja razões justificativas da utilização destes meios –

a gravação de imagens se apresente, em primeiro lugar, como medida preventiva ou dissuasora tendente à protecção de pessoas e bens e, ao mesmo tempo, como meio idóneo para captar a prática de factos passíveis de serem considerados como ilícitos penais e, nos termos da lei processual penal, servir de meio de prova. Estamos perante a aplicação do princípio da proporcionalidade que implica em cada caso concreto a idoneidade do meio utilizado – a videovigilância – bem como, e também, o respeito pelo princípio da intervenção mínima”.

(...)

Por isso, em cada caso concreto, e de acordo com os princípios acabados de enunciar, a CNPD deverá limitar ou condicionar a utilização de sistemas de videovigilância quando a utilização destes meios se apresentem como excessivos e desproporcionados aos fins pretendidos e tenham consequências gravosas para os cidadãos visados”.

Também com interesse nesta matéria documento aprovado pela Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd), na sessão plenária de 29 de Outubro de 2002 (<http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/principiostrabalho.htm>), em que a CNPD faz várias recomendações e estabelece princípios na utilização das novas tecnologias - Princípios Genéricos; Princípios relativos ao tratamento de dados nas centrais telefónicas; Princípios gerais relativos à utilização e controlo do e-mail e Internet; Princípios específicos em relação ao e-mail; Princípios relativos à Internet; Procedimentos a adoptar pelas entidades empregadoras;

Não queríamos contudo terminar a análise deste ponto sem chamar a atenção para uma decisão brasileira em que se analisou uma situação inversa do normal, ou seja, foi o trabalhador que fez gravações do empregador, sem este o consentir, tendo em vista provar as pressões que sofreu para cessar a relação laboral (<http://blog.26notas.com.br/?p=3256>).

Tratou-se de uma decisão da 11ª vara do Trabalho de Recife, em Pernambuco, em que o trabalhador gravou com aparelho de MP3 conversas com o dono da empresa em que este o coagia a despedir-se, gravação valorada para considerar o

despedimento ilícito, tendo sido confirmada pelo tribunal superior, pois que os diálogos foram realizados no ambiente de trabalho, sem violação à intimidade e privacidade das pessoas envolvidas.

Considerou-se, pois, que a gravação visava a defesa de um direito do trabalhador, devendo considerar-se prova lícita.

2. As novas tecnologias e a acção de divórcio. A prova ilícita no direito da família. A teoria da proporcionalidade.

Também a jurisprudência tem vindo a ser chamada a dirimir questões suscitadas nos processos de divórcio e que podemos sintetizar nos seguintes itens:

Intercepções e gravações de sons e imagens, invasão da correspondência do outro cônjuge e o seu valor probatório em acção de divórcio.

Do valor do testemunho com conhecimento com base na prova acima referida.

Da responsabilidade criminal e civil do cônjuge que juntar prova ilícita ao processo de divórcio.

A infidelidade virtual e a sua relevância para efeitos de divórcio (os flirts através das comunicações electrónicas).

No ac. da R.G., processo n.º 595/07.8TMBRG, de 30.04.2009, consultado em www.dgsi.pt, abordou-se a questão da valoração das declarações de uma testemunha cujo conhecimento assentou numa gravação ilícita feita pelo cônjuge, instalando um gravador no veículo utilizado pela sua mulher para prova da sua infidelidade. Escreveu-se, assim, no seu sumário:

“I – A CRP garante o direito à reserva da intimidade da vida privada.

II – Tal direito é directamente aplicável e exequível por si mesmo, sem necessitar da intervenção da lei ordinária, e vincula entidades públicas (a começar pelos tribunais) e privadas.

III - Nos termos da CRP é nula – logo necessariamente ilícita e proibida – a prova obtida mediante abusiva intromissão na vida privada.

IV - Esta regra, conquanto formalmente prevista para o processo penal, deve ser tida como aplicável em todo e qualquer processo, e reporta-se tanto à prova obtida tanto pelas entidades públicas como pelas entidades particulares.

V - As proibições de prova produzem, na sua atendibilidade e valoração, aquilo a que se costuma chamar “efeito à distância”, no sentido (que porém não esgota o conteúdo da figura) de que da mesma maneira que não é admissível a prova proibida directa, também não é tolerável a prova mediata, fundada naquela outra.

VI – O cônjuge não está legitimado a interceptar e gravar, para efeitos de acção de divórcio, conversa telefónica ou outros sons provenientes do outro cônjuge em interacção com terceiro a partir do espaço do automóvel que tal cônjuge utiliza.

VII - O casamento, pese embora as variáveis mais ou menos morais, filosóficas e societárias que lhe estão associadas, não pode ser visto como implicando a demissão de uma certa privacidade, aí onde os cônjuges a queiram preservar.

VIII - Verificado que uma testemunha adquiriu o seu conhecimento a partir de prova obtida mediante violação do direito à reserva da vida privada da ré – gravação audio - deverá o seu depoimento ser recusado ou, se prestado, ser tido como nulo.”

De todo o modo há que destacar que este acórdão não arreda a possibilidade de utilização da prova ilícita, se tal for imperioso para acautelar o direito do acesso ao direito e aos tribunais, pelo que sempre que exista colisão de direitos entre o direito à reserva da vida privada e aquele outro direito, ambos valores constitucionais, há que fazer tal ponderação, escrevendo a propósito “que o critério a usar em caso de colisão de direitos conferidos pela CRP deve passar, em primeira linha, não pela hierarquização abstracta dos bens envolvidos nesses direitos fundamentais, mas por uma ponderação em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema, de forma a

encontrar a solução mais conforme à ordem constitucional. Pois bem: nada encontramos no caso vertente que autorize a pensar que o recurso probatório em causa seja imperioso e insubstituível em ordem à demonstração dos factos a que se destina e, como assim, que sem ele o direito de acção judicial (rectius, de acesso aos tribunais) do autor seja posto em causa. Já ao contrário, é a todos os títulos evidente que o direito da ré à reserva da intimidade da vida privada fica completamente desguarnecido. A ser assim, como é, não deve este último direito ser posto em crise no confronto daquele outro, como fez o tribunal recorrido.”

No fundo o que esta decisão jurisprudencial propugna para o âmbito do direito do direito da família, mas que é extensível para todo o direito civil, é a tese intermédia no que concerne à utilização da prova ilícita. Ou seja, numa posição que subscrevemos, afasta-se as teses mais radicais. Quer a tese ampla no sentido de que em processo civil não é vedada a utilização da prova ilícita, pois que não existem normas expressas nesse sentido, devendo valorar-se toda e qualquer prova necessária à justa composição do litígio. Quer a tese restrita, que em toda e quaisquer circunstâncias, impede a valoração de prova ilícita. A mais equilibrada, sem dúvida, é a denominada pela doutrina brasileira teoria da proporcionalidade, ou seja, casuisticamente, caso a caso, atento a importância do processo, dos direitos que se pretendem valer, e dos meios de prova existentes, é preciso aferir se é proporcional, não excessivo, adequado e necessário, considerando o direito à prova e o direito ao acesso ao direito e aos tribunais, permitir a utilização de provas, designadamente para o que aqui tratamos, obtidas através de recurso a novas tecnologias, não obstante violarem a reserva da vida privada ou outros valores fundamentais da contraparte no processo.

