

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ELSA DIAS OLIVEIRA

*Professora auxiliar da Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa*

Recibido: 05.01.2013 / Aceptado: 11.01.2013

Resumo: As obrigações extracontratuais que decorram da “violação da vida privada e dos direitos de personalidade, incluindo a difamação” foram excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, nos termos previstos no seu art. 1.º, n.º 2, al. g). Esta disposição suscita dificuldades que se prendem, desde logo, com a interpretação do conceito de “direitos de personalidade” e, conseqüentemente, com a determinação do âmbito real desta exclusão.

A diversidade de regimes conflituais, *maxime* a multiplicidade de diplomas legais, de origem europeia e de origem nacional, cujos âmbitos de aplicação nem sempre se revelam claros, complexifica o processo de determinação da lei competente, colocando em causa a sua previsibilidade.

Neste artigo propomo-nos apreciar se as soluções consagradas no Regulamento Roma II devem ser consideradas adequadas para regular as situações em que estão em causa obrigações extracontratuais que decorram da violação de direitos de personalidade, analisando o regime existente, mas também sugerir, *de iure condendo*, propostas que possam contribuir para o debate de um tema tão atual.

Palavras-chave: lei aplicável, obrigações extracontratuais, violação de direitos de personalidade, Regulamento Roma II.

Abstract: The non-contractual obligations arising out of “violation of privacy and rights relating to personality, including defamation” were excluded from the scope of the Regulation Rome II, according to article 1.º, n.º 2, g). This provision raises difficulties concerning the interpretation of the concept of “rights relating to personality” and, therefore, the real scope of this exclusion.

The diversity of conflict-of-law rules, *maxime* the multitude of legal acts from different sources, whose scopes are not always clear, renders the process of determining the applicable law more complex, contrary to the desired predictability of the outcome of litigation.

In this article we propose to assess if the solutions laid down in Regulation Rome II should be considered suitable to regulate the situations related to non-contractual obligations arising out of personality rights violation. In order to do it, we will analyze the existing regime, but we will also suggest, *de iure condendo*, proposals that may contribute to the debate of such a relevant subject.

Key words: applicable Law, non-contractual obligations, violation of personality rights, Regulation Rome II.

Sumário: I. Introdução. II. Âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II – o conceito de direitos de personalidade. III. Apreciação crítica acerca da adequação das regras do Regulamento Roma II à determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da violação de direitos de personalidade. IV. Norma de conflitos especial. V. Reserva de ordem pública internacional. VI. A violação de direitos de personalidade através da Internet. VII. Conclusão.

I. Introdução

1. Nos vários ordenamentos jurídicos nacionais o elenco, o conteúdo e as formas de tutela dos direitos de personalidade apresentam variações muito significativas.

Estas divergências não são de estranhar se se tiver presente que os direitos de personalidade, intrinsecamente ligados à pessoa, e a sua tutela, refletem de forma muito expressiva os valores ético-jurídicos que estão subjacentes a cada ordenamento jurídico.

Varia ainda o peso que é atribuído a interesses que podem conflitar com a tutela dos direitos de personalidade, como é o caso, *v.g.*, da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa.

A consagração de direitos que têm por objeto bens de personalidade em convenções e em outros instrumentos internacionais, vigentes em diferentes Estados, contribui para uma maior harmonização do elenco destes direitos, mas não anula as divergências. Para este resultado contribui o facto de nem todos os direitos de personalidade se encontrarem previstos nesses instrumentos, bem como de se verificarem diferenças interpretativas relativas a essas disposições. A jurisprudência resultante de instâncias internacionais competentes, *v.g.*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tem contribuído para a concretização do conteúdo desses direitos, bem como para a definição da sua relevância na ponderação com outros direitos e interesses conflitantes, todavia, não tem sido ainda suficiente para nivelar as divergências que se verificam na interpretação que é feita pelos vários os Estados¹.

2. É neste contexto jurídico que se verifica um desenvolvimento dos meios de transporte – com a conseqüente maior mobilidade das pessoas –, mais facilidades de transmissão de informações – em especial pela radiodifusão, pela utilização da Internet. Fatores como estes vieram potenciar o aumento das situações que apresentam conexões com mais do que um ordenamento jurídico e em que podem estar em causa lesões de bens de personalidade. Aliás, o próprio exercício das liberdades europeias estimula o desenvolvimento de situações plurilocalizadas, embora aqui, essencialmente, entre Estados-Membros da União Europeia.

Atenta a realidade atual, em que é fortemente estimulado o desenvolvimento, no plano internacional, de relações sociais, culturais, económicas, a garantia da tutela dos bens que são mais caros às pessoas – os bens de personalidade –, de modo a que se sinta confiante num palco internacional, é essencial.

Todavia, sublinha-se também que o contacto com diferentes ordenamentos jurídicos, que podem ter subjacentes valores e princípios muito diferentes, impõe o reconhecimento dessa diversidade e respetiva tolerância².

Face ao exposto, importa que existam regras claras que regulem a determinação da lei aplicável às situações que se prendem com a tutela dos direitos de personalidade, *maxime* as relativas à responsabilidade aquiliana decorrente da violação desses direitos. Esta regulamentação no plano conflitual é tão mais importante quanto também os regimes materiais da responsabilidade aquiliana previstos nos vários ordenamentos apresentam divergências significativas³.

3. Neste artigo, propomo-nos analisar algumas questões que se prendem com a determinação da lei aplicável à responsabilidade civil extracontratual decorrente da violação de direitos de personalidade,

¹ Tome-se como exemplo o célebre caso *Von Hannover v. Germany*, instaurado por Carolina do Mónaco, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), com julgamento em 24 de junho de 2004, e posteriormente o caso *Von Hannover v. Germany (no. 2)*, com julgamento a 7 de fevereiro de 2012, disponíveis em http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR, em que se decidiu acerca da alegada violação do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que prevê o direito à vida privada, e da relevância da liberdade de expressão, prevista no art. 10.º da mesma Convenção.

² E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 21.

³ Varia, por exemplo, entre os ordenamentos jurídicos, a relevância atribuída às funções ressarcitória, punitiva e preventiva da responsabilidade civil; tal como, designadamente em razão do peso atribuído às referidas funções, varia a fixação do *quantum* indemnizatório, as exigências quanto à prova dos danos sofridos, a atribuição de indemnizações com valor simbólico; a admissibilidade e a amplitude de atribuição de danos morais, etc. *Vide*, com pormenor, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pp. 158 ss.

apreciando o regime existente, mas também sugerindo, *de iure condendo*, propostas que possam contribuir para o debate de um tema tão atual.

II. Âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II – o conceito de direitos de personalidade

4. Atualmente, nos Estados-Membros da União Europeia, a fonte principal para determinar a lei aplicável às obrigações extracontratuais é, como é sabido, o Regulamento Roma II⁴. Nos termos do seu art. 1.º, n.º 1, prevê-se que o diploma é aplicável, em situações que envolvam um conflito de leis, às obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial, ficando excluídas do seu âmbito as matérias indicadas no art. 1.º, n.º 1, segunda parte, e no n.º 2. Atento o tema do presente artigo, importa atender, em especial, à al. g) do n.º 2, que expressamente se refere às «(...) obrigações extracontratuais que decorram da violação da vida privada e dos direitos de personalidade, incluindo a difamação».

5. Numa primeira leitura, seríamos tentados a afastar a aplicação do Regulamento Roma II quando estivesse em causa a determinação da lei competente para regular as situações relativas a obrigações extracontratuais que decorram da violação de direitos de personalidade. Todavia, uma análise mais aprofundada do diploma conduz-nos em sentido diferente.

Em primeiro lugar, há que ter presente que o Regulamento Roma II visa a harmonização das soluções conflituais entre os Estados-Membros da União Europeia e está sujeito às regras de interpretação e aplicação de Direito Europeu. Assim, atentas as finalidades visadas pelo próprio diploma, a interpretação e a aplicação das suas regras deve ser uniforme nos diversos Estados-Membros. Deve, pois, ser feita uma interpretação autónoma, o que significa, designadamente, que essa interpretação não pode atender apenas ao Direito interno do Estado do foro⁵. Será relevante, na interpretação das normas e na compreensão dos conceitos aí presentes, a jurisprudência do TJUE que a este respeito já se tenha pronunciado, as finalidades visadas pelo diploma europeu em análise, outros textos normativos com os quais o Regulamento Roma II se articula, os princípios gerais de Direito comum aos vários Estados-Membros⁶.

6. No que especificamente respeita ao conceito de «direitos de personalidade», previsto no art. 1.º, n.º 2, al. g), do Regulamento Roma II, importa, desde logo, atento o elemento sistemático da interpretação, atender a outras disposições deste diploma que regulam questões que com esta se prendem, o que contribuirá para se obter uma interpretação mais coerente.

Assim, importa ter presente o que se determina no art. 28.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, que este diploma não prejudica a aplicação de convenções internacionais em vigor em um ou mais Estados-Membros, à data da aprovação do Regulamento, e que estabeleçam regras de conflitos de leis referentes a obrigações extracontratuais. Mais se esclarece, nos termos do art. 30.º, n.º 1, 2.º parágrafo, que a Comissão deveria submeter ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Social e Económico Europeu um relatório que inclui um estudo sobre os efeitos do referido art. 28.º no que diz respeito à

⁴ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), publicado no JO L199, de 31.7.2007, pp. 40 ss.

⁵ Veja-se, a título exemplificativo, o acórdão do TJCE, de 17 de setembro de 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Proc. C-334/00, com referências jurisprudenciais, disponível em <http://curia.europa.eu/>. Aí se considerou, ponto 25, a propósito dos conceitos de «responsabilidade extracontratual» e de «responsabilidade contratual», previstos na Convenção de Bruxelas, que estes «(...) devem, em geral, ser interpretados de uma forma autónoma. Essa interpretação, no âmbito da aplicação da Convenção de Bruxelas, deverá atender, principalmente, ao sistema e aos objectivos da Convenção, com vista a assegurar a plena produção dos seus efeitos. Os referidos conceitos não podem, portanto, ser entendidos como remetendo para a qualificação que a lei nacional aplicável efectua da relação jurídica em causa no órgão jurisdicional nacional». Mais recentemente, em sentido semelhante, também com referências jurisprudenciais, vide acórdão do TJUE, de 25 de outubro de 2011, *eDate Advertising GmbH v. X e Olivier Martinez, Robert Martinez v.MGN Limited*, Proc.s C-509/09 e C-161/10 (ponto 38); acórdão do TJUE, de 6 de setembro de 2012, Proc. C-190/11, *Daniela Mühlleitner v.Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, Proc. C-190/11.

⁶ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 216 ss., com referências bibliográficas.

Convenção da Haia, de 4 de maio de 1971, sobre a lei aplicável em matéria de acidentes de circulação rodoviária. Ora, da articulação destas duas disposições resulta que o âmbito de aplicação material desta Convenção da Haia de 1971 – que, conforme consta do seu art. 1.º, § 1, regula a lei aplicável à responsabilidade aquiliana decorrente de acidente de circulação rodoviária – coincide com o do Regulamento Roma II, na parte respeitante às obrigações extracontratuais decorrentes de acidente de viação. Acresce que tem sido orientação pacífica na doutrina que a Convenção da Haia de 1971 é aplicável quer estejam em causa danos verificados nas pessoas, quer nas coisas. Ou seja, é também aplicável em casos de violação de direitos de personalidade na sequência desses acidentes.

A reforçar a ideia de que o Regulamento Roma II se aplica também nos casos em que estejam em causa acidentes de viação, encontramos, no seu considerando 34, como exemplo de «regras de segurança e de conduta» as relativas à segurança rodoviária em caso de acidente.

Por sua vez, no considerando 33 do Regulamento, a propósito da indemnização às vítimas de acidentes de viação, é feita expressa referência à quantificação da «(...) indemnização por danos não patrimoniais (...)», esclarecendo-se que, caso o acidente ocorra em Estado diferente do da residência habitual do lesado, o tribunal do foro deve atender a todas as circunstâncias relevantes da vítima, incluindo os prejuízos e custos do acompanhamento médico. Daqui resulta claramente que o Regulamento também se aplica se estiverem em causa danos à integridade física e psicológica do lesado. Cimentando ainda esta orientação está a referência feita também no considerando 17, a propósito da determinação do lugar do dano, ao país onde os danos patrimoniais ou não patrimoniais tenham sido infligidos à pessoa⁷; tal como, no considerando 30, com respeito à *culpa in contrahendo*, são referidos os danos não patrimoniais que se podem verificar enquanto o contrato é negociado⁸. Ora, «danos não patrimoniais» e «danos pessoais» são aqueles que, por regra, resultam de atuações que atingiram bens de personalidade, como é o caso da vida, integridade física, integridade psicológica, saúde, etc.