Mas prosseguindo na nossa análise, e a propósito da utilização de uma carta missiva do outro cônjuge numa acção de divórcio (mas que por exemplo poderia ser a mesma situação de um mail), e da responsabilização criminal que daí deriva para o cônjuge que a junta como prova, salienta-se o ac. da RG, processo 718/04-2, de 28.06.2004, consultado em www.dgsi. Estava em causa a análise do art. 194.º, nºos 1 e 3 do Código Penal que, relembre-se, estatuem que:

“Artigo 194º

(violação de correspondência ou de telecomunicações)

1. Quem, sem consentimento, abrir encomenda, carta ou qualquer outro escrito que se encontre fechado e lhe não seja dirigido, ou tomar conhecimento, por processos técnicos, do seu conteúdo, ou impedir, por qualquer modo, que seja recebido pelo destinatário, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2.

3. Quem, sem consentimento, divulgar o conteúdo de cartas, encomendas, escritos fechados, ou telecomunicações a que se referem os números anteriores, é punido com a pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias."

No processo de divórcio o arguido juntou aos autos uma carta enviada por uma irmã da sua mulher para a casa de morada de família do casal, embora nessa altura o cônjuge já ali não vivesse, em que era criticada a conduta desta, principalmente de abandono do filho. O arguido, em sua defesa, invocou a exclusão da ilicitude, porque exerceu plenamente o seu direito de defesa ou actuou sem dolo aquando da junção da carta aos autos de divórcio para prova dos factos alegados na contestação, para além de que a missiva circulou num círculo restrito de indivíduos, não consubstanciando qualquer conceito de "terceiros".

Para o que ora interessa, escreveu-se naquele acórdão:

" Inequivocamente, o arguido, ao juntar ao processo de divórcio, sem consentimento da ofendida, uma carta que a esta tinha sido dirigida para a sua morada, divulgou ilicitamente o seu conteúdo, ainda que num universo restrito de pessoas, pelo que esse seu comportamento integra o tipo legal de crime previsto no n.º3, do artigo 194.º, mesmo não se tendo provado ter sido ele autor da violação dessa correspondência. A circunstância de a carta ter sido recebida na casa de morada de família que a destinatária anteriormente tinha abandonado, não obsta a que se considere que a missiva tenha entrado na esfera de disponibilidade fáctica da ofendida, nem legitima o arguido a considerá-la como sua.

O recorrente pretende, em vão, justificar o seu comportamento com o chamado "estado de necessidade probatório". É que os interesses particulares do arguido em provar, com a carta, factos alegados na acção de divórcio contra ele instaurada pela ofendida, não se podem sobrepor nem justificam o sacrifício dos direitos de personalidade desta, tanto mais que o arguido não demonstrou a impossibilidade de substituir esse meio de prova, designadamente a convocação como testemunha do

autor da missiva. Ou seja, como refere o Ministério Público na resposta às motivações de recurso, no caso não existiu uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar pelo arguido relativamente ao interesse sacrificado da ofendida, o que desde logo afasta a verificação de um direito de necessidade, como causa de exclusão da ilicitude (cfr. artigo 34.º, al. b), do Código Penal)."

Em suma, conclui-se pela prática do crime, mas o que é salientar neste acórdão é deixar-se em aberto em determinadas circunstâncias, quer por ser o único meio de prova ("estado necessidade probatório"), quer atendendo aos valores e ao processo em questão, a possibilidade de exclusão da ilicitude nos termos do art. 34.º al. b) do Código Penal.

No fundo, é mais uma vez a consagração da denominada teoria da proporcionalidade, sendo que em princípio a admissibilidade da prova em processo civil à luz desta teoria, afastará a ilicitude penal no âmbito criminal. Cremos, contudo, que não o será pelo art. 34.º, al. b) do Código Penal, mas atento o disposto no artigo 31.º, n.º 2, al. b) do mesmo diploma, pois que a junção de tal prova ao processo civil é para exercício de um direito de prova, pelo que caso seja admissível no processo civil à luz do princípio dos interesses preponderantes, até por uma questão de unidade da ordem jurídica, deverá excluir-se, em regra, a ilicitude criminal.

Quanto à questão dos *flirts*, através das comunicações electrónicas tem sido entendido nos tribunais como violação de dever conjugal, embora alguns entendam estarmos no domínio da infidelidade (virtual) e outros no domínio da violação do dever de respeito.

- 3. Da prova ilícita no processo civil. De novo da teoria da proporcionalidade. Da migração da prova obtida em processo criminal para o processo disciplinar e para o processo civil.**

Importa equacionar outro conjunto de questões abordadas pela jurisprudência, que as podemos sintetizar nos seguintes pontos:

Das teorias da admissibilidade da prova ilícita. Da tese defensável.

Da valoração das gravações sem consentimento do visado em processo civil.

Transmissibilidade da prova obtida em processo criminal (v.g. escutas telefónicas) para o processo disciplinar.

Da utilização da prova obtida através de videovigilância. O caso das filmagens nos postos de combustível no que concerne aos autores de ilícitos.

Videovigilância, reserva da vida privada, direito à imagem e possibilidades de sua utilização como meio de prova.

A área laboral, de família e civilística, principalmente a propósito da responsabilidade civil, têm sido um campo pródigo para a análise das diversas teses sobre a admissibilidade da prova ilícita e para conflitos relacionados com a valoração ou não de gravações e filmagens.

Sobre o tema, sumariou-se no ac. da RL, processo n.º 1107/2004-6, de 3.06.2004, consultado em www.dgsi.pt:

“ A ilicitude na obtenção de determinados meios de prova não conduz necessariamente à sua inadmissibilidade, mas também não implica a garantia do seu aproveitamento.

Numa acção em que se pretende a indemnização decorrente de ofensas ao bom nome imputadas ao ex-cônjuge é pertinente a junção de uma gravação áudio referente a uma conversa mantida entre a R. e outra pessoa mediante a qual o autor pretende demonstrar a inveracidade de alegadas cenas de violência domésticas que a R. lhe imputou.

Ao invés, por falta de pertinência relativamente ao objecto da acção de indemnização, deve ser indeferida a junção de uma gravação vídeo reportando factos integrantes de uma situação de adultério em que foi interveniente a R., ainda que a gravação tenha sido feita através de um sistema instalado na casa de morada do ex-casal com o conhecimento de ambos.

A tal junção obstará ainda o facto de a gravação abarcar não apenas a pessoa do ex-cônjuge, mas ainda uma terceira pessoa.”

Trata-se de um processo em que o ex-marido peticiona os danos patrimoniais e não patrimoniais que a conduta da ex-mulher lhe causou, e em que juntou uma cassete áudio e vídeo com gravações de voz e imagem da ex-cônjuge. No caso a veracidade das palavras e da imagem eram admitidas pela R., tratando-se de gravações particulares, colocando-se a tónica na sua admissibilidade, licitude e ilicitude. Relembrou-se neste aresto as três teses sobre a admissibilidade da prova ilícita: uma tese ampla que defende a admissibilidade sem restrições de tal prova tendo em vista a descoberta da verdade material, uma intermédia “*caso a caso, mediante a apreciação das circunstâncias concretas e consoante os valores em jogo*” (João Abrantes, Rev. Jurídica, nº 7, Julho/Setembro 1986, AAFDL, pags. 15/16) e uma restrita, vedando em qualquer caso a utilização de prova ilícita (Marcelo Caetano in Manuel de Direito Administrativo, 9ªed., TII, Lisboa, 1972, pag. 827 e Parecer nº 12/66, de 13/5/1966, da PGR, in BMJ 163º-137).