7. São ainda identificáveis outros argumentos, resultantes do próprio texto do Regulamento, que reforçam a ideia de que as obrigações extracontratuais resultantes da violação daqueles que, em alguns ordenamentos jurídicos, são considerados direitos de personalidade não estão afastados do âmbito de aplicação material do Regulamento. Atente-se, *v.g.*, que no art. 5.º se regula a lei aplicável em sede de responsabilidade por produtos defeituosos; é sabido que os danos daqui resultantes tanto podem ser patrimoniais como não patrimoniais, admitindo-se, pois, neste âmbito, que possam ser atingidos bens como a vida ou a integridade física⁹. Esta constatação é ainda sustentada pelo texto do considerando 20 em que se esclarece que um dos objetivos desta regra de conflitos é a saúde do consumidor – a saúde é um bem que, em alguns ordenamentos jurídicos, é objeto de direito de personalidade.

No art. 7.º do Regulamento Roma II está consagrada uma norma de conflitos que regula a «(...) lei aplicável à obrigação extracontratual que decorra de danos ambientais ou de danos não patrimoniais ou patrimoniais decorrentes daqueles (...)». Uma vez mais, resulta claro desta disposição que também as obrigações decorrentes de danos causados por lesões a bens de personalidade poderão caber no âmbito de aplicação material do Regulamento¹⁰.

8. Atento o enquadramento sistemático exposto, entendemos também dever ficar afastada a hipótese de, perante uma situação em que se verifica a violação de direitos de personalidade e de outros direitos que não de personalidade, aplicar o Regulamento apenas às obrigações resultantes da violação

⁷ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 224 ss.

⁸ L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 390.

⁹ No art. 9.º da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, publicada no JO L 210, de 7.8.1985, alterada pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de maio de 1999, publicada no JO L 141, de 4.6.1999, esclarece que, por «dano», se entende não apenas aquele que seja causado «(...) a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso», mas também «o dano causado pela morte ou por lesões corporais».

¹⁰ Sublinhe-se que já na Exposição de motivos apresentada com a Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), COM(2003) 427 final, de 22.7.2003, 2003/0168 (COD), p. 20, expressamente se referia que a norma de conflitos que regulava os danos ambientais abrangia os danos causados a pessoas.

destes direitos. Ou seja, afasta-se a possibilidade de proceder a um *dépeçage* que seria feito em função dos direitos atingidos e que resultaria na aplicação do Regulamento no que respeita às obrigações resultantes de lesões a bens não pessoais, mas na não aplicação do Regulamento caso a lesão atingisse num bem de personalidade¹¹. Um tal *dépeçage*, para além de complexificar a determinação da lei aplicável, é contrário ao texto do Regulamento, conforme tivemos oportunidade de verificar.

9. Daqui se conclui que, se a lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da lesão de alguns bens de personalidade estão, afinal, abrangidos pelo âmbito de aplicação material do Regulamento, então, o conceito de «direitos de personalidade» previsto no seu art. 1.º, n.º 2, al. g), não tem o mesmo conteúdo que usualmente lhe é tradicionalmente atribuído em alguns ordenamentos jurídicos europeus continentais – v.g., no Direito português, espanhol, alemão –, em que são objeto de direitos de personalidade bens como a vida, a integridade física, a integridade moral¹².

10. Na determinação do conteúdo do conceito de «direitos de personalidade» previsto no Regulamento importa ainda ter presente o processo legislativo que levou à sua aprovação.

Desde logo, no Projeto de Proposta para um Regulamento do Conselho sobre a lei aplicável a obrigações não contratuais, elaborado pela Comissão e sujeito à opinião pública¹³, estava consagrada uma norma de conflitos especial, o art. 7.º, que, apesar de ter como epígrafe «difamação» tinha um âmbito de aplicação mais abrangente, incluindo os casos de violação de outros direitos de personalidade para além da honra¹⁴. Nos termos desta disposição era atribuída competência à lei do país da residência habitual do lesado¹⁵.

Já posteriormente, na Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»)¹⁶, não eram excluídas do seu âmbito material as obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial resultantes de violação de direitos de personalidade. Também neste instrumento vinha consagrada uma norma de conflitos especial aplicável nos casos em que a responsabilidade civil extracontratual decorresse da violação do «direito à vida privada e dos direitos de personalidade» (art. 6.º). Aí se remetia para a aplicação da regra geral, prevista no art. 3.º, que determinava a aplicação da lei do lugar do dano. Todavia, se a aplicação desta lei fosse contrária aos princípios fundamentais do foro em matéria de liberdade de expressão e de informação, seria aplicável a lei do foro¹⁷.

¹¹ Este *dépeçage*, que se afasta, levaria a que, num caso de acidente de viação, coubesse no âmbito de aplicação do Regulamento Roma II a determinação da lei aplicável para regular as obrigações decorrentes da violação do direito de propriedade do carro, mas não as obrigações resultantes da violação de direitos de personalidade.

¹² Vide também, a este propósito, C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law – Missed and New Opportunities», *Journal of Private International Law*, vol. 8, n.º 2, pp. 251-296, p. 279.

¹³ No original, «Preliminary Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations». O projeto de proposta, que foi publicado em maio de 2002, disponível em http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_hearing_rome2_en.htm. O texto pode também ser consultado em HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RabelsZ*, 1/2003, pp. 1-56.

¹⁴ HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments...», cit., p. 24.

¹⁵ Esta regra de conflitos apenas se aplicaria se as partes, nos termos do art. 11.º, não escolhessem a lei que regularia a situação.

¹⁶ COM(2003) 427 final, de 22.7.2003, 2003/0168 (COD).

¹⁷ A regra aqui consagrada, na verdade, conduzia a um resultado que era já o decorrente da aplicação das regras gerais então previstas na proposta de Regulamento, atenta a cláusula de reserva de ordem pública. Cf. K. F. KREUZER, «Die vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II)», *Europäisches Kollisionsrecht*, Coord. Gerte Reichelt e Walter H. Rechberger, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004, pp. 13-62, p. 38; P. HUBER/I. BACH, «Die Rom II-VO», *IPRax*, 2/2005, pp. 73-84, p. 78; M. SONNENTAG, «Zur Europäisierung des Internationalen außervertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung», *ZVgRWiss*, 105, 2006, pp. 256-312, pp. 289 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 281; D. MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 154.

Com relevância, esclarecia-se, todavia, no art. 6.º, n.º 2, que a lei do país da residência habitual do órgão de radiodifusão ou do editor de imprensa escrita regularia o direito de resposta ou medidas equivalentes.

Posteriormente, na Primeira Leitura do Parlamento Europeu sobre a Proposta, foram adotadas alterações. Entendeu-se, com relevo no âmbito dos direitos de personalidade, designadamente, que, com respeito à determinação do tipo de indemnização por danos e cálculo do *quantum* indemnizatório quanto aos danos pessoais decorrentes de acidentes de viação, deveria ser, em princípio, aplicada a lei da residência habitual do lesado¹⁸. O Parlamento sugeriu ainda modificações à norma de conflitos especial que regulava qual a lei aplicável às obrigações resultantes de violação de direitos de personalidade, considerando adequada a «(...) lei do país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano». No caso de violação «(...) causada por uma publicação impressa ou por uma emissão, o país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano será considerado o país ao qual a publicação ou emissão é principalmente destinada ou, se tal não for evidente, o país no qual é exercido o controlo editorial, sendo aplicável a lei desse país. O país ao qual a publicação ou emissão é destinada é determinado, em particular, pela língua da publicação ou emissão, ou pela importância das vendas ou dos índices de audiência num dado país, em comparação com o total das vendas ou dos índices de audiência, ou ainda por uma combinação desses factores».

Na Proposta Alterada de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho apresentada pela Comissão¹⁹, onde já se refletem as alterações votadas pelo Parlamento e os trabalhos desenvolvidos pelo Conselho, verifica-se ter sido excluído do âmbito de aplicação material do Regulamento, nos termos do seu art. 1.º, n.º 2, al. h), «[a]s violações da vida privada e dos direitos de personalidade cometidos pelos meios de comunicação social». Esta exclusão, parece ter tido subjacentes preocupações suscitadas pelos meios de comunicação social, pois temeriam que a aplicação da lei do lugar do dano conduzisse a limitações da liberdade de expressão e de imprensa, preferindo a aplicação da lei do lugar onde se localiza a entidade que divulga a informação²⁰.

A solução avançada nesta Proposta Alterada apresenta, contudo, fragilidades significativas. Desde logo, não é definido o que se deva entender por «meios de comunicação social», ausência, por si só, geradora de insegurança e imprevisibilidade na aplicação do Regulamento. Para além disso, dificilmente se poderia justificar a adoção de normas de conflitos distintas consoante as características do agente, quando o bem jurídico atingido pode ser o mesmo. Na verdade, bens como a honra, a reserva sobre a intimidade da vida privada, a imagem, tanto podem ser atingidos por agentes que atuam como meios de comunicação social como por outros. Esta exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. h), foi, então, afastada²¹.

Assim, atenta a falta de consenso quanto à determinação do elemento de conexão adequado em sede de responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade, na versão final do Regulamento Roma II, foi adotada a já referida exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g).

¹⁸ Primeiro Relatório sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), de 27 de junho de 2005, Final A6-0211/2005, de 27.6.2005.

¹⁹ COM(2006) 83 final, de 21.2.2006, 2003/0168 (COD).

²⁰ Acerca desta questão, vide S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»)», *RIW*, 2007, pp. 721-735, p. 723; Y. NISHITANI, «The Rome II Regulation from a Japanese Point of View», *Yearbook of Private International Law*, vol. IX, Sellier, European Law Publishers, Stämpfli, Publishers Ltd., Berne, 2007, pp. 175-192, p. 185; C. J. KUNKE, «Rome II and Defamation: will the Tail wag the Dog», *Emory International Law Review*, 19, 2005, pp. 1733-1772, p. 1734. P. KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *RCADI*, tomo 318, 2005, pp. 9-332, p. 111; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Comares Editorial, Granada, 2008, p. 83; J. VON HEIN, «Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-Of-Law Evolution», *Tulane Law Review*, 5/2008, vol. 82, pp. 1663-1708, p. 1701; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 234; D. WALLIS, «Introduction. Rome II – A Parliamentary Tale», *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, editado por John Ahern e William Binchy, Matinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, pp. 1-7, p. 5; J. MEEUSEN, «Rome II: A True Piece of Community Law», *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, editado por John Ahern e William Binchy, Matinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, pp. 9-24, p. 15; *Rome II Regulation, Pocket Commentary*, art. 1, I. BACH, ed. Peter Huber, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, p. 53; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 231 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 282.

²¹ Acerca das razões que conduziram a este afastamento, vide T. PETCH, «The Rome II Regulation: An Update», *JIBLR*, 2006, pp. 449-455, p. 451; G. LÉGIER, «Le règlement «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», *La Semaine Juridique, Édition générale*, n.º 47, 21 de novembro de 2007, pp. 13-32, p. 16.

Contemporânea com esta discussão, sublinhe-se, é, contudo, a que se prende com preocupações relativas à fixação do *quantum* indemnizatório por danos pessoais resultantes de acidentes de viação, em que bens de personalidade estarão em causa.

11. A jurisprudência do TJUE contribui também, como acima se referiu, no âmbito da interpretação autónoma, para a determinação do conteúdo do conceito de «direitos de personalidade» previsto no Regulamento. Ora, a jurisprudência deste tribunal, nesta matéria, apresenta-se ainda relativamente insípida. Ainda assim, se tivermos presente, *v.g.*, o *supra* citado acórdão *eDate*, em que foram discutidas questões que se prendiam com a violação do direito à imagem, à vida privada, bem como o acórdão *Fiona Shevill*²² – amiúde citado no acórdão *eDate* –, em que era discutida uma questão de difamação, somos levados a concluir que os direitos à imagem, à reserva sobre a intimidade da vida privada, à honra, são qualificados como direitos de personalidade.

12. Relevantes são ainda, conforme acima sublinhámos, os princípios gerais que estão subjacentes aos sistemas legais dos Estados-Membros da UE, o que exige um esforço de comparação das suas regulamentações materiais²³. Um breve estudo de Direito Comparado permite identificar divergências muito significativas no que respeita à construção jurídico-dogmática dos direitos de personalidade nos vários ordenamentos²⁴. Assim, verifica-se que, *v.g.*, nos sistemas jurídicos europeus continentais os bens de personalidade tendem a ser objeto, no plano do Direito Civil, de direitos subjetivos – os direitos de personalidade – cuja violação pode gerar responsabilidade aquiliana. Os direitos à vida, à integridade física e psicológica, à honra, à reserva sobre a intimidade da vida privada, à voz, ao nome, são, pois, usualmente qualificados como direitos de personalidade. Já no Direito inglês, os bens de personalidade que merecem proteção são, por regra, tutelados através do *tort law*²⁵, não sendo reconhecido o conceito de direitos de personalidade; acresce que os bens aí tutelados não são sempre coincidentes com os dos ordenamentos jurídicos continentais²⁶.