Optou-se aqui, na esteira do defendido por Salazar Casanova (Salazar Casanova, Provas Ilícitas em Processo Civil, Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos por Particulares”, Março de 2003, publicação da Biblioteca do TRL, pag. 53), “*que a orientação que admite a prova com algumas restrições, consoante o caso concreto e os interesses em conflito, independentemente de se aceitar com maior ou menor reserva a aplicação analógica do art. 32º da Constituição, é a mais razoável e a que melhor se ajusta aos princípios e normas em vigor, sem olvidar, obviamente, a relevância que a prova, cuja junção se pretende, tem no caso concreto. Ou seja, a ilicitude na obtenção de determinado meios de prova não conduz necessariamente à proibição da sua admissibilidade, mas também não implica, a garantia do seu aproveitamento. De facto, como conclui Salazar Casanova, uma protecção sem limites a certos direitos fundamentais “deixaria em muitos casos sem efectiva tutela o próprio direito de acção” e os direitos fundamentais poderiam vir a ser invocados em claro abuso de direito.*”

E antes de avançar com a análise do caso concreto, abre-se um parêntesis para afirmarmos a nossa concordância, como já salientamos, com a tese intermédia, entendendo-se que o julgador deverá ser fazer uma ponderação da dimensão do processo, dos valores em jogo, da necessidade e adequação da prova, da possibilidade da prova sem estes meios, dos direitos em jogo, para depois, decidir-se ou não pela valoração de tal prova ilícita.

Cabe salientar que, quando se fala em admissibilidade da prova ilícita pretende-se reportar à prova obtida mediante a violação de normas de direito material, designadamente as referentes aos direitos fundamentais dos cidadãos e não as relativas à violação de regras de produção de prova processuais que implicam a nulidade processual, caso sejam arguidas em tempo (a doutrina brasileira fala, respectivamente, em prova ilícita, e prova ilegítima, que remete para o estudo feito pelo processualista italiano Pietro Nuvolone e publicado em 1966 na Rivista di Diritto Processuale, intitulado *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*⁷).

Como já tivemos oportunidade de mencionar, é esta denominada no Brasil, tese da proporcionalidade, e que inclusivamente consta do projecto de lei n.º 166/2010, que tem por finalidade instituir um novo código de processo civil brasileiro (consultado em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf):

“Art. 257.º Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.”

Para uma interpretação desta norma veja-se, André Vasconcelos Roque (in Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, www.redp.com.br, Julho a Dezembro de 2010, Rio de Janeiro, páginas 25 e 26), defendendo que é necessário verificar-se um estado de necessidade processual para a admissão excepcional das provas ilícitas no processo civil, com as seguintes condições mínimas e indispensáveis:

- a) possibilidade real e efetiva de formação de um convencimento judicial contrário aos interesses da parte interessada na admissão da prova;
- b) existência de prova obtida mediante violação a normas jurídicas cujo conteúdo seja decisivo para o resultado do processo;
- c) sopesamento de bens jurídicos envolvidos no processo, cujo resultado final seja favorável à admissão da prova questionada;

d) inexistência de conduta voluntária da parte que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor.

* * *

Mas retomando o caso concreto, e no que se reporta à cassete de áudio, considerou-se justificada a junção aos autos, tendo em vista o A. provar a inveracidade das situações de violência doméstica que a R. descreveu em livro que publicou, sendo que essa gravação consistia numa entrevista que serviu de base ao livro e que o A. pretendia demonstrar que não tinham correspondência com o que foi escrito, gravação essa que a R. invocava que não era para ser de conhecimento público. Admitiu-se a mesma por ser considerada uma prova fundamental para demonstrar a inveracidade do escrito no livro, para além de que a divulgação visava um fim específico que era o exercício do direito à prova, direito este com assento constitucional. Entendeu-se, pois, que atento a *“ponderação de interesses justifica-se a divulgação em tribunal dos relatos feitos pela aqui Agravante e que constam da gravação”*.

No que se reporta à cassete de vídeo o A. pretendia demonstrar o adultério praticado pela sua ex-cônjuge com uma gravação que continha imagens captadas pelo sistema de segurança existente na casa, sendo que a R. admitia ter conhecimento da gravação, mas que a mesma se destinava a fins de segurança e não a divulgação das mesmas.

Quanto a esta, o tribunal afastou a sua admissibilidade, por nem sequer estar em causa o direito à prova, já que visando a acção provar a inveracidade de cenas de violência doméstica, o adultério praticado em casa de morada de família relevaria para acção de divórcio, e a introdução de terceiros em casa, se colocasse em causa a segurança dos filhos, relevaria apenas para acção de regulação de poder paternal, para além de se ter pressuposto que a terceira pessoa, o amante, desconheceria essa gravação, pelo que seria uma inadmissível intromissão na sua vida privada.

De todo o modo, o que há que extrair desta jurisprudência é a necessidade de uma ponderação de valores e interesses, para aferir se é proporcional, não excessivo e adequado admitir valoração prova, mesmo que ilícita.

Como se escreveu na conclusão do acórdão:

“No processo civil a regra continua a ser a afirmação do princípio dispositivo, pelo que, como se referiu, uma protecção sem limites de certos direitos fundamentais, como o direito à imagem ou à palavra que não podem deixar de se considerar como relativos na sua oponibilidade à produção de prova, ao direito à prova, seria vista como uma desprotecção dos meios de prova mais valiosos a favor dos mais frágeis.

Por isso, mesmo quando estão em causa certos direitos fundamentais, não pode pretender-se uma transposição automática do disposto no art. 32º da Constituição, respeitante às garantias do processo criminal, para o processo civil.

Não decorrendo da lei a proibição absoluta de admissibilidade da prova, é em função das circunstâncias como foi obtida e da relevância que possa ter, que será ou não admitida pelo Tribunal.”

No que se reporta à utilização das filmagens de videovigilância, mesmo que não tenham sido objecto de prévia aprovação pela CNPD, se visaram a protecção do património e segurança das pessoas podem e devem ser usadas como meios de prova tendo em vista comprovar o ilícito, já que o artigo 79.º, n.º 2 do CC é claro ao dispensar o consentimento das pessoas retratadas quando assim o justifique exigências de polícia ou justiça.

Está questão tem sido levantada principalmente a nível do processo criminal e muitas destas situações relativamente a gravações em postos de combustível para prova de ilícitos ali perpetrados.

No sentido da sua admissibilidade, entre outros, ac. da RG, processo n.º 1680/03-2, de 29.03.2004, consultado em www.dgsi.pt:

“1 - A captação de imagens ocorreu em lugar público, entendido este no sentido de lugar de livre acesso de público.

2 - É a própria lei que prevê a obrigatoriedade de adopção de sistemas de segurança privada nos espaços de livre acesso de público que, pelo tipo de actividades

que neles se desenvolvem, sejam susceptíveis de gerar especiais riscos de segurança – n.º 3 do art.º 5.º do Dec. Lei n.º 231/98, de 22/07 - podendo ser utilizados equipamentos electrónicos de vigilância e controlo (n.º 1 do art.º 12.º do citado diploma).

3 - Também a gravação não foi obtida às ocultas, pois foi feita num espaço público, onde é sabido que existem câmaras de vídeo que fazem a vigilância electrónica.

4 - Quanto à reserva da vida privada, verifica-se que o arguido não foi filmado no contexto da sua área privada mas, tal como qualquer utente do posto de combustível, numa área de acesso de público, onde qualquer pessoa, seja ou não cliente, pode aceder, sendo que o que está constitucionalmente protegido é apenas a esfera privada e íntima do indivíduo.”

Outra questão já abordada na jurisprudência e que se prende também com as tecnologias prende-se com a utilização em processo disciplinar de escutas validamente obtidas no processo penal.

O Supremo Tribunal Administrativo rejeita a admissibilidade desta transmissão de prova.

Veja-se, a título exemplificativo, ac. do S.T.A., processo n.º 0878/08, de 30.10.2008, consultado em www.dgsi.pt:

“III – A transposição das escutas telefónicas legalmente obtidas um processo crime para o processo disciplinar instaurado contra o arguido e a sua manutenção e valoração neste processo é ilegal porque, nos termos do citado art.º 187.º do CPP, as mesmas só podem ser colhidas e utilizadas quando esteja em causa a investigação e punição de um dos crimes previstos no seu n.º 1.”

Neste processo estava em causa a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, pedindo-se que a Federação Portuguesa de Futebol desentranhasse de um processo disciplinar onde o requerente, presidente de um clube de futebol, era arguido, certidões passadas pelos Serviços do Ministério Público,

constituídas por transcrições das conversas telefónicas que foram interceptadas no âmbito de processo-crime onde estava indiciado por crimes de corrupção desportiva e que foram arquivados. No processo disciplinar estava acusado da prática de infracção disciplinar de corrupção na forma tentada p. e p. pelo art.º 100.º, n.º 1 e 3 do Regulamento Disciplinar da LPFP. A questão a apurar era de saber se a transposição e a sua posterior valoração para o processo disciplinar onde o Requerente foi punido, das escutas lícitamente efectuadas nos processos crimes instaurados contra ele, foi legal.

Nesse acórdão decidiu-se, pelo menos relativamente às escutas, que as mesmas não poderão servir de prova em qualquer outro processo, escrevendo-se *“o recurso a escutas telefónicas só é legal quando elas se destinem a obter prova para crimes que constem do citado normativo o que quer dizer que em todos os demais processos onde se investigue a prática de outros ilícitos, quer de natureza penal quer de outra natureza, designadamente disciplinar, o recurso a esse meio de obtenção de prova é ilegal e, conseqüentemente, é ilegal a sua utilização e valoração. Por outro lado, o mesmo preceito é claro ao proibir a transposição da gravação de conversas ou comunicações de um processo penal para outro e a sua posterior utilização se este último respeitar a crime que não admita escutas telefónicas (vd. n.º 7 do transcrito art.º 187.º do CPP), o que só pode querer significar que a proibição de obtenção da prova por meio de escutas telefónicas abrange todos os processos que não os respeitantes aos crimes de catálogo e, por maioria de razão, os processos de natureza não penal como são os processos disciplinares. Com efeito, se os comportamentos sociais perseguidos nestes processos são menos graves e menos danosos do que os perseguidos nos processos penais, seria de todo incompreensível que se aceitasse a utilização das escutas telefónicas naqueles processos quando as mesmas eram proibidas na grande maioria dos processos-crime.”*

Saliente-se, contudo, o voto vencido no sentido de que o está aqui em causa é a **admissibilidade da divulgação das escutas**, designadamente com a junção de certidões de transcrições a outros processos, como por exemplo de índole disciplinar, pelo que é a autoridade judiciária que remete as certidões que deve sindicar a legalidade e proporcionalidade da divulgação que o envio dessas certidões implica.

No que se reporta ao valor extraprocessual das provas no processo civil português rege o art. 522.º do CPC que apenas se refere aos depoimentos e arbitramentos produzidos em outro processo, nada impedindo que o tenham sido em processo penal, já que oferece todas as garantias para o exercício do contraditório. A questão coloca-se relativamente a outras provas contidas em processo penal (por exemplo autos de notícia, de busca, de revista, exames de ADN, escutas telefónicas). cremos que tal, dependerá, mais uma vez, de uma análise casuística, ponderando a necessidade, adequação e proporcionalidade de tal prova em processo civil. Quanto a esta transmissão, chamada no Brasil de “prova emprestada”, entende-se adequada a solução proposta pelo art. 260.º do projecto de lei n.º 166/2010, segundo o qual *“O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”*

Diga-se que o primeiro crivo de apreciação é da autoridade judiciária que autoriza a passagem de certidões de provas contidas no processo criminal, pois que só em caso de interesse legítimo de quem a invoca é que poderá ordenar a sua passagem.

De todo o modo, é sempre ao juiz do processo civil que cabe aferir da adequação, necessidade e proporcionalidade da sua utilização no processo civil. No que se reporta ao caso específico de utilização de transcrições de escutas entendemos que o art. 187.º, n.º 7 do Código de Processo Penal apenas visa disciplinar a utilização dos denominados conhecimentos fortuitos em outros processos-crime, admitindo-se que tal se estenda a outros processos de índole sancionatório, como o processo disciplinar. Já não estará abarcado o processo civil, em que o juiz apenas deverá admitir a junção de tais transcrições ponderando, como dissemos, por um lado o direito à palavra e privacidade do visado interceptado telefonicamente e por outra, a descoberta da verdade e os valores e interesses em causa no processo civil. Será, por exemplo, um caso de acção de indemnização em virtude de homicídio, em que o pedido cível foi deduzido em separado, e em que as transcrições de escutas são essenciais para provar a autoria do ilícito. Já não seria admissível, utilizar conhecimentos fortuitos de uma escuta telefónica para tentar provar uma dívida de

1.000€ num processo civil, pois que era claramente desproporcional a compressão do direito à palavra.

4. Filmagens, fotografias e gravações vs reserva da vida privada e direito à imagem.

Equacionemos um conjunto de ocorrências da vida real com que a jurisprudência se tem deparado:

Filmagens das servidões de acesso a casa de habitação.

Uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso ao público.

Fotografias sem consentimento do visado, designadamente em locais públicos.

As questões da privacidade, imagem, reserva da vida privada e o Google street view.

Colocação de imagens e filmagens de pessoa com notoriedade pública no youtube. O caso Cicarelli na jurisprudência brasileira.

A este propósito começemos com uma situação bastante actual que se prende com o Google street view, funcionalidade que permite ter conhecimento visual de várias ruas. Sucede, contudo, que tal empresa utiliza veículos com aparelhos fotográficos, captando a imagem de várias pessoas sem o seu consentimento e colocando as imagens acessíveis na internet.

Os problemas relacionados com a violação da privacidade do Google street view têm sido recorrentes desde o seu lançamento.

O Street View, é um programa que disponibiliza fotos interactivas a 360 graus das ruas das grandes cidades, foi lançado em 2009 no Reino Unido, após ter sido lançado pela primeira vez em Maio de 2007 nos Estados Unidos.

Mas apenas 24 horas após o seu lançamento, a Google teve de retirar várias imagens consideradas embaraçosas, como a de um homem a sair de uma sex-shop no Soho, bairro de luxo em Londres (<http://aeiou.visao.pt/street-view-do-google-poe-em-causa-a-vida-privada=f501065>).