²² Acórdão do TJCE de 7 de março de 1995, Proc. C-68/93, em que eram partes *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd v. Press Alliance SA*.

²³ *Vide*, a este propósito, D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 416 ss., que considera que «[t]ratando-se de regras de conflitos de fonte convencional o âmbito dos *comparanda* terá de alargar-se às regulamentações materiais de todos os Estados vinculados por tais regras ou, pelo menos, daqueles cujos ordenamentos jurídicos sejam mais representativos».

²⁴ Para uma apreciação comparativa relativa aos direitos de personalidade, *vide* K. ZWEIFERT/H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3.ª edição, traduzida por Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 685 ss.; J. NEETHLING, «Personality rights», *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, editado por Jan M. Smits, Edward Elgar, Cheltenham, UK· Northampton, MA, USA, 2006, pp. 530-547; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pp. 38 ss., com referências bibliográficas.

²⁵ Significa isto que se a lesão de um determinado bem preencher os pressupostos de um dos *torts* existentes, o agente pode ser condenado, *v.g.*, no pagamento de uma indemnização.

²⁶ Enquanto, por exemplo, no Direito material português, tal como no espanhol, o direito à imagem e o direito ao nome são, *per se*, juridicamente tutelados, no Direito inglês, a situação é distinta. Não existe, nesse ordenamento, um direito à imagem *per se*, nem um *tort* que a tutele. No caso *Campbell v. MGN*, (*Campbell v. MNG*, House of Lords, *All E.R.*, 2004, vol. 2, pp. 995-1041, também disponível em <http://www.publications.parliament.uk/>) parág. [154], a BARONESS HALE OF RICHMOND entendeu que «(...) in this country we do not recognise a right to one's own image (...)»; no mesmo caso, LORD HOFFMANN, parág. [73], «[t]he famous and even the not so famous who go out in public must accept that they may be photographed without their consent, just as they may be observed by others without their consent». *Vide*, ainda a este propósito, C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 107; M. TUGENDHAT/I. CHRISTIE, *The law of privacy and the media*, University Press, Oxford, 2002, pp. 53 ss.; W.V.H. ROGERS, «The protection of personality...», cit., pp. 96 ss. Por isso, este ordenamento jurídico apenas tutela situações em que a imagem possa ser indirectamente afectada: *v.g.*, nos casos em que a atividade fotografada for privada, poderá haver uma eventual violação do *right of privacy*. Também o bem «nome» não é tutelado *per se* nem existe um direito ao nome: J. MESTRE, «Les conflits de lois relatifs a la protection de la vie privée», *Etudes offertes à Pierre Kayser*, tomo II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, pp. 239-256, p. 243; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, 7.ª edição, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 30, nota 7; C. VON BAR, «Persönlichkeitsrechtsschutz im gegenwärtigen und zukünftigen deutschen internationalen Privatrecht», *Law in East and West*, ed. Institut of Comparative Law, Waseda University, Waseda University Press, Toquio, 1988, pp. 575-595, p. 575; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, cit., p. 96; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pp. 73 ss.

13. Assim, atendendo a que «direitos de personalidade» é um conceito normativo, que não se encontra concretizado no Regulamento Roma II nem em outro diploma de fonte europeia, haverá que atender à jurisprudência, aos princípios gerais e à interpretação que resulta do próprio instrumento europeu para determinar o âmbito desta exclusão.

Ora, partindo da letra do art. 1.º, n.º 2, al. g), resulta que são expressamente afastadas do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, as obrigações extracontratuais que decorram da lesão do bem de personalidade «reserva da vida privada». Este bem jurídico encontra na *privacy* no Direito inglês o conceito congénere, embora, por regra, substancialmente mais amplo e mais vago do que o previsto nos sistemas continentais²⁷.

De modo semelhante, estando a difamação expressamente prevista nessa disposição, também as obrigações extracontratuais que se prendam com a violação do direito à honra estarão afastadas do âmbito de aplicação do Regulamento. Feita esta delimitação, pela negativa, que resulta, sem grandes dificuldades, da interpretação literal dessa alínea, importa concretizar o que se entenda por «direitos de personalidade» (na versão portuguesa), ou «derechos relacionados com la personalidad» (na versão espanhola), ou «rights relating to personality» (na versão inglesa), ou «Persönlichkeitsrechte» (na versão alemã), ou «droits de la personnalité» (na versão francesa), ou diritti della personalità (na versão italiana).

Atentas as normas e os considerados do Regulamento Roma II acima referidos²⁸, somos levados a concluir, por delimitação positiva, que este instrumento é aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da violação dos direitos à vida, à integridade física e moral e à saúde²⁹.

Já os direitos à imagem, à voz, à palavra, ao nome, à confidencialidade das cartas missivas, devem ser considerados incluídos no conceito de «direitos de personalidade» ou de «derechos relacionados com la personalidad», previsto no art. 1.º, n.º 2, al. g). Com efeito, tendo sido feita uma referência expressa a «direitos de personalidade», visando delimitar pela negativa o âmbito de aplicação do Regulamento, e sendo aqueles direitos qualificados como tal em alguns ordenamentos jurídicos, haverá que respeitar o sentido de exclusão. Acresce ainda que não resulta dos elementos literal, sistemático ou histórico da interpretação que as obrigações extracontratuais resultantes da violação destes direitos devam ser incluídas no âmbito de aplicação material do Regulamento.

Ainda neste sentido, importa ter presente que a razão que levou à adoção desta exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), se prende com o afastamento da regulação pelo Regulamento de obrigações extracontratuais que pudessem resultar da violação de direitos de personalidade especialmente passíveis de ser lesados pelos meios de comunicação social, *maxime*, aqueles que pudessem colidir com o exercício da liberdade de imprensa. Assim se entende facilmente a exclusão expressa que é feita à violação da vida privada e à difamação. Também os citados direitos à imagem, ao nome, à voz, etc., integram a lista dos que frequentemente podem colidir com a atividade desenvolvida pelos meios de comunicação social³⁰.

A interpretação do art. 1.º, n.º 2, al. g), que aqui é sugerida deixa, admitimos, margens nebulosas e não evita dúvidas quanto à amplitude do âmbito da exclusão quando estejam em causa outros bens de personalidade. A ainda juventude do diploma e a amplitude dos conceitos aí vertidos dificilmente se coadunaria com tal tarefa. Caberá aqui à jurisprudência dos tribunais dos Estado-Membro e do TJUE, bem como à doutrina, a densificação destes conceitos, a sua delimitação e harmonização³¹.

²⁷ S. DEAKIN/A. JOHNSTON/B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6.ª edição, Clarendon Press, Oxford, 2008, pp. 820 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 69 ss.

²⁸ Arts. 28.º, n.º 1, art. 30.º, n.º 1, 2.º parágrafo, considerando 34, considerando 33, considerando 17, considerando 30, art. 15.º, al. f), art. 5.º, considerando 20, art. 7.º.

²⁹ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 239 ss.

³⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., p. 188, referem-se expressamente aos direitos à honra, à intimidade da vida privada, à imagem e ao nome.

³¹ Também referindo as dificuldades subjacentes à interpretação da exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), vide A. DICKINSON, «By Royal Appointment: No Closer to an EU Private International Law Settlement», 24 de outubro de 2012, disponível em <http://conflictoflaws.net/2012/by-royal-appointment-no-closer-to-an-eu-private-international-law-settlement/>.

III. Apreciação crítica acerca da adequação das regras do Regulamento Roma II à determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da violação de direitos de personalidade

14. A exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), do Regulamento Roma II, complexifica a determinação da lei aplicável e constitui um obstáculo à harmonia internacional de julgados, que é um dos princípios que está subjacente à adoção desse diploma.

Desde logo, já se verificou que a própria interpretação do conceito de «direitos de personalidade» não é clara, pelo que a determinação do âmbito de aplicação material do Regulamento pode suscitar dificuldades.

Caso se conclua que a situação em apreço não cabe no âmbito de aplicação do Regulamento, serão aplicadas as normas de conflitos em vigor no Estado do foro. Ora, não havendo harmonização sobre esta matéria, a lei designada poderá variar consoante o tribunal onde a ação seja intentada. Desta forma, pode verificar-se um fenómeno de *forum shopping*, atendendo ainda a que, dentro do âmbito de aplicação do Regulamento 44/2001³², a competência dos tribunais dos Estados-Membros da UE para apreciarem litígios relativos a responsabilidade extracontratual decorrente da violação de direitos de personalidade, pode, *in abstracto*, ser atribuída, em alternativa, a mais do que um tribunal³³.

Face ao exposto, melhor solução consistiria em revogar a exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), e, conseqüentemente, incluir as situações que se prendem com as obrigações extracontratuais decorrentes da violação de direitos de personalidade no âmbito de aplicação do Regulamento. A questão que, nessa hipótese, se colocaria seria a de saber se as soluções conflituais gerais consagradas no Regulamento Roma II são adequadas para regular estas situações ou se deveria ser adotada uma regra de conflitos especial, conforme tem vindo a ser sugerido pela doutrina³⁴ e mesmo pelo Parlamento Europeu³⁵.

³² Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicado no JO L 12, de 16.1.2001. Foi, entretanto, publicado o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 351, de 20.12.2012), que, nos termos do seu art. 80.º, revoga o Regulamento (CE) n.º 44/2001. Todavia, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, conforme previsto no seu art. 81.º, só se aplica a partir de 10 de janeiro de 2015, com exceção dos artigos 75.º e 76.º, que se aplicam a partir de 10 de janeiro de 2014.

³³ Atente-se, v.g., ao disposto no art. 2.º e no art. 5.º, n.º 3, do Regulamento 44/2001 e jurisprudência relevante: tenha-se presente, designadamente, o acórdão *Shevill* e o acórdão *eDate*.

³⁴ V.g., *Von Hein on Kate Provence Pictures*, de 27 de setembro de 2012, disponível em <http://conflictoflaws.net/2012/von-hein-on-kate-provence-pictures/>. O autor, tomando como base um proposta de adoção de uma regra de conflitos a incluir no Regulamento Roma II, já anteriormente avançada em documento de trabalho, de 23 de maio de 2011, apresentado pelo Parlamento Europeu, tendo como relatora Diana Wallis, e tendo também presente o acórdão *eDate*, veio apresentar a seguinte proposta:

«Article 5a – Privacy and rights relating to personality

(1) Without prejudice to Article 4(2) and (3), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected. However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably have foreseen substantial consequences of his or her act occurring in the country designated by the first sentence.

(2) When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues either in the court of the domicile of the defendant or in the court of the plaintiff's habitual residence, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.

(3) The law applicable to the right of reply or equivalent measures shall be the law of the country in which the broadcaster or publisher has its habitual residence.

(4) The law applicable under this Article may be derogated from by an agreement pursuant to Article 14.

³⁵ No relatório, de 2 de maio de 2012, do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre a alteração do Regulamento (CE) n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), relatora Cecilia Wikstrom, A7-0152/2012, defendeu-se a adoção de uma disposição, a ser incluída no Regulamento Roma II, o art. 5.º-A, que, sob a epígrafe de «vida privada e direitos de personalidade» apresenta a seguinte redação:

«1. A lei aplicável à obrigação extra-contratual que decorra de uma violação do direito à reserva da vida privada ou dos direitos de personalidade, incluindo a difamação, é a lei do país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de se verificar o elemento ou elementos mais significativos do dano.

2. Contudo, a lei aplicável será a lei do país em que o réu for habitualmente residente se não puder razoavelmente ter previsto a ocorrência de consequências substanciais das suas ações no país designado no n.º 1.

3. Quando a violação for causada pela publicação de material impresso ou por uma emissão, o país em que o elemento ou elementos mais significativos do dano ocorram, ou sejam passíveis de ocorrer, será considerado o país a que a publicação ou o serviço de emissão se dirige principalmente ou, se isso não for evidente, o país em que o controlo editorial é exercido, e

15. Em sede de responsabilidade civil extracontratual verifica-se, no plano do Direito material, uma tendência para a fragmentação dos regimes aplicáveis às diferentes atividades danosas (v.g., no que respeita a acidentes de viação, a acidentes de trabalho, a lesões aos bens de personalidade, etc.).

Ora, esta fragmentação não se manifesta apenas no âmbito do Direito material, mas também do Direito Internacional Privado. Aliás, as especificidades dos *torts*, em especial a sua variedade, bem como as diferentes questões que se podem suscitar, foram algumas das razões que levaram J. H. C. MORRIS a considerar que seria improvável que uma única norma de conflitos rígida – *law of the place of wrong* – pudesse ser adequada para regular todos os tipos de *torts* e todos os aspetos que a este respeitavam. Foi neste contexto que o autor veio propor, como solução alternativa, a aplicação da *proper law*, que conduzia a resultados mais casuístas³⁶.