Também os suíços consideram que a empresa norte-americana não está a respeitar as condições de privacidade fixadas. Em apenas uma semana de funcionamento na Suíça, o "Street View" recebeu 300 reclamações. O Comissariado Federal de Protecção de Dados da Suíça exigiu que a empresa norte-americana Google, retirasse imediatamente o serviço "Street View" que abrange também aquele país, considerando que atenta contra a vida privada dos seus habitantes. Argumenta-se que vários rostos e matrículas não foram adequadamente disfarçados. Segundo adianta o jornal brasileiro "A Folha", foram recebidas 300 queixas, tanto de particulares, como de empresas e repartições públicas, pedindo que os rostos capturados pelas máquinas da Google sejam desfigurados ou as imagens eliminadas (http://www.jn.pt/PaginaInicial/Tecnologia/Interior.aspx?content_id=1342256)

Também a Bélgica investiga se o Google violou a privacidade de moradores com Street View. A procuradoria belga investiga a captação de dados pessoais pelo Google durante a criação do seu arquivo de fotos de ruas "Street View". O objectivo é determinar se a empresa cometeu alguma infracção contra a protecção da vida privada.

Para além da captação de imagens outra invasão da privacidade se tem questionado. É que os automóveis do Google, que percorreram as ruas de todo o mundo para construir esse aplicativo, podem ter captado e-mails e outras informações pessoais enviadas por meio de redes sem fios não protegidas por senhas (<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/procuradoria-belga-investiga-se-google-violou-direito-privado-com-streetview>).

Em Portugal, existiu pelo menos notícia de uma acção motivada por tal circunstância, embora não se conheça o desfecho da mesma. Foi interposta queixa-crime por fotografia ilícita e devassa da vida privada, que deu entrada no DIAP (Departamento de Investigação e Acção Penal) e um pedido de indemnização civil, em

que um casal surge na imagem, alegadamente sendo perceptível de quem se trata (<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/tvi24-processo-street-view-privacidade-casal-google/1085130-4071.html>)

Outras das situações que têm colocado questões sobre a violação da privacidade prende-se com a colocação de vídeos e imagens no youtube (e também em outros sites), principalmente de pessoas com notoriedade.

No Brasil, tem sido recorrentes acções interpostas contra esta empresa para que sejam retirados vídeos considerados violadores da reserva da vida privada.

Destacamos aqui o caso Cicarelli, uma modelo brasileira e apresentadora de TV, que em praias do sul de Espanha, é filmada por um paparazzi a namorar no mar com o seu companheiro e que depois coloca tal vídeo no youtube.

Assim em acção interposta, entre outros, contra o youtube (acção inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas), APELAÇÃO CÍVEL N° 556.090.4/4-00, foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo² dar provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para e aplicando uma multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

Aqui a questão que se coloca é se o facto de ser em lugar público, legitimaria a captação de imagens, mesmo sem consentimento dos visados.

Nessa decisão brasileira cita-se JOAQUIM FELIPE SPADONI [Acção inibitória, 2ª edição, RT, 2007, P. 104]: *“Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na internet e outros meios, das cenas que não foram produzidas para deleite do público (...) exatamente porque os autores da acção não deram consentimento para devasse de momentos íntimos.”*

² Consultado em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=F0E8B0DC867344DC573A5D657079AFBE?cdAcordao=2701681&vICaptcha=fUnID>.

E escreve-se *“Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões. As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e errare humanum est quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo paparazzo espanhol, afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em sites de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas. É preciso eliminar a confusão que se faz do direito à vida privada, mesmo de pessoa célebre ou notória, com preservação do direito à reserva da intimidade.”* E essa decisão brasileira cita um jurista lusitano [MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, parte geral, Tomo III, Almedina, 2004, p. 211] que admite que *a notoriedade de políticos e celebridades implica restrição da privacidade, mas adverte: “nunca ao ponto de atingir as esferas secretas e íntima”*.

A propósito da responsabilidade do dono do site pelo seu conteúdo, também se debruçou tal decisão escrevendo *“Embora seja duvidosa a responsabilidade do provedor de hospedagem sobre ilicitudes de conteúdo, quando desconhecidas, a responsabilidade é incontroversa quando toma conhecimento da ilicitude e deixa de atuar em prol da restauração do direito violado.”* (...) *o controlador que tem conhecimento da natureza ilegal da informação tem o dever de tomar as medidas necessárias para preveni-la ou retirá-la do sistema, sob pena de ser responsabilizado. Essa exigência de conduta, no entanto, deve ser interpretada mais como uma obrigação de manter-se diligente, de tomar providências que sejam consideradas próprias para fazer cessar a publicação ilícita, do que o dever de intervir diretamente no conteúdo da página eletrônica hospedada em seu sistema”*.

Pelo que concluiu que era dever do YOUTUBE *"promover, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do casal, dos links admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os usuários que desafiarem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00."*

Em Portugal, sobre a ilicitude de captação de imagens em locais públicos, e sua divulgação sem consentimento do visado, quando está em causa a esfera íntima e privada, já se tinha decidido em ac. do STJ de 24 de Maio de 1989 (BMJ 386, 531) [nota 818 da obra de CAPELO DE SOUZA – O direito geral de personalidade, Coimbra Editora, 1995, p. 324] que *"age com culpa, praticando facto ilícito passível de responsabilidade civil nos termos dos art. 70 e 483 e segs. do Código Civil, o jornal que, sem o seu consentimento e não ela pessoa pública, fotografa determinada pessoa desnuda e publica essa fotografia numa das edições, não obstante o facto de a fotografia ter sido obtida quando a pessoa em causa se encontra quase completamente nua (em topless) na praia do Meço, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade, número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta do nudismo"*.

Um outro processo mais recente, em que foi publicada numa revista "cor-de-rosa" fotografias de uma actriz nacional conhecida em Portugal, quando estava na praia, no meio de veraneantes, com um homem, fazendo-se capa de revista com tais imagens como sendo o "romance de verão" (ac. do STJ, processo n.º 4822/06.0TVLSB, de 17.12.2009, consultado em www.dgsi.pt).

Considerou-se que por aplicação do disposto no citado art. 335º do C. Civil, há que entender que a liberdade de expressão não pode (e não deve) atentar contra os direitos à reserva da intimidade da vida privada e à imagem, salvo quando estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação. Entendeu-se que apesar de estar num local público, as imagens não foram captadas estando a visada enquadrada no mesmo, já que se destacou a sua imagem no meio da multidão, sendo que o interesse

visado era apenas o lucrativo, pelo que foi condenada a pagar uma indemnização à referida atriz.

Analisemos agora a situação em que se discutia se filmagens de uma servidão violam a reserva da vida privada, decidindo-se no processo n.º 920/05, de 30.05.2005, ac. do TRC, consultado em www.dgsi.pt:

“1. Não se demonstrando que as objectivas das câmaras de vídeo incidam sobre o interior do pátio da casa de habitação dos requerentes, mas, tão-só, sobre o trajecto de servidão de acesso à sua casa de habitação, e, de todo, que os passeios, em pijama, de forma descontraída, que aqueles realizam no pátio se traduzam em actos abrangidos pela dimensão da vida íntima, não se encontram a coberto da tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

2. A esfera privada ou individual representa uma realidade distinta da esfera íntima ou de segredo.

3. Não ocorre o requisito da probabilidade séria da existência do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, indispensável ao êxito da providência cautelar não especificada proposta pelos requerentes, em relação aos actos da vida privada, que englobam os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas, como acontece com a circulação de acesso à sua casa de habitação, pelo caminho de serventia particular, e com passeios, em pijama, de forma descontraída, pelo pátio anexo aquela.”

Tratava-se de uma acção, entre familiares desavindos, em que se instaurou providência não especificada e os requerentes alegaram que eram titulares do direito de não serem violada a privacidade do recato do seu lar, pois que as duas câmaras de filmar deitavam, directamente, sobre a referida passagem particular, por onde circulavam, diariamente, e ainda sobre o interior do pátio da casa, por onde passeavam, de forma mais descontraída, designadamente, em pijama.

No caso concreto as casas de habitação dos requerentes e requeridos eram contíguas entre si, sendo o respectivo acesso efectuado pelo mesmo caminho particular, para o qual as mesmas estavam voltadas.

Em Agosto de 2004, os requeridos instalaram, no alto da varanda da sua casa, um sistema de captação de imagem vídeo, composto por duas câmaras de filmar, uma em cada canto da mesma, encontrando-se as respectivas objectivas voltadas para a referida passagem particular.

Considerou-se que *“não se demonstrando que as objectivas das câmaras de vídeo dos requeridos incidam sobre o interior do pátio da casa de habitação dos requerentes, mas, tão-só, sobre o trajecto de servidão de acesso à sua casa de habitação, e, de todo, que os passeios, em pijama, de forma descontraída, que estes realizam no pátio se traduzam em actos abrangidos pela dimensão da vida íntima, não se encontram a coberto da tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, consagrado pelos artigos 26º, nºs 1 e 2, do CR, e 80, nºs 1 e 2, do CC.”*

Numa outra decisão, em sentido distinto das anteriores, admitiu-se a filmagem sem consentimento do visado em local público, pelo facto de ter como escopo a descoberta da verdade material e não ter como fito captar a intimidade. Falamos do ac. da RG, processo n.º 1701/04-1, de 24.11.2004, consultado em www.dgsi.pt, em cujo sumário se escreveu *“O direito à imagem e da reserva da vida privada, consagrados constitucionalmente como direitos de personalidade nos artigos 25 e 26 da CRP, e regulados nos artigos 70, 79 e 80 do C.Civil, não são violados pelo uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso ao público, e usadas para fins da descoberta da verdade material.”*

Tratou-se de uma situação em que o A. pedia a anulação de um contrato de compra e venda de um veículo automóvel e o vendedor pretendia demonstrar que as anomalias existentes se deviam a uma condução agressiva, juntando uma filmagem para o efeito, considerando-se que o que se pretendia avaliar era o veículo em si, e

não a vida privada do condutor, quando este circulava em via pública, não estando em causa qualquer situação de privacidade, justificando-se por razões de justiça, para além de que o conhecimento ficaria cingido ao juiz e às partes.

5. O processo digital (Citius) e questões que se levantam na sua aplicabilidade prática. Breves considerações sobre o valor probatório da prova digital.

No que se reporta ao Citius coloquemos um conjunto de questões, entre outras, que já tiveram que ser decididas pelos tribunais.

- Não indicação de informação relativa às testemunhas e peritos, no campo respectivo do formulário facultado aos advogados no sistema Citius. Consequências?

- A notificação à parte, na pessoa do seu mandatário, quando realizada por transmissão electrónica de dados, beneficia da mesma dilação prevista, no artigo 254º, nº 3, do Código de Processo Civil?

- Discrepância entre a data da certificação do citius (data da elaboração) e a data da expedição para efeitos de presunção da notificação.

- Discrepância entre os elementos de identificação do Réu constantes do formulário do Citius e o conteúdo dos ficheiros anexos.

- Problemas técnicos dos serviços do CITIUS e a elisão da presunção de notificação estabelecida na conjugação dos art.ºs 254º, n.º 5, do Código de Processo Civil e 21º-A, n.º 5, da Portaria n.º 114/2008, de 6-2, na redacção introduzida pela Portaria n.º 1538/2008, de 30-12.

- Da obrigatoriedade de apresentação dos originais do requerimento executivo e respectivos documentos quando o juiz o determine.

- A expedição na via electrónica beneficiará da mesma dilação correspondente à do registo na via postal?

- A recusa do requerimento com fundamento na falta de assinatura é aplicável quando o requerimento de injunção for apresentado por meios electrónicos?

Atentemos, então, nas decisões dos tribunais:

Ac. da RL, processo n.º 6/09.4TBSCF-A.L1.8, de 14.02.2010, consultado em www.dgsi.pt:

“Não tendo sido indicada informação relativa às testemunhas e peritos, no campo respectivo do formulário facultado ao advogados no sistema Citius, para a comunicação electrónica do requerimento probatório, apesar de a mesma informação constar do ficheiro anexo, não deve ser rejeitado tal requerimento, no que aos referidos meios de prova diz respeito.”

Ac. da RL, processo n.º 1960/10.9TTLSB.L1-4, 30.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:

“I- Se ao pretender praticar um acto processual sujeito a prazo, por exemplo contestação, através do CITIUS, a parte se depara com qualquer obstáculo à anexação dos ficheiros com o conteúdo material da peça processual, deve, por interpretação extensiva do disposto no art. 10º n.ºs 2 a 5 da P. 114/2008, de 6/2, na redacção da P. 1538/2008 de 30/12, proceder à entrega através dos restantes meios previstos no nº 2 do art. 150º do CPC.”

Ac. da RL, processo n.º 79-B/1994.L1-4, 22.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:

“- A notificação à parte, na pessoa do seu mandatário, quando realizada por transmissão electrónica de dados, beneficia da mesma dilação prevista, no artigo 254º, nº 3, do Código de Processo Civil, para a notificação postal, presumindo-se feita no

terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja.

II- Trata-se uma presunção que apenas pelo notificado pode ser ilidida, provando ele que não foi efectuada a notificação ou que ocorreu em data posterior à presumida, para tanto não servindo o critério da leitura efectiva, por tal desiderato se não encontrar elencado no texto legal.”

Ac. da RL, processo n.º 4261/07.6TTLSB.L1-4, 6.04.2011, consultado em www.dgsi.pt:

“1- Não pode haver discrepância entre data da elaboração da notificação e a data da sua expedição, dado que a certificação do citius se destina precisamente a certificar a data de expedição da notificação.

2- Mas se existir essa a discrepância entre a data da certificação do citius (data da elaboração) e a data da expedição deve ser esta a ter em conta para efeitos da presunção da notificação, pelo que, no caso, tendo a expedição electrónica ocorrido em 21.10.2009 (terça-feira) a notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ou primeiro dia útil seguinte, ou seja no dia 26.10.2009.”

Ac. da RL, processo n.º 576/10.4TJLSB-8, 25.11.2010, consultado em www.dgsi.pt:

“Existindo divergência, por lapso de escrita revelado no contexto do documento escrito, entre os elementos de identificação do Réu constantes do formulário do Citius e o conteúdo dos ficheiros anexos, é lícito ao juiz proceder à rectificação do erro material, nos termos do art.249º do CC e ordenar o prosseguimento dos autos em conformidade com o conteúdo do suporte de papel.”

Ac. da RL, processo n.º 986/09.0TBBNV-A.L1-2, 10.12.2009, consultado em www.dgsi.pt:

“I - A “informatização” da tramitação processual, é um objectivo com muito de experimental, sofrendo ajustes permanentes, e numa área em que o cidadão se vê confrontado com presunções que bulem directamente com a exercitação de direitos.

II - Apelando a ilisão de tais presunções, no limite, ao recurso aos próprios serviços da Administração que superintendem em matéria de “informatização da justiça”.