Não se estranha, pois, que em diversos ordenamentos jurídicos tenham sido adotadas regras de conflitos especiais que regulam especificamente as situações que se prendem com a lei aplicável à responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade ou de específicos direitos de personalidade.

Como exemplos destas disposições especiais podemos indicar o art. 139 da Lei de Direito Internacional Privado suíça³⁷, o art. 99, § 2.º, 1.º, do Código de Direito Internacional Privado belga³⁸, o art. 19 da Lei de Direito Internacional Privado japonesa³⁹.

A adoção de normas de conflitos especiais, dependendo do seu teor, pode ter subjacentes princípios e finalidades diversas, consoante as razões de política legislativa que lhe estejam subjacentes. No caso da responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade, pode, em abstrato, visar-se a aplicação da lei que apresenta a conexão mais estreita com a situação, como concretização do princípio da proximidade; noutros casos, a norma de conflitos especial pode, exclusiva ou concorrentemente com outras finalidades, ter subjacentes razões de justiça material, como é o caso, v.g., do *favor laesi* ou do favorecimento da atividade desenvolvida pela comunicação social. A previsibilidade da lei aplicável pode também determinar a seleção do elemento de conexão, em especial nos casos em que a localização geográfica dos factos em contacto com a situação não seja óbvia, designadamente pela natureza dos bens em causa (pense-se, v.g., nas dificuldades suscitadas pela determinação do lugar do dano no caso de violação do direito à honra). Assim, importa, quando da adoção de normas de conflitos especiais, ter presente quais as finalidades visadas.

16. Apesar de a consagração de normas de conflitos especializadas apresentar vantagens – v.g., a de garantir uma melhor adequação da solução legislativa ao caso concreto e, conseqüentemente, conduzir a resultados mais previsível –, não deixa de revelar também inconvenientes significativos.

será aplicável a lei desse país. O país a que se dirige a publicação ou a emissão será determinado, em particular, pela língua da publicação ou emissão, ou pelo volume de vendas ou de audiências num determinado país como proporção do total de vendas ou de audiências, ou por uma combinação destes fatores.

4. A lei aplicável ao direito de resposta ou medidas equivalentes e a quaisquer medidas cautelares ou injunções de proibição contra um editor ou emissora relativamente ao conteúdo de uma publicação ou emissão e respeitantes à violação da vida privada ou de direitos de personalidade resultante do tratamento de dados pessoais será a lei do país em que o editor, emissora ou tratador tiver a sua residência habitual».

³⁶ J.H.C. MORRIS, «The Proper Law of a Tort», *Harvard Law Review*, 64/1951, pp. 881-895, p. 892; *The Conflict of Laws*, Stevens and Sons Limited, London, 1971, p. 260. Vide também, a este propósito, J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.ª edição, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 111; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 645 ss.

³⁷ Esta disposição rege a determinação da lei aplicável às pretensões fundadas na violação de direitos de personalidade que tenha sido perpetrada por meios de comunicação social ou outros meios de informação públicos. Permite-se que o lesado escolha entre a aplicação do Direito do Estado onde reside habitualmente e do Estado onde o lesante reside habitualmente ou tem o seu estabelecimento, ou ainda, como última alternativa, do Direito do Estado onde o ato lesivo produziu efeitos, desde que o lesante devesse prever que o resultado se produziria nesse Estado.

³⁸ Aí se determina que, em caso de difamação ou de lesão à vida privada ou a direitos de personalidade, a obrigação decorrente de responsabilidade extracontratual é regida, à escolha do lesado, pelo Direito do Estado em cujo território o facto gerador ou o dano ocorreu ou pode ocorrer, exceto no caso de o responsável não poder prever que o dano ocorreria nesse Estado.

³⁹ Esta norma regula especificamente a lei aplicável às ofensas à honra ou reputação. Prevê-se que os efeitos decorrentes desta lesão serão regulados pela lei da residência habitual do lesado, especificando-se que, no caso de se tratar de uma pessoa coletiva, a lei aplicável será a do lugar da sua principal atividade. Note-se, todavia, que a aplicação desta regra de conflitos não prejudica a atuação do art. 22 da mesma lei, que estabelece a *Double Actionability Rule*, daqui decorrendo que não há razões para preocupações com possíveis limitações à liberdade de imprensa, prevista, aliás, na Constituição.

A adoção de normas de conflitos com previsões especializadas conduz à potencial aplicação, a questões parciais, de um Direito distinto daquele que rege a questão principal. Assim, esta opção legislativa pode revelar-se contrária ao princípio da harmonia internacional de julgados, na medida em que, havendo especialização, é mais improvável que todas as ordens jurídicas adotem as mesmas soluções conflituais. Também o princípio da harmonia interna pode sair prejudicado, pois a questões parciais de uma mesma situação da vida podem ser aplicadas leis materiais diferentes, cujos regimes nem sempre são facilmente conciliáveis.

São ainda exigidas cautelas acrescidas na delimitação da previsão da norma de conflitos, sob pena de se gerarem conflitos positivos ou negativos de leis aplicáveis. A título ilustrativo, considere-se a seguinte hipótese: caso seja adotada uma norma de conflitos que regule a responsabilidade extracontratual resultante de violação de direitos de personalidade, esta norma coexistirá com a regra de conflitos geral. Havendo que determinar a lei aplicável para regular a responsabilidade aquiliana resultante, v.g., de um acidente de viação, resultaria que a uma mesma situação da vida – o acidente de viação e a responsabilidade aquiliana daí resultante – seriam aplicadas duas normas de conflitos diferentes (e potencialmente duas leis materiais diferentes), consoante estivessem em causa danos decorrentes da violação do direito de propriedade do carro ou a integridade física do lesado (neste último caso já está em causa um direito de personalidade)⁴⁰.

Daqui concluímos que a adoção de normas de conflitos especializadas, tendo embora claras vantagens quanto à adequação da solução legislativa face ao caso concreto, pode ter também um efeito perverso: o de tornar ainda mais complexo o processo de determinação da lei aplicável.

Contudo, cabe também a este propósito recordar as considerações há muito tecidas por Isabel de Magalhães Collaço⁴¹. A autora sublinhava que a adoção de regras de conflitos especiais revelava as orientações seguidas pelo legislador, que poderia entender existirem outros valores que se sobreporiam aos da harmonia internacional e da harmonia interna.

17. Importa, pois, apreciar da necessidade de adoção de uma norma especial que regule a determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da violação de direitos de personalidade, atentos os valores e os princípios que estão, ou devem estar, subjacentes às soluções conflituais nesta matéria. Ou se, por outro lado, as regras gerais já previstas no Regulamento Roma II são adequadas para regular esta questão.

18. No Regulamento Roma II, estabelece-se, como regra geral, nos termos do art. 14.º, a aplicação da lei escolhida pelas partes mediante convenção posterior ao facto que dê origem ao dano.

A aplicação da lei escolhida pelas partes em momento posterior ao facto que dá origem ao dano parece-nos adequada para, em termos gerais, regular as questões que se prendem com a responsabilidade extracontratual resultante da violação de direitos de personalidade. É uma solução que garante a previsibilidade da lei aplicável; permite a aplicação da lei que as partes consideram mais adequada para resolver o litígio (que se encontra dentro do campo da disponibilidade das partes⁴²) e, por isso, presume-se também que esta lei reflete o equilíbrio dos interesses das partes e das suas finalidades⁴³.

A circunstância de, nos termos do art. 14.º, a escolha apenas ser admitida *ex post* o facto danoso – exceto nos casos em que todas as partes desenvolvam atividades económicas (art. 14.º, n.º 1, al. b)) – permite melhor salvaguardar a igualdade entre as partes. Com efeito, será mais difícil, perante a situação já verificada, e tendo presentes todas as consequências daí resultantes, uma das partes influenciar a outra de forma tão forte que o exercício da autonomia da vontade seja meramente formal⁴⁴.

⁴⁰ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 652 ss.

⁴¹ I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, p. 73.

⁴² Atendendo a que, no regime material, em geral, o lesado pode decidir se pretende ou não obter o ressarcimento pelos danos sofridos por lesão dos seus bens de personalidade – ou chegar a acordo com o lesante quanto à forma de ressarcimento –, conclui-se que esta matéria fica na disponibilidade das partes. Ora, se, em sede de Direito material, a autonomia da vontade é admitida, também o há de ser no plano conflitual, aceitando-se que as partes escolham a lei aplicável.

⁴³ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 475 ss.

⁴⁴ O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 222; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 488 ss.

19. Caso não seja escolhida a lei aplicável, a situação será regulada pela lei da residência habitual comum – no momento do dano – da pessoa cuja responsabilidade é invocada e do lesado (art. 4.º, n.º 2). Esta solução conduzirá à aplicação de uma lei que, por regra, apresenta uma conexão muito estreita com as partes e, conseqüentemente, com a situação, assim se refletindo o princípio da proximidade. É também uma lei cujo teor é conhecido por ambas as partes e sob a sua égide, usualmente, desenvolvem o seu comportamento, correspondendo, por isso, a aplicação desta lei às suas expectativas.

Em concreto, no que concerne à tutela de bens de personalidade, a aplicação da lei da residência habitual comum será especialmente pertinente, pois reflete de forma expressiva as concepções éticas que devem prevalecer nas relações entre pessoas de uma mesma comunidade, independentemente do local onde se encontram. Acresce ainda que esta solução tem a vantagem muito significativa da comodidade: mesmo que a atuação, a lesão ou os danos ocorram num outro país, as partes seguem a sua vida no país da sua residência habitual, e, por esta razão, a regulação da situação por esta lei permite que a pretensão relativa ao pedido indemnizatório decorra mais facilmente⁴⁵. Acresce que, nos termos do art. 2.º do Regulamento 44/2001⁴⁶, o tribunal do domicílio do demandado é competente para conhecer o litígio, daqui resultando ainda a vantagem de este tribunal aplicar a lei do próprio Estado, que, por regra, é aquela que melhor conhece, assim se manifestando também o princípio da boa administração da justiça.

20. Na hipótese de a pessoa cuja responsabilidade é invocada e o lesado não terem residência habitual comum à data do dano, é aplicável, nos termos do art. 4.º, n.º 1, a lei do lugar onde este ocorre, «(...) independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as conseqüências indirectas desse facto». Ou seja, aplica-se a lei do lugar onde ocorre o dano direto⁴⁷. Na concretização do conceito de dano direto, podemos beneficiar da jurisprudência do TJUE, que, v.g., no acórdão *António Marinari*⁴⁸, embora a propósito da interpretação do conceito de «lugar onde ocorreu o facto danoso», previsto no art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas, se considerou que não se pode entender por lugar da produção do dano ou do evento causal «(...) todo e qualquer lugar onde se podem fazer sentir as conseqüências danosas de um facto que causou já um dano efectivamente ocorrido noutra lugar». Esclareceu-se ainda que «(...) este conceito não pode ser interpretado como abrangendo o lugar onde a vítima, como é aqui o caso, pretende ter sofrido um dano patrimonial consecutivo a um dano inicial ocorrido e sofrido por ela noutra Estado contratante»⁴⁹.

Sublinhe-se que o local onde se verifica o «dano direto» não deve confundir-se com o local da lesão⁵⁰, embora, frequentemente, coincidam. O legislador foi claro e a letra da lei não deixa dúvidas. Em todo o caso, e a favor da orientação que seguimos, invocamos a jurisprudência do TJUE na interpretação do conceito de dano – porque é este o que está previsto no Regulamento, embora se concretize que não releva o «(...) país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano (...) nem os países «(...) onde ocorram as conseqüências indirectas desse facto». Assim, note-se que, v.g., no acórdão *Shevill*⁵¹, a propósito da interpretação do art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas, entendeu-se que o lugar do dano é aquele onde «o prejuízo foi materializado». Esclarecendo que «[o] lugar de materialização do prejuízo é o local em que o facto gerador, implicando a responsabilidade extracontratual do seu autor, produziu efeitos danosos em relação à vítima». À luz desta orientação jurisprudencial, reforçamos a interpretação que seguimos: o lugar do dano direto não coincide, necessariamente, com o lugar da lesão, aliás, a lesão pode nem sequer produzir danos.

A questão que então se coloca é a de saber se este elemento de conexão «lugar do dano» é adequado quando está em causa responsabilidade aquiliana decorrente da lesão a bens de personalidade.

⁴⁵ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 465 ss. Também considerando que a lei da residência habitual comum é adequada para regular delitos de imprensa, cf. C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 294.

⁴⁶ Esta disposição corresponde, no Regulamento 1215/2012, *grosso modo*, ao art. 4.º.

⁴⁷ G. WAGNER, «Die neue Rom II-Verordnung», *IPRax*, 1/2008, pp. 1-17 cit., p. 4; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., pp. 117 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 424. Atente-se, na concretização do conceito de dano ao considerando (17) do regulamento Roma II.

⁴⁸ Acórdão de 19 de setembro de 1995, Proc. C-364/93, em que foram partes *António Marinari c. Lloyds Bank PLC e Zubaidi Trading Company*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0364:PT:HTML>.

⁴⁹ Vide, em especial, pontos 14, 15 e 19 do citado acórdão.

⁵⁰ Entendendo ser relevante o lugar da lesão do bem jurídico, cf., v.g., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, cit., p. 398.

⁵¹ Ponto 28 do acórdão.

Ora, uma das críticas que tem sido feita a esta solução conflitual, prende-se com o facto de alguns bens de personalidade – v.g., a honra, a reserva sobre a intimidade da vida privada, a voz – por terem uma natureza incorpórea, dificultarem o processo de localização do lugar do dano⁵². Ou ainda, atenta justamente esta natureza, os danos poderem ocorrer, simultaneamente, em locais diferentes.

No que respeita à localização do lugar do dano – que muito frequentemente coincide com o lugar da lesão, no sentido de lugar onde ocorre um prejuízo resultante dessa lesão – importa, desde logo, identificar os bens de personalidade que estão em causa. Podemos, no esteio da doutrina de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁵³, distinguir os bens de personalidade dividindo-os em três círculos principais: 1) o círculo biológico, em que se insere a vida, a integridade física, a saúde; 2) o círculo moral, em que se insere o direito à integridade moral, a honra pessoal (a consideração que o sujeito tem por si); 3) o círculo social, aqui se incluindo os bens que podem estar em causa na relação com os outros, v.g., a honra social, a reserva sobre a intimidade da vida privada, o nome. Quer os bens que se incluem no círculo biológico, quer os que se incluem no círculo moral, são indissociáveis do sujeito, logo, são lesados no local onde este se encontrar. Já os bens que se incluem no círculo social, uma vez que respeitam à relação com os outros, são lesados no local onde esta a relação com os outros é atingida. Pode dar-se o caso de uma mesma atuação causar lesões distintas, v.g., um comportamento difamatório pode lesar a honra pessoal no local onde a pessoa se encontrar – consequentemente, onde a sua autoestima é atingida –, e a honra social – no local onde é colocada em causa a estima que os outros têm pelo lesado, *i.e.*, o local onde a reputação é atingida.

Conforme já sublinhámos, o lugar da lesão tende a coincidir com o lugar do dano direto, *i.e.*, o lugar onde o lesado sofreu prejuízos resultantes dessa lesão. Todavia, admitimos que esta coincidência nem sempre se verifica: pense-se, v.g., nos casos em que a lesão não gera qualquer prejuízo, ou simplesmente o dano verifica-se noutro local, caso em que será de aplicar a lei vigente neste país.

Nas situações de aproveitamento económico indevido dos bens de personalidade, v.g., o caso de alguém aproveitar a imagem de uma celebridade, sem o seu consentimento, para desenvolver uma campanha publicitária, o bem atingido é ainda a imagem, no que respeita à faculdade de obter vantagens patrimoniais. Nesta hipótese, o bem é lesado no país onde é aproveitado sem consentimento – v.g., o país onde a imagem foi utilizada – e o dano ocorre no local onde o titular do direito respetivo sofre um prejuízo – v.g., no país onde o valor patrimonial do aproveitamento do bem imagem sofreu uma desvalorização. Também neste caso, o lugar da lesão pode ou não coincidir com o lugar do dano⁵⁴.

Resulta do exposto que, estando em causa a violação de direitos de personalidade, a determinação do «lugar do dano direto», embora possa suscitar dificuldades, não apresenta uma complexidade tal que coloque em causa a previsibilidade da lei aplicável⁵⁵. Aliás, é inegável a existência de uma conexão significativa da situação com a lei do lugar do dano.

⁵² Sobre as várias orientações doutrinárias e jurisprudenciais no que respeita à identificação deste local, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 400 ss.

⁵³ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 110. *Vide* também por N. M. ANDRADE PAULA PISSARRA, *Do dano transnacional em direito internacional privado, Alguns problemas*, Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, policopiado, Lisboa, 2004, p. 208.

⁵⁴ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 407 ss.

⁵⁵ Pode, todavia, suscitar-se dificuldades nos casos em que seja aplicável um Direito material em que o dano não é um dos pressupostos da responsabilidade extracontratual; é o caso, v.g., do *tort of libel*, um *torts actionable per se*, em que não se exige a prova de que o queixoso tenha sofrido um prejuízo. Cf. *International Encyclopaedia of Laws, Tort Law*, editor S. Stijns, editor Geral R. Blanpain, «United Kingdom» por Tony Dugdale, vol. 2, Kluwer Law, International, 2007, vol. 2, p. 158, § 289; R. MORSE, «Rights Relating to Personality, Freedom of the Press and Private International Law: Some Common Law Comments», *Current Legal Problems*, vol. 58, 2005, pp. 133-181, p. 157, esclarece que, neste caso, o dano se presume; SIR B. NEILL, «Privacy: A Challenge for the Next Century», *Protecting Privacy*, ed. Basil S. Markesinis, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 1-28, p. 11. Nesta hipótese, ainda assim, pode ser identificado o lugar do dano e será a lei desse lugar a aplicável. Caso este lugar não seja identificável, se a questão se colocasse no âmbito do Regulamento Roma II, nos termos da legislação atualmente em vigor, a solução mais consoante com os princípios que se refletem nas disposições aí previstas passaria pela aplicação da lei que apresentasse com a situação a conexão mais estreita, atento o princípio subjacente ao disposto no art. 4.º, n.º 3. Cf. E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 427 ss. *Vide* também, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., pp. 128 ss.; *Rome II Regulation, Pocket Commentary*, art. 4, I. BACH, ed. Peter Huber, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, p. 91: o autor sustenta que, nos casos em que, v.g., o dano ocorra em águas internacionais ou no espaço aéreo, há que aplicar os n.ºs 2 e 3 do art. 4.º do Regulamento. Considera que, apesar de o n.º 3 pressupor a prévia aplicação dos n.ºs 1 e 2, é admissível a sua aplicação analógica nos casos em que estes não estejam preenchidos.

Acresce ainda que, se tivermos presente que as soluções consagradas no Direito de Conflitos não são alheias aos valores e princípios que subjazem também ao Direito material, ainda menos se estranhará esta solução adotada no Regulamento Roma II. Com efeito, enquanto a adoção de um elemento de conexão que conduza à aplicação da lei do lugar da atuação terá subjacente uma atribuição de maior relevância ao comportamento do agente, refletindo uma perspectiva mais punitiva da responsabilidade civil; já a aplicação da lei do lugar do dano faz incidir o enfoque no resultado da atuação, nos prejuízos daí decorrentes. Ora, a direção seguida pela moderna responsabilidade civil vai no sentido de considerar determinante a lesão e o conseqüente dano, assumindo a reprovabilidade do comportamento cada vez menor protagonismo⁵⁶. Ou seja, a função principal da responsabilidade civil é a ressarcitória.

Refletindo-se esta orientação do Direito material no plano conflitual, então, na redação da norma de conflitos, o ponto de partida incidirá no bem jurídico violado e nos danos daí decorrentes e menos no comportamento do agente. Não se estranha, por isso, que o legislador europeu, no Regulamento Roma II, tenha selecionado como elemento de conexão subsidiário o lugar do dano⁵⁷.

Sublinhe-se, contudo, que a aplicação da lei do lugar do dano não prejudica a relevância das funções punitiva nem preventiva da responsabilidade civil, pois a lei material designada pode ainda conferir relevância, de forma mais ou menos significativa, a estas funções. Na verdade, tem sido desenvolvido um esforço, pela doutrina e pela jurisprudência de diferentes Estados-Membros da UE, no sentido de encontrar critérios de fixação do *quantum* indemnizatório em sede de responsabilidade civil por violação de direitos de personalidade. Com efeito, a quantificação destes danos – atento o seu caráter não patrimonial ou a dificuldade em fazer o seu cálculo – nem sempre é tarefa fácil. Todavia, é insustentável a inexistência de conseqüências para o lesante, em especial em situações que contrariam tão frontalmente valores e os princípios jurídicos muito significativos na ordem jurídico-social⁵⁸.

A aplicação da lei do lugar do dano previne ainda que o agente atue a partir de um país que tem uma legislação material que lhe é mais favorável, embora dirija os efeitos desta atuação para um outro Estado onde essa atividade é ilícita⁵⁹. Com efeito, a aplicação da lei do lugar da atuação vem potenciar as situações de fraude à lei, pois os agentes que pretendam agir de forma ilícita à luz da lei do lugar do dano podem decidir desenvolver a sua atuação a partir do território de países cujas legislações se revelam mais favoráveis aos seus intentos. É certo que pode ser sempre invocada, nos países que a admitam, a fraude à lei, todavia, nem sempre é líquida a prova dos seus pressupostos.

Sublinhe-se ainda que a aplicação da lei do lugar do dano não isenta o agente da observância das regras vigentes no lugar onde atua. Note-se que, v.g., no âmbito do Regulamento Roma II, no art. 17.º, determina-se que, na avaliação do comportamento do agente se pode atender às regras de segurança e de conduta em vigor no lugar da atuação⁶⁰.

A aplicação da lei do lugar do dano é, também, uma solução que assegura um equilíbrio entre os interesses dos intervenientes e a previsibilidade da lei aplicável. Com efeito, o lesado tem a expectativa de que seja aplicada a lei do lugar onde sofre o prejuízo, uma vez que é aí que «(...) intervém no tráfi-

⁵⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., p. 113.

⁵⁷ Cf. considerando (16), segundo período, do Regulamento Roma II.

⁵⁸ Atente-se, v.g., nos denominados *Caroline Fällén*, apreciados pela jurisprudência alemã, em que se apreciou a violação de direitos de personalidade da princesa por meios de comunicação social e foram reveladas as dificuldades subjacentes à quantificação dos danos. *Vide*, com referências bibliográficas, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 411, 179 ss.

⁵⁹ Atente-se, v.g., no documento de trabalho do Parlamento Europeu, de 23 de maio de 2011, sobre as alterações ao Regulamento Roma II, em que era relatora Diana Wallis. Aí se dava conta, na p. 3, de que o Parlamento islandês tinha votado a criação de uma lei que visava ser uma das mais protetoras das liberdades dos meios de comunicação social do mundo. Ainda segundo esse relatório «(...) it seemed that Iceland intended these measures to have international impact, by creating a safe haven for publishers worldwide – and their servers». Veja-se também, com referências bibliográficas, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 376 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 285, a propósito da possível manipulação da lei aplicável pelo editor.

⁶⁰ Acerca desta disposição, com mais pormenores, *vide* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., pp. 87 ss.; L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, cit., pp. 395 ss.; *Rome II Regulation, Pocket Commentary*, art. 17, I. BACH, ed. Peter Huber, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 366 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 382 ss.

co jurídico e se expõe ao padecimento de danos»⁶¹. Acresce que o lugar dos efeitos danosos é também aquele onde estes devem ser mais rapidamente neutralizados, o que é facilitado mediante a aplicação da lei desse mesmo lugar⁶².

Para o agente, a aplicação da lei do lugar onde os seus atos produzem efeitos não será, em princípio, imprevisível⁶³, uma vez para aí direcionou a sua conduta ou, pelo menos, terá admitido a possível ocorrência de consequências nesse local. O agente que adota um comportamento que pode produzir efeitos num outro país que não apenas aquele a partir de onde atua, deve contar com a possibilidade de aplicação da lei do Estado ou Estados onde essas consequências se verificam.

Também o Estado onde se verificou o dano tem interesse na designação da sua lei, desde logo porque a aplicação das suas regras materiais de responsabilidade civil extracontratual contribui para garantir a segurança e a ordem pública no seu território. Acresce ainda que a atribuição de uma indemnização de acordo com os critérios de uma outra lei, pode levar a que o Estado do lugar do dano tenha despesas acrescidas de segurança social com o lesado habitualmente residente no seu território, se a indemnização for fixada por um valor considerado desadequado à luz da lei do lugar do dano⁶⁴.

As considerações aqui tecidas, respeitantes à conceção moderna da responsabilidade civil e ao equilíbrio dos interesses das partes, foram as que também pautaram a solução conflitual consagrada no Regulamento Roma II conducente à aplicação da lei do lugar do dano⁶⁵.