III – O que, remetendo-se para a parte, nem sempre será compaginável com o decurso de prazos preclusivos para arguir nulidades...ou para recorrer.

IV - A exigência quanto à prova neste domínio deverá pois ser menor, trabalhando-se a mesma eminentemente na base de juízos de razoabilidade, do id quod plerumque accidit.

IV - Sendo os próprios serviços do CITIUS a dar conta de que os Srs. funcionários não faziam correctamente as notificações electrónicas, confirmando ainda que efectivamente em finais de Julho de 2009 foram feitas alterações no sistema de visualização dos anexos, sendo agora possível saber se com a notificação segue algum anexo, e que o advogado da parte participou o incidente (não visualização do anexo com o despacho notificando) aos serviços do CITIUS, dois dias depois de notificado do despacho subsequente, é de considerar ilidida a presunção de notificação estabelecida na conjugação dos art.ºs 254º, n.º 5, do Código de Processo Civil e 21º-A, n.º 5, da Portaria n.º 114/2008, de 6-2, na redacção introduzida pela Portaria n.º 1538/2008, de 30-12.”

Ac. da RL, processo n.º 12977/08.3YYLSB.L1-8, 14.12.2010, consultado em www.dgsi.pt:

“- Nos termos do art. 150º nº8, do C.P.Civil, o disposto no aludido nº3 do mesmo artigo não prejudica o dever de exibição das peças processuais em suporte de

papel e dos originais dos documentos juntos pelas partes por meio de transmissão electrónica de dados, sempre que o juiz o determine, nos termos da lei de processo.

- Sendo para o efeito notificado, acha-se, assim, o exequente obrigado à apresentação dos originais do requerimento executivo e respectivos documentos.”

Ac. da RL, processo n.º 1479/09.0TJLSB-A.L1-1, 23.02.2010, consultado em www.dgsi.pt:

“1- Nos termos do n.º.5 deste art. 254ºdo CPC, a notificação por transmissão electrónica de dados presume-se feita na data da expedição e face ao n.º. 6 do mesmo, as presunções estabelecidas nos números anteriores só podem ser ilididas pelo notificado provando que a notificação não foi efectuada ou ocorreu em data posterior à presumida, por razões que lhe não sejam imputáveis.

2- Há que conjugar duas presunções para efeitos de determinação de datas de notificações, ou seja, a presunção de que a notificação por transmissão electrónica se presume feita na data da expedição e a de que esta se presume feita no terceiro dia posterior ao da elaboração, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o final do prazo termine em dia não útil.

3- Não houve uma preocupação de redução de prazos aos advogados, ou seja, não se fez qualquer alteração para contemplar uma diferenciação entre a notificação postal e a electrónica.

4- A expedição na via electrónica beneficiará da mesma dilação correspondente à do registo na via postal.”

Ac. da RL, processo n.º 397265/09.2YIPRT.L1-6, 30.06.2011, consultado em www.dgsi.pt:

“1. A recusa do requerimento com fundamento na alínea c) do art. 11 – falta de assinatura – não é aplicável quando o requerimento de injunção for apresentado por

meios electrónicos, atento o disposto no nº 7 do art. 10º do DL nº 269/98 de 1 de Setembro..

2. Se o tribunal tiver dúvidas quando à regularidade da apresentação do requerimento, então deve assegurar-se da regularidade da assinatura junto da DGAJ, na qualidade de entidade responsável pela Gestão do "Citius".

3. Ou, pelo menos, deve proferir despacho convidando a parte a suprir a irregularidade, nos termos do art. 17º, nº 3, do DL nº 269/98, de 1 de Setembro e, ainda art. 508º nº2 do CPCivil, de acordo com o qual o juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício.

4. Não tendo o Tribunal concedido à parte a possibilidade de se pronunciar, viola o disposto no art. 3º, nº 3, do CPC, cometendo a nulidade decorrente da violação do princípio do contraditório."

No que se reporta ao valor probatório da prova digital, apenas breves considerandos sobre questões tais como o *valor probatório do correio electrónico ou o valor probatório das filmagens e imagens colocadas na internet.*

A este propósito, salienta-se que o já referido projecto de lei para instituir o novo código de processo civil brasileiro, prevê várias normas a regulamentar tal matéria. Assim, no art. 405.º, parágrafos 3.º e 4.º estatui-se: *"§ 3º A fotografia digital e as extraídas da rede mundial de computadores, se impugnada sua autenticidade, só terão força probatória quando apoiadas por prova testemunhal ou pericial. § 4º Aplica-se o disposto no artigo e em seus parágrafos à forma impressa de mensagem eletrônica."*

E quanto à utilização de documentos electrónicos dispõe o art. 418.º que a *"utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade, na forma da lei.",* sendo que nos termos do art. 419.º *"O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor."*

No que se reporta à valoração de imagens e filmagens da internet muito recentemente se discutiu tal a propósito de um processo-crime em que duas jovens batiam numa outra jovem, acto filmado pelos colegas e depois colocada na rede mundial.

Compartilha-se aqui a posição de Rui Rangel (Correio da Manhã, 9.06.2011) *“não existindo qualquer obstáculo à sua utilização como meio de prova, porque foi gravado no espaço público, o que exclui qualquer intromissão na vida privada. Não validar essa prova única, num crime grave, e deixar a vítima desprotegida, seria um absurdo e a negação de um processo penal moderno ao serviço da paz e da ordem social.”*

Acrescente-se que as autoras do ilícito bem sabiam estar a ser filmadas, sendo que, com a queixa, a vítima dá o seu consentimento à investigação e implicitamente à utilização das filmagens.

6. A protecção de programas de computador e responsabilidade pela sua reprodução não autorizada.

Muito sinteticamente, e para terminar, vejamos alguns temas que os tribunais têm analisado:

Crime de reprodução ilegítima de programa protegido. Violação da propriedade intelectual. Destrinça com o crime de usurpação.

Licitude da utilização ou reprodução de programa protegido sem expressa autorização do autor, no âmbito do CDADC.

A ilicitude da instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de uma empresa.

Da irrelevância pelo facto do programa não ter sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores.

A divulgação de programa protegido.

Debrucemo-nos, então, sobre os acórdãos que dirimem tais questões:

No ac. da RC, processo n.º 1788/04.5JFLSB.C1, de 20.03.2011, consultado em www.dgsi.pt, decidiu-se que: *“(...) II – O art. 8º, nº 1, da Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), que tipifica o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, tutela a propriedade intelectual mediante a criminalização da utilização não autorizada de programa informático protegido por lei. Para a consumação do crime basta a reprodução, divulgação ou comunicação ao público, não se exigindo que a lesão do direito de autor se traduza num prejuízo económico (efectivamente verificado) para este. III – O crime de usurpação p. p. pelos arts. 195º, 197º e 199º do CDADC, tutela o exclusivo de exploração económica da obra, que a lei reserva ao respectivo autor. Este tipo de crime verifica-se, independentemente de qualquer resultado material, desde que ocorra uma utilização não autorizada, independentemente de o agente se propor obter qualquer vantagem económica. IV – No âmbito do CDADC, a licitude da utilização ou reprodução sem expressa autorização do autor apenas se afirma com a demonstração de que essa utilização ou reprodução se destinou a fim exclusivamente privado, sem prejuízo para a exploração normal da obra e sem injustificado prejuízo dos interesses legítimos do autor, sendo esta tripla conjugação que evidencia a verificação da regra dos três passos, decorrente da assimilação dos princípios previstos originariamente na Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, ratificada por Portugal e transposta para o direito nacional através da legislação que tutela aquela matéria.”*

Tratava-se de um caso em que o arguido efectuou cópias de software – programas de computador – tanto a partir dos respectivos originais como através da utilização do programa de partilha de ficheiros denominado E-mule, sem que para o efeito dispusesse de qualquer autorização dos respectivos autores, e não se provando que tivesse sido para uso privado, pelo que foi condenado pela infracção ao disposto no art. 195.º, n.º 1 do CDADC.