21. A lei do lugar do dano ou a lei da residência habitual comum das partes pode ainda ser afastada se, nos termos do art. 4.º, n.º 3, do Regulamento Roma II – que consagra uma cláusula de exceção –, resultar claramente das circunstâncias que a situação apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com a lei de outro país. A cláusula de exceção tem subjacentes considerações de justiça formal, *maxime* o princípio da proximidade, e visa corrigir o resultado a que se chega por aplicação da própria norma de conflitos, mas que não conduziu à aplicação da lei que apresenta com a situação a conexão mais estreita.

No caso de responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade, atenta a natureza pessoal dos bens em causa, poderão relevar, para além de elementos objetivos como os lugares da atuação, da lesão, do dano, também elementos subjetivos como a nacionalidade das partes, a sua residência habitual. Já no âmbito da conexão acessória (art. 4.º, n.º 3, 2.ª parte), poderá ainda ser relevante a existência de uma relação preexistente entre as partes e que apresente com a situação *sub iudice* uma ligação significativa. O exemplo académico clássico é o do acidente de viação que ocorre no cumprimento de um contrato de transporte previamente celebrado.

A circunstância específica de estar em causa a tutela de bens de personalidade não afasta por si só, parece-nos, o eventual funcionamento da cláusula de exceção. Com efeito, estando subjacente o princípio da proximidade e não se verificando que outros princípios a este se sobreponham – *v.g.* o *favor laesi* – não se encontra razão para deixar de afastar a lei normalmente competente em benefício de uma outra que apresenta com a situação uma conexão manifestamente mais estreita.

22. Da apreciação que fomos fazendo das soluções conflituais consagradas no Regulamento Roma II, verificámos que estas eram, no global, adequadas para determinar a lei aplicável à responsa-

⁶¹ D. MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, cit., p. 309. Vide ainda HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments...», cit., p. 11; G. KEGEL/K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª edição, Verlag C.H.Beck, München, 2004, p. 723.

⁶² J.-L. CHENAUX, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Librairie Droz, Genève, 1990, p. 171, com referência à lição de Werner von Steiger; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 412.

⁶³ C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 286.

⁶⁴ M. C. PRYLES, «Tort and related obligations in private international law», *RCADI*, tomo 227, 1991-II, pp. 9-206, p. 29; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 413.

⁶⁵ Considerando 16. Ver também neste sentido, já antes, as considerações tecidas na Exposição de Motivos, apresentada pela Comissão, na Proposta de Regulamento, p. 12.

bilidade aquiliana resultante da violação de direitos de personalidade⁶⁶. Aliás, atenta a interpretação que fizemos do conceito de «direitos de personalidade» previsto no art. 1.º, n.º 2, al. g), concluímos que o Regulamento já se aplica quando está em causa a violação destes direitos.

Recorda-se ainda que, no Regulamento Roma II, já foram consagradas normas de conflitos especiais, que regulam a determinação da lei aplicável quando estão em causa situações específicas, e que podem também incluir violações a direitos de personalidade. Pense-se, v.g., no art. 5.º, que regula a lei aplicável à responsabilidade por produtos defeituosos, ou no art. 7.º, que regula a lei aplicável aos danos ambientais. Nestas duas disposições, a especificidade que justificou a adoção de uma regra especial encontra-se no facto de a responsabilidade resultar da comercialização de um produto defeituoso ou de um dano ambiental e é neste aspeto que a regra conflitual encontra a sua *ratio*. Assim, estas regras de conflitos serão, em princípio, as mais adequadas para regular a situação, independentemente de estarem em causa bens de personalidade ou outros⁶⁷.

23. Todavia, podemos encontrar dificuldades na aplicação dos critérios previstos no Regulamento Roma II a alguns casos em que estão em causa bens de personalidade ainda não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Essas dificuldades podem suscitar-se no que respeita à concretização do elemento de conexão «lugar do dano» quando os bens de personalidade atingidos têm um caráter mais ideal, como é o caso da honra ou da reserva sobre a intimidade da vida privada. Contudo, verificámos também que a doutrina e a jurisprudência têm desenvolvido uma atividade muito produtiva na determinação destes lugares, tendo estas dificuldades vindo a ser progressivamente ultrapassadas.

É certo também que, na concretização do lugar do dano, se pode identificar não apenas um, mas vários lugares – razão pela qual este elemento de conexão tem sido objeto de críticas. Com efeito, se uma mensagem difamatória for difundida em diversos países, os danos ocorrerão onde essa mensagem for apreendida pelos destinatários e, nessa sequência, a honra do lesado for atingida.

A doutrina tem-se revelado muito divergente na solução a dar a esta situação de plurilocalização de danos⁶⁸.

Alguns autores têm defendido a aplicação, como solução genérica, da lei da residência habitual do lesado⁶⁹. Subjacente a esta doutrina identifica-se também a ideia de que é no país da residência habitual do lesado que se localiza o centro das suas relações sociais⁷⁰ e, por isso, tende a ser este o país onde ocorre o dano.

Apesar de esta orientação permitir uma maior previsibilidade e certeza na determinação da lei aplicável, pode não se verificar qualquer dano relevante no país da residência habitual do lesado e a situação apresentar uma conexão significativamente mais estreita com a lei de um outro país. Nesse sentido, a aplicação desta lei poderá revelar-se surpreendente para o agente, que, eventualmente, nem sequer terá conhecimento do lugar onde o lesado tem a sua residência habitual⁷¹. Entendemos, por isso, que a residência habitual do lesado pode revelar-se relevante por ser um dos locais onde se verifica o dano, mas não é, por si só, um critério determinante⁷².

No âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, de acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Regulamento, a solução para os casos de danos plurilocalizados passa pela aplicação distributiva

⁶⁶ Também A. DICKINSON, «By Royal Apponitment...», cit., sustenta que o art. 4.º do Regulamento Roma II seria adequado para regular situações em que está em causa a violação de alguns direitos de personalidade.

⁶⁷ Vide E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 661.

⁶⁸ Veja-se, a este propósito, com referências bibliográficas, as orientações seguidas por diversos autores em E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 429 ss.

⁶⁹ Vide P. BOUREL, «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», *RCADI*, tomo 214, 1989-II, pp. 251-398, p. 396; P. JOHN KOZYRIS, «Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' «Missed Opportunity»», *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVI, n.º 2, 2008, pp. 471-497 p. 482; P.E. NYGH, «Reasonable Expectations of Parties in Choice of Law», *RCADI*, tomo 251, 1995, pp. 269-400, p. 373.

⁷⁰ P. WÜLLRICH, *Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet*, JWV, 2006, p. 288.

⁷¹ Pense-se, v.g., em celebridades que podem escolher residir habitualmente num país onde não são conhecidas.

⁷² T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich; Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 77; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 406 ss.

das leis dos países onde estes se verificaram⁷³. Esta solução não se revela a mais adequada num diploma que visa a previsibilidade da lei aplicável, atento o *dépeçage* a que conduz e que leva a que sejam apreciadas, de forma fracionada e à luz de leis materiais distintas, situações que são faces de uma mesma realidade⁷⁴.

É partindo do entendimento de que a aplicação da lei do lugar do dano tem vantagens significativas, mas que a *Mosaikbetrachtung* conduz a soluções complexas e nem sempre coerentes, que autores como URSULA KERPEN vêm defender, em caso de danos plurilocalizados, a remissão para um único ordenamento jurídico: aquele que apresentar com a situação a conexão mais estreita⁷⁵. Seria, pois, aplicada a lei do lugar onde se verificassem os efeitos principais da atuação, *i.e.*, o lugar onde os bens jurídicos do interessado fossem mais fortemente prejudicados (*Schwerpunktes*)⁷⁶.

De iure condendo, tento presente o Regulamento Roma II, consideramos também que esta é a solução que se revela mais equilibrada, pois assegura a aplicação da lei do dano, que apresenta as vantagens já avançadas. No entanto, ao permitir a aplicação de uma única lei, evita desarmonias na articulação de diversas leis materiais e reflete ainda o princípio da proximidade⁷⁷, pois conduz à designação da lei que, por regra, apresenta com a situação a conexão mais estreita⁷⁸.

Note-se, todavia, que mesmo dentro do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, caso exista uma plurilocalização de danos, se, apreciado o caso concreto, se verificar uma especial ligação da situação com um dos países onde ocorreram os danos, poderão estar preenchidos os pressupostos da cláusula de exceção, prevista no art. 4.º, n.º 3, e, nesse caso, será aplicada a lei desse país⁷⁹ para regular toda a situação.

A aplicação, *de iure condendo*, da lei do dano principal, nos casos em que estejam em causa direitos de personalidade, revela, contudo, algumas dificuldades de articulação com a jurisprudência do TJUE a propósito do art. 5.º, n.º 3, do Regulamento 44/2001⁸⁰. Com efeito, resulta do acórdão *Fiona Shevill* que, estando em causa um caso de difamação divulgado em artigo de imprensa em suporte papel, os tribunais do lugar dos danos apenas têm competência para conhecer dos prejuízos que se verificaram no território dos respetivos Estados. Só se a ação fosse intentada no tribunal do domicílio do autor ou do lugar da edição teria esse tribunal competência para conhecer de todos os danos, aplicando-se os critérios de determinação da lei aplicável acima referidos⁸¹.

IV. Norma de conflitos especial

24. A adoção, ou não, *de iure condendo*, de uma norma de conflitos especial, eventualmente incluída no Regulamento Roma II, que permita determinar a lei aplicável à responsabilidade aquiliana

⁷³ Na Exposição de Motivos, apresentada pela Comissão, na Proposta de Regulamento, p. 12, esclarece-se expressamente que «(...) no caso de ocorrência de danos em vários países, há que aplicar de forma distributiva as leis de todos os países em causa, em conformidade com a tese da «Mosaikbetrachtung» consagrada no direito alemão».

⁷⁴ Para uma apreciação mais desenvolvida, vide E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 437.

⁷⁵ U. KERPEN, *Das Internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtverletzungen – Ein Untersuchung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 2003, p. 250.

⁷⁶ U. KERPEN, *Das Internationale Privatrecht...*, cit., p. 260; vide também B. HEIDERHOFF, «Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte», *EuZW*, 14/2007, pp. 428-432, p. 430. Veja-se ainda S. MARINO, «La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, abril-junho 2012, pp. 363-380, p. 376, que, considerando adequada a aplicação da lei do lugar do dano, sustenta, para evitar um *dépeçage* excessivo, a aplicação da lei do maior dano.

⁷⁷ J. VON HEIN, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, p. 334.

⁷⁸ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 439.

⁷⁹ Veja-se, a este propósito, S. LEIBLE/A. ENGEL, «Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung», *EuZW*, 1/2004, pp. 7-17, pp. 10 ss.; G. LÉGIER, «Le règlement «Rome II»...», cit., n.º 47, p. 21; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, cit., p. 278. E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 440.

⁸⁰ Esta disposição corresponde, no Regulamento 1215/2012, ao art. 7.º, 2).

⁸¹ No caso de a violação dos direitos de personalidade ocorrer através de conteúdos colocados em linha num sítio Internet, o TJUE, no acórdão *eDate* veio considerar ser competente para conhecer a totalidade dos danos, para além do tribunal do «(...) Estado-Membro do lugar do estabelecimento do autor desses conteúdos (...)», também o tribunal do Estado-Membro onde se encontra o centro de interesses do lesado.

por violação de direitos de personalidade tem sido objeto de grande discussão. Nas propostas de redação de uma tal norma sobressai, entre outros aspetos, a preocupação com a proteção da liberdade de imprensa.

De facto, o principal obstáculo que fez afastar a aplicação do Regulamento Roma II às obrigações extracontratuais que decorram da violação dos direitos de personalidade, nos termos acima interpretados, prende-se com a garantia de que a lei designada não coloque em causa a liberdade de imprensa.

Ora, a adoção de uma norma de conflitos que se aplique apenas nos casos em que uma das partes seja um meio de comunicação social suscita dificuldades significativas. Desde logo, seria necessário definir o que se devesse entender por «meios de comunicação social», conceito cujos contornos nem sempre estão claramente definidos. Esta nebulosidade do conceito colocaria em causa, consequentemente, a certeza e a segurança na determinação da lei aplicável, objetivos que são visados pelo Regulamento. Aliás, conforme já acima referimos, no art. 1.º, n.º 2, al. h), da Proposta alterada de Regulamento Roma II, excluía-se do seu âmbito de aplicação material «[a]s violações da vida privada e dos direitos de personalidade cometidas pelos meios de comunicação social» e esta proposta foi afastada.

Para além disso, dificilmente se justificaria a adoção de uma norma de conflitos aplicável apenas no caso de estarem em causa situações em que uma das partes é um meio de comunicação social. Com efeito, se os meios de comunicação social têm interesse em que a sua liberdade de imprensa seja tutelada, as pessoas em geral têm interesse em que a sua liberdade de expressão seja garantida. E a verdade é que, em especial com a expansão da Internet, não são apenas os meios de comunicação social, os chamados *media*, quem pode divulgar, a um número significativo de destinatários, mensagens que podem atingir os bens de personalidade de outras pessoas. Essa possibilidade está, atualmente, ao alcance que qualquer pessoa, através, *v.g.*, de *blogs*, de *sites* Internet (alguns deles muito populares), correio eletrónico.

25. Sublinhe-se ainda que as objeções que foram colocadas, *maxime* pelos meios de comunicação social, prenderam-se com a aplicação da lei do lugar do dano e não com a adoção de outros elementos de conexão. Assim, a questão em discussão apenas se coloca na hipótese de as partes não escolherem a lei aplicável para regular a situação e de o lesado e responsável pela indemnização também não terem residência habitual comum, pois só nesse caso se justifica o recurso a uma conexão subsidiária.

Na verdade, conforme acima verificámos, quer a lei escolhida pelas partes quer a lei da residência habitual comum são adequadas para regular estas situações, garantindo, designadamente, a conciliação dos interesses em causa e revelando proximidade com o eventual litígio.

26. As dificuldades são, essencialmente, suscitadas quanto ao elemento de conexão lugar do dano, por poder ser difícil ao agente prever os países onde estes se manifestam, nos casos em que a mensagem é difundida a uma audiência aberta, anónima e dispersa, em que não é possível controlar pessoalmente o leque dos destinatários. Face a esta possível dificuldade de previsibilidade, a aplicação das leis dos lugares dos danos poderá limitar a liberdade de expressão do agente. Com efeito, neste panorama, o agente teria de conformar a sua atividade atendendo às leis de todos os países do mundo, que apresentam regulamentações muito diversas.

Atentas estas premissas, parece-nos que uma solução possível, que garante um maior equilíbrio dos interesses das partes, consiste na aplicação da lei do lugar do dano, embora condicionada ao facto de o agente ter direcionado a sua atividade para esse local, nos casos em que, como referimos, a mensagem é difundida a uma audiência aberta, anónima e dispersa, e em que não é possível controlar pessoalmente o leque dos destinatários⁸². Elementos como o idioma em que a mensagem está escrita, a amplitude do

⁸² E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 657 ss.. Segundo C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 294, na falta de residência habitual comum, a lei do país para onde a publicação é principalmente direcionada é aquela cuja aplicação é expectada pelas partes envolvidas.

sinal de transmissão nos casos de radio ou de teledifusão, o formato da mensagem, os países onde se comercializam jornais ou revistas, etc., poderão contribuir para determinar quais os países a que a mensagem é direcionada⁸³⁻⁸⁴.

Uma tal regra de conflitos, que *de iure condendo* aqui tratamos, aplicar-se-ia apenas, repetimos, caso as partes não escolhessem a lei aplicável (art. 14.º do Regulamento Roma II) nem tivessem residência habitual comum (art. 4.º, n.º 2, Regulamento Roma II). Esta regra não prejudicaria ainda o eventual funcionamento de uma cláusula de exceção e, como tal, a lei designada poderia ser afastada se se verificasse que a situação apresentava uma conexão manifestamente mais estreita com a lei de um outro Estado, aplicando-se, assim, esta lei⁸⁵.

V. Reserva de ordem pública internacional

27. No processo de determinação da lei competente para regular o caso concreto, importa ainda ter presente que, qualquer que seja a norma de conflitos, tendo esta carácter abstrato e subjacentes razões de justiça formal, pode conduzir à designação de uma lei material estrangeira que, aplicada à situação *sub iudice*, envolve uma ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado do foro.

Por exemplo, da aplicação da lei do país para onde foi direcionada uma notícia que divulga situações incómodas para esse Estado, *maxime* que coloque em causa a honra dos seus políticos, pode resultar que o jornalista seja condenado ao pagamento de uma indemnização por difamação. Todavia, no país do foro, pode ser frontalmente contrário à liberdade de imprensa e ao dever de informação (e direito à informação) uma tal condenação. Neste caso, se esta condenação se traduzir em ofensa aos princípios fundamentais da reserva de ordem pública internacional do Estado do foro, a aplicação da lei designada

⁸³ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 657 ss. Esta regra que, *de iure condendo*, poderia regular a situação indicada, não deixa de apresentar algumas semelhanças com propostas já avançadas pelo Parlamento Europeu. Por exemplo, na alteração 30 da Primeira Leitura, propunha-se que «[a] lei aplicável à obrigação extracontratual resultante de uma violação do direito à vida privada ou dos direitos de personalidade é a lei do país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano, mas pode pressupor-se a existência de uma conexão manifestamente mais estreita com um determinado país, tendo em conta factores como o país ao qual a publicação ou emissão é principalmente destinada, a língua da publicação ou emissão, o volume das vendas ou os índices de audiência num dado país, em comparação com o total das vendas ou dos índices de audiência, ou ainda uma combinação desses factores. Esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* às publicações na *Internet*». Já na Segunda Leitura, na alteração 19, a proposta do Parlamento era de que «[c]aso a violação seja causada por uma publicação impressa ou por uma emissão, o país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano será considerado o país ao qual a publicação ou emissão é principalmente destinada ou, se tal não for evidente, o país no qual é exercido o controlo editorial, sendo aplicável a lei desse país». Esclarecendo-se ainda que «[o] país ao qual a publicação ou emissão é destinada é determinado, em particular, pela língua da publicação ou emissão, ou pela importância das vendas ou dos índices de audiência num dado país, em comparação com o total das vendas ou dos índices de audiência, ou ainda por uma combinação desses factores. Esta disposição aplica-se, com as devidas adaptações, às publicações na *Internet* e noutras redes electrónicas». Ou seja, admitia-se a aplicação da lei do país para onde é destinada a mensagem, por se pressupor que é aí que se verificarão os elementos mais significativos do dano. Já com a possibilidade, avançada pelo Parlamento, de aplicação da lei do país onde é exercido o controlo editorial, não podemos concordar, por conduzir à aplicação da lei do lugar da atuação, com os inconvenientes já *supra* referidos.

A atual proposta do Parlamento Europeu, acima transcrita, apresentada em maio de 2012, suscita-nos as mesmas discordâncias no que respeita à aplicação da lei da residência habitual do réu ou do país onde o controlo editorial é exercido. Para uma apreciação crítica a esta proposta, *Von Hein on Kate Provence Pictures*, de 27 de setembro de 2012, cit.

⁸⁴ Note-se também que, no Processo *eDate*, embora a questão fosse relativa à determinação do tribunal competente e não da lei aplicável, o Advogado-Geral, nas conclusões, sustentou, a propósito da identificação do centro de gravidade do conflito, que, para além do lugar onde o lesado desenvolvia o seu projeto de vida, era também relevante o país onde a mensagem é divulgada e é objetivamente relevante. Na conclusão 63, esclareceu que «[a]o propor que a informação deve ser objectivamente relevante referimo-nos aos casos em que um meio de comunicação pode razoavelmente prever que a informação distribuída na sua edição electrónica contém um «interesse noticioso» num território concreto, incitando os leitores desse território a ela aceder».

⁸⁵ Também na proposta de norma de *Von Hein on Kate Provence Pictures*, cit., o autor prevê a aplicação da lei escolhida pelas partes, bem como da lei da residência habitual e o possível funcionamento da cláusula de exceção. Todavia, já não acompanhamos o autor na admissibilidade de aplicação da lei da residência habitual ou do estabelecimento do lesante, nem na possibilidade de escolha, ainda que limitada, de leis previamente determinadas.

pode ser afastada⁸⁶ – se a situação coubesse no âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II, seria aplicável o seu art. 26.º.

A reserva de ordem pública internacional, que funciona como válvula de segurança, permite, pois, que todo o processo de determinação da lei aplicável seja feito com menor ansiedade face ao resultado. O que, todavia, não substitui os cuidados legislativos na adoção das soluções conflituais mais adequadas. Com efeito, introduzindo um elemento, necessariamente, de insegurança e imprevisibilidade, o recurso à exceção de reserva de ordem pública internacional deve ser feito com parcimónia.

VI. A violação de direitos de personalidade através da Internet

28. A determinação da lei aplicável para regular a responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade através da Internet tem sido objeto de acesa discussão na doutrina. Com efeito, a interpretação das regras previstas na Diretiva sobre o Comércio Eletrónico⁸⁷ – em especial, a articulação entre o disposto no art. 1.º, n.º 4 e no art. 3.º, n.º 1 – e das que a transpuseram para o Direito interno de cada um dos Estados-Membros tem apresentado divergências significativas.

Tal como tem suscitado vivos debates na doutrina de cada Estado-Membro a questão de saber se as regras de Direito interno que procederam à transposição da Diretiva se aplicam aos casos em que está em causa a determinação da lei competente para regular a responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade⁸⁸.

29. Acresce ainda que a referência feita no considerando (35) do Regulamento Roma II no sentido de que «[a] aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do (...) regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários como a Directiva 2000/31/CE (...)», conjugada com o art. 27.º, também não se revela completamente esclarecedora. Parece-nos, todavia, que, apesar de o legislador não ter querido tomar posição quanto à natureza das regras previstas na Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, o sentido que daqui se retira é o de que poderá haver uma restrição ao âmbito de aplicação do Regulamento Roma II em favor da aplicação de disposições de textos normativos especiais que visem o bom funcionamento do mercado interno⁸⁹.

⁸⁶ E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 423 ss.; Clara Cordero on Kate Provence Pictures, 27 de setembro de 2012, disponível em <http://conflictoflaws.net/2012/clara-cordero-on-kate-provence-pictures/>.

⁸⁷ Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico), publicada no JOCE L 178 de 17.7.2000, pp. 1 ss.

⁸⁸ Acerca da interpretação da diretiva, em geral, identificando as orientações doutrinárias dominantes, cfr. M. FALLON/J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *Rev. crit. DIP*, n.º 3, 2002, pp. 435-490, pp. 480 ss.; M. HELLNER, «The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive – A Conflict with Conflict of Laws», *European Review of Private Law*, 2/2004, pp. 193-213, pp. 193, 198 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11.ª edição, Comares, Granada, 2010, p. 636; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 4.ª edição, Civitas, Thomson Reuters, 2011, pp. 144 ss. Vide, v.g., na doutrina portuguesa, L. DE LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado - Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de decisões estrangeiras*, organizado por Luís de Lima Pinheiro, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79-109, pp. 107 ss. D. MOURA VICENTE, «Comércio eletrónico e responsabilidade empresarial», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 241-289, p. 274, nota 96. D. MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 209 ss., em que se pode ter ainda uma panorâmica de Direito Comparado quanto às várias orientações seguidas nos diversos Estados-Membros. Veja-se, ainda, D. MOURA VICENTE, «Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado», cit., pp. 202 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 538 ss.

⁸⁹ Segundo J. VON HEIN, «Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law», *RabelsZ*, 3/2009, pp. 461-508, p. 477, este considerando implica um procedimento em duas fases: em primeiro lugar, a lei aplicável é designada pelas regras do Regulamento Roma II; em segundo lugar, o resultado daqui decorrente deve ser apreciado à luz da liberdade de circulação de bens e serviços. De acordo com L. DE LIMA PINHEIRO, cabe no âmbito de aplicação do Regulamento Roma II a determinação da lei competente para regular a responsabilidade extracontratual na Internet. O autor sustenta que o Regulamento não exclui do seu âmbito de aplicação as questões que se prendem com o comércio eletrónico, apenas menciona a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico no contexto das limitações à aplicação das regras substantivas da lei designada. Vide L. DE LIMA PINHEIRO, «Choice of Law on Non-Contractual Obliga-

30. No Acórdão *eDate*, o TJUE veio esclarecer que o disposto no art. 3.º da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico não impõe uma transposição para o Direito interno sob a forma de adoção de uma regra de conflitos⁹⁰. No entanto, sustenta que, no âmbito do domínio coordenado, cada Estado-Membro deve assegurar que «(...) o prestador de um serviço de comércio electrónico não seja sujeito a exigências mais estritas do que as que estão previstas pelo direito material aplicável no Estado-Membro onde esse prestador está estabelecido», tudo isto sem prejuízo das derrogações previstas no art. 3.º, n.º 4. Ou seja, parece-nos daqui resultar que o que é exigido pela Diretiva, de acordo com o TJUE, é que, independentemente da lei aplicável à situação, se esta não for a do país onde o prestador de serviços da sociedade da informação está estabelecido, este não poderá ser sujeito a condições mais exigentes do que as do país onde está estabelecido⁹¹⁻⁹².

31. A determinação da lei que regula a responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade através da Internet suscita dúvidas que se prendem, desde logo, com a própria interpretação dos diplomas que estão em causa, *maxime* o seu âmbito de aplicação. Com efeito, nos vários Estados-Membros da União Europeia, a Diretiva não foi transposta de modo uniforme, adotando uns verdadeiras normas de conflitos e outras disposições cuja redação é muito semelhante às da própria diretiva e, por isso, deixa, na sua interpretação, dificuldades semelhantes às que são suscitadas por esta⁹³.