Como se explana nesse acórdão, a propósito do uso particular, e apoiando-se no art. 75º, nº 2, al. a), do CDADC, *“a reprodução de obra protegida efectuada no âmbito do uso privado é lícita, independentemente do consentimento do autor da obra ou de quem legalmente o represente. Constituindo ainda uma modalidade de utilização da obra, o uso privado distingue-se por ter em vista a exclusiva satisfação de interesses*

personais de carácter não económico, sejam eles de natureza cultural ou recreativa. A lei apenas excepciona a reprodução de partituras. E sendo assim, mesmo o download de obra protegida por direito de autor não traduz violação desse direito, desde que efectuada no âmbito do uso privado, ainda que a obra ou prestação venham a ser fixados num suporte destinado a esse efeito, como um disco rígido ou um CD-R, não havendo lugar à responsabilização criminal ou civil do autor da cópia. Simplesmente, no que tange à cópia, há que ter presente ainda o disposto no art. 81º, al. b), que, desenvolvendo o teor do art. 75º, nº 4, dispõe ser consentida a reprodução “para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização. Esta forma de utilização lícita tem que ser expressamente demonstrada.”

Analisando a ilicitude da instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de uma empresa e da irrelevância pelo facto do programa não ter sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores, destaca-se o ac. da R.C., processo n.º 1161/06, de 12.07.2006, consultado em www.dgsi.pt, em cujo sumário se escreveu “1. A instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de um empresa traduz-se numa reprodução de programa não autorizada. 2. O tipo legal de crime de reprodução de um programa informático protegido não exige intenção de lucro. 3. Para o preenchimento do tipo legal de crime é irrelevante que o programa não tenha sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores.”

No caso em análise estava em causa o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, p. e p. pelos artigos 9º, n.º 1, da Lei nº 109/91, de 17.08, e 14º nºs 1 e 2, do DL nº 252/94, de 20.10, concretamente (entre outros) de programa antivírus com licença de utilização apenas para um computador da empresa, embora tivessem instalado em vários.

Também, a propósito do crime de reprodução ilegítima de programa protegido, ac. da RC, processo n.º 1159/06, de 5.07.2006, consultado em www.dgsi.pt: *“No tipo legal de crime de reprodução ilegítima de programas protegidos (crimes informáticos), previsto no art.º 9.º da Lei 109/91, não são cumulativos os elementos contemplados no seu n.º 1, isto é, tanto é punível o acto de reproduzir um programa informático, com é punível o acto de o divulgar ou comunicar ao público.”*

Aí se escreve: *“Sobre a interpretação do artigo 9º confrontam-se duas teses: uma propugnada pelo Prof. José de Faria e Costa que considera ser uma norma de aplicação apenas quando estão reunidos os requisitos de reprodução do software, a sua divulgação ou comunicação ao público e outra, defendida por Manuel Lopes Rocha, mais consentânea com a Recomendação do Conselho da Europa, que considera que tais requisitos não têm que se cumular, bastando para que uma conduta seja criminosa a reprodução ilegítima do software[Lopes Rocha in Direito da Informática – Legislação e Deontologia, Ed. Cosmos, 1994.]. Com a maioria da jurisprudência, e a decisão recorrida, acompanhamos a segunda opção. Interpreta correctamente o preceito. A interpretação contrária contribui para deixar sem punição a esmagadora maioria da reprodução ilegal de software que conhecemos em Portugal.”*

Termina-se aqui, sendo que muito haveria por dizer, esperando que o intuito expôr, ainda que de forma sintética, uma perspectiva judicial das problemáticas surgidas com as novas tecnologias, tenha sido conseguido.

Vila do Conde, 4 de Dezembro de 2011

Tiago Caiado Milheiro

A RESPONSABILIDADE PELOS CONTEÚDOS TRANSMITIDOS PELA INTERNET – A PROVA DIGITAL *

Sofia de Vasconcelos Casimiro

Advogada

Doutorada por Queen Mary, University of London, Intellectual Property Research Institute
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa, Docente da Academia Militar

Sumário

I. Enquadramento do Tema

1. Os intervenientes na divulgação dos conteúdos
2. As particularidades da disseminação de conteúdos ilícitos no contexto digital
3. A responsabilização dos intermediários
 - 4.1. EUA: Digital Millennium Copyright Act
 - 4.2. União Europeia: Directiva do Comércio Electrónico
 - 4.3. Portugal: Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro

II. *Case Studies*: as hiperligações e os sistemas de partilha de ficheiros (P2P)

1. As hiperligações
 - 1.1. Definição e classificações
 - 1.2. Ilustração de alguns dos casos mais mediáticos
 - 1.3. As hiperligações à luz da ordem jurídica portuguesa
2. Sistema de partilha de ficheiros (P2P)
 - 2.1. Principais processos judiciais; Casos Napster, Grokster, Limewire e outros
 - 2.2. Medidas contra os utilizadores dos sistemas
 - 2.3. Os sistemas de partilha de ficheiros à luz da ordem jurídica portuguesa
 - 2.4. O novo movimento no combate à pirataria em rede; casos da França, Reino Unido e a aprovação da ACTA com a intervenção da União Europeia

* Conferência proferida em 25 de Novembro de 2011, no auditório do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, no âmbito da Formação Contínua 2011-2012 promovida pelo Centro de Estudos Judiciários.

III. A Prova Digital

1. Equilíbrio de interesses
 - 1.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada; caso Promusicae
 - 1.2. Direito à informação; a aprovação da lei HADOPI I
 - 1.3. Proibição de obrigação geral de vigilância em rede; caso Scarlet
2. O princípio geral de confidencialidade dos dados de comunicações na ordem jurídica portuguesa
3. O regime de conservação e transmissão de dados de comunicações a pedido das entidades competentes
4. O regime de conservação automática de dados de comunicações

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

- *Direito da Sociedade da Informação*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra (vários volumes)

Berschadsky, Ariel

- "RIAA v. Napster: a Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age", *JCIL*, volume XVIII, n.º 3, 2000, pp. 755-789

Casimiro, Sofia de Vasconcelos

- *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*, Almedina, Coimbra, 2000
- "First Victory in Unprecedented Legal Battle against Music Files Uploaders in the UK", *European IP Bulletin*, Issue 17, 2004, <http://www.mwe.com/info/news/euroip1104-copyright.htm>

Gouveia, Daniela

- "Primeiro Português Condenado por "Downloads" Ilegais Ouvia Hino do Benfica em Versão "Pimba"", *Jornal Público*, 21 de Junho de 2008, p. 9

Know Future Inc.

- *Hadopi: Amendment 138, A Dismissal for Dissent, and More Letters*, Know Future Inc., <http://knowfuture.wordpress.com/category/european-directives/#ref1>

Ministre de la Culture et de la Communication

- *Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication, Création et Internet*, 2010, <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presses/Dossiers-de-presses/Rapport-Creation-et-Internet>