Acresce ainda que a multiplicação de regras conflituais, cujo âmbito de aplicação esteja dependente de pressupostos muito específicos, como seja o facto de o lesante que viola direitos de personalidade de outrem fazê-lo, ou não, através da Internet⁹⁴; ou de o agente ser ou não um prestador de serviços da sociedade da informação⁹⁵, torna mais complexo o próprio processo de determinação da norma de conflitos que designará a lei aplicável e, consequentemente, a sua previsibilidade.

tions between Communitarization and Globalization. A first assessment of EC Regulation Rome II», *RDIPP*, n.º 1, 2008, pp. 5-42, pp. 37 ss. A. S. DE SOUSA GONÇALVES, «A responsabilidade civil extracontratual em Direito Internacional Privado – breve apresentação das regras gerais do Regulamento (CE) n.º 864/2007», *Scientia Iuridica*, tomo LXI, n.º 329, 2012, pp. 357-390, sustenta que «[o] teor do art. 27.º de Roma II e o disposto na parte final do considerando 35 do mesmo Regulamento indiciam a prevalência das normas previstas naquela directiva (e das normas nacionais de transposição) ao estabelecer que «[a] aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do presente Regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários (...), enunciando, como exemplo, a directiva sobre o comércio electrónico». Vide, a propósito desta discussão, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 553 ss.

⁹⁰ Sublinhe-se, todavia, que, por interpretação *a contrario sensu*, também não impede, parece-nos, que a transposição desta disposição seja feita sob a forma de norma de conflitos.

⁹¹ Esta decisão do TJUE não deixa, também, de nos fazer recordar a doutrina da exceção do reconhecimento mútuo. De acordo com D. MOURA VICENTE, «Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, outubro 2009, vol. 1, n.º 2, pp. 179-220, pp. 214 ss., segundo a influência da doutrina de Marc Fallon, esta exceção poderia ter a seguinte formulação: «Não são aplicáveis os preceitos da lei designada pela regra de conflitos quando essa aplicação conduza a um resultado contrário às disposições de Direito da União Europeia relativas à liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços de capitais».

⁹² C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., pp. 288 ss., sublinha, em todo o caso, a influência que esta regra tem na determinação da lei aplicável, quer se trate de uma norma cuja aplicação está dependente do resultado da aplicação de uma outra regra; quer se trate de uma norma que tenha uma função corretiva no plano substantivo. O autor considera que esta regra «(...) does not grant more freedom to Member States than Henry Ford's famous words did to costumers: «Any customer can have a car painted any color that he wants as long as it is black»».

⁹³ Embora, agora, na interpretação destas regras, haja que atender à jurisprudência do TJUE.

⁹⁴ C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., pp. 292 ss.; *Von Hein on Kate Provence Pictures*, cit., articulando a questão da lei aplicável com a competência dos tribunais, atento o acórdão *eDate*.

⁹⁵ Com efeito, importa ter presente que, nos termos do art. 1.º, n.º 1, da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, prevê-se que «[a] presente diretiva tem por objetivo contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros». Os «serviços da sociedade da informação» estão definidos no art. 2.º, al. a), da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, aí se remetendo para o disposto no art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 83/34/CEE, alterada pela Diretiva 98/48/CE. Nesta disposição estabelece-se que são «serviços da sociedade da informação» «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços». Assim, por delimitação negativa, se se tratar da utilização de correio eletrónico ou de comunicações equivalentes por «(...) pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação» (considerando (18) da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico).

Nesse sentido, de *iure condendo*, melhor seria que a eventual regra de conflitos especial a adotar regulasse também esta matéria e aqui não encontramos razão para propor solução distinta daquela que já acima foi avançada.

32. No acórdão *eDate*, o TJUE considerou que, nos termos do art. 5.º, n.º 3, do Regulamento (CE) 44/2001, o titular do direito de personalidade violado através de conteúdos colocados em linha num sítio Internet pode intentar uma ação fundada em responsabilidade pela totalidade dos danos sofridos, quer nos tribunais do Estado-Membro do lugar do estabelecimento do autor desses conteúdos, quer do Estado-Membro onde se encontrar o centro de interesses do lesado⁹⁶. O lesado pode ainda intentar a ação judicial nos tribunais dos Estados-Membros «(...) em cujo território esteja ou tenha estado acessível um conteúdo em linha». Estes tribunais têm apenas competência para conhecer do dano causado no território desse Estado-Membro.

Na sequência desta decisão, e atendendo ao seu teor, têm vindo a ser avançadas propostas de norma de conflitos que regulem a determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais por violação de direitos de personalidade⁹⁷.

Ora, esta decisão do TJUE, para além das críticas que possam ser feitas ao seu teor⁹⁸, não tem, inevitavelmente, de condicionar a redação de uma norma de conflitos que venha a ser adotada nesta matéria. Com efeito, a decisão do acórdão *eDate* resultou da apreciação de dois casos em que ocorreu violação de direitos de personalidade através da Internet, ora, a violação destes direitos pode ocorrer através ou fora da Internet. Logo, a transposição dos critérios de decisão do acórdão *eDate* para uma norma de conflitos que regulasse a lei aplicável às obrigações extracontratuais por violação de direitos de personalidade, independentemente do meio utilizado, só parcialmente iria beber aos mesmos fundamentos que terão estado subjacentes a esse acórdão.

Acresce que, os critérios de atribuição de competência dos tribunais dos Estados-Membros não têm de ser os mesmos que subjazem à determinação da lei aplicável⁹⁹. Aliás, a apreciação das soluções consagradas, designadamente, *v.g.*, no Regulamento Roma II e no Regulamento 44/2001 confirma esta afirmação. Note-se que, *v.g.*, no Regulamento 44/2001, em termos gerais, é atribuída competência aos tribunais do domicílio do demandado (art. 2.º), já no Regulamento Roma II não se consagra uma regra semelhante que leve necessariamente à aplicação da lei desse Estado. Com efeito, a regra geral, na falta de escolha da lei e na ausência de norma de conflito especial aplicável, conduz à aplicação da lei da residência habitual comum das partes e, na sua falta, à lei do lugar do dano, que pode coincidir ou não com a lei da residência habitual do lesante (em princípio, o demandado). Também no Regulamento 44/2001, nos casos em que esteja em causa responsabilidade extracontratual, é admissível, em abstrato, que o demandante – atento o disposto no art. 2.º e no art. 5.º, n.º 3 – possa escolher intentar a ação no tribunal do domicílio do demandado ou no tribunal onde ocorrer o facto danoso; já no Regulamento Roma II, o demandante não tem a possibilidade de escolher, entre as leis desses países, a aplicável.

Sublinhe-se ainda que, enquanto o Regulamento 44/2001 regula a competência dos tribunais dos Estados-Membros da União Europeia, o Regulamento Roma II é aplicável mesmo que a lei designada seja de um Estado terceiro (art. 3.º).

Ora, a adoção dos critérios de atribuição de competência admitidos no acórdão *eDate* para a determinação da lei aplicável à responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade revelar-se-ia desadequada. Desde logo, uma tal solução faria admitir a possibilidade de escolha

⁹⁶ No considerando (49), o TJUE esclareceu que o lugar do centro dos interesses do lesado corresponde, em geral, à sua residência habitual. No entanto, admite que uma pessoa possa ter o centro de interesses igualmente num Estado-Membro onde não reside habitualmente, já que «(...) indícios, como o exercício da atividade profissional, podem estabelecer a existência de um nexó particularmente estreito com esse Estado».

⁹⁷ Remete-se aqui para as notas 35 e 36, em que estão transcritas as propostas de Jan von Hein e do Parlamento Europeu de maio de 2012, respetivamente.

⁹⁸ *Vide*, *v.g.*, S. MARINO, «La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea», cit.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., pp. 259 ss.; A. DICKINSON, «By Royal Appoinment: No Closer to an EU Private International Law Settlement», cit.; *Von Hein on Kate Provence Pictures*, cit.

⁹⁹ Sendo, todavia, certo que, atento o princípio da boa administração da justiça, a aplicação da lei material do Estado do foro é a que, por regra, garante decisões mais eficientes e, por isso, sempre que possível, desejável.

da lei aplicável pelo lesado, embora de entre um leque previamente dado. Esta possibilidade de escolha, mesmo de entre leis predeterminadas e em condições muito específicas, confere uma situação de vantagem ao lesado face ao lesante, que não se justifica e que se afasta expressamente dos intentos assumidos pelo legislador europeu. Já na Proposta de Regulamento «Roma II» – ainda aí estava consagrada uma norma de conflitos aplicável às violações de direitos de personalidade – entendeu-se, na Exposição de Motivos, que a possibilidade de escolha da lei pelo lesado «(...) ultrapassa as expectativas legítimas da pessoa lesada e reintroduziria uma incerteza jurídica (...)»¹⁰⁰. Situação especialmente onerosa para o agente quando possa estar em causa o exercício da sua liberdade de expressão ou liberdade de imprensa, uma vez que teria de conformar a sua atuação com uma pluralidade indeterminada de leis. Acresce ainda que uma tal possibilidade de escolha pode deixar o lesado que esteja envolvido numa situação plurilocalizada em posição comparativamente mais favorável do que a do lesado numa situação interna, uma vez que este não tem opção de escolher a lei que lhe é mais conveniente, mesmo dentro de um leque de leis previamente estabelecido¹⁰¹.

Acresce que a possibilidade de aplicação, ainda que subsidiária, da lei do país da residência habitual do lesante ou do país onde o controlo editorial é exercido – conforme resulta da última proposta apresentada pelo Parlamento – também não é uma solução conflitual que se revele adequada já que, abstratamente, potencia a deslocação do agente para países cuja legislação lhe seja mais favorável¹⁰². Para além disso, a aplicação desta lei pode revelar-se imprevisível para o lesado, não refletindo um equilíbrio entre os interesses dos intervenientes.

VII. Conclusão

33. Identificam-se fortes divergências doutrinárias no que respeita à melhor solução conflitual a adotar na determinação da lei aplicável para regular as situações de responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade. Todavia, os autores parecem estar de acordo quanto à necessidade de alterar a situação atual, que não garante a desejável previsibilidade e a segurança na determinação da lei aplicável numa matéria que apresenta especial sensibilidade. Esta sensibilidade prende-se, não apenas com a natureza dos bens de personalidade, mas também com a de outros bens e liberdades que com aqueles podem colidir, *maxime* a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade artística.

Acresce ainda que a multiplicidade de diplomas legais, de origem europeia ou de origem nacional, cujos âmbitos de aplicação material nem sempre se revelam claros – v.g., o âmbito do Regulamento Roma II, atenta a exclusão prevista no seu art. 1.º, n.º 2, al. g); a relevância na determinação da lei aplicável à responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade das regras que transpuseram para o Direito interno dos Estados-Membros a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, etc.¹⁰³ – dificulta a determinação da lei competente.

¹⁰⁰ Cf. COM(2003)427 final, cit., p. 12.

¹⁰¹ Para um maior desenvolvimento sobre esta questão, com referências bibliográficas, vide E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 478 ss.

¹⁰² Vide as considerações que acima foram tecidas a propósito da aplicação da lei do lugar da atuação.

¹⁰³ Outros exemplos poderiam ser dados, pense-se, v.g., na Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, publicada no JO L 298, de 17.10.1989, alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, publicada no JO L 202, de 30.7.1997, e alterada pela Diretiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, publicada no JO L 332, de 18.12.2007. Versão consolidada da Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»: Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010, retificada pela Retificação à Diretiva 2010/13/UE, publicada no JO L 95, de 15 de abril de 2010. No art. 2.º desta Diretiva determina-se que «[c]ada Estado-Membro deve assegurar que todos os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição respeitem as regras da ordem jurídica aplicável aos serviços de comunicação social audiovisual destinados ao público nesse Estado- -Membro». Todavia, uma vez mais, não se tem revelado completamente claro para toda a doutrina se as questões que se prendem com a aplicação de Direito privado que regula o «delitos da comunicação» estão abrangidas pelo domínio coordenado desta Diretiva. Vide, a este propósito, J.-J. KUIPERS, «Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights», *German Law Journal*, 12, 2011, pp. 1681-1706, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1379>, pp. 1694 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 292.

34. Considerámos, pelas razões acima expostas, que o regime geral consagrado no Regulamento Roma II é, no global, adequado para regular as situações plurilocalizadas em que está em causa a determinação da lei aplicável à responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade. Aliás, este regime já é aplicado nos casos em que estão em causa os bens de personalidade mais importantes como a vida, a integridade física, a saúde.

Admitimos, todavia, que estando em causa situações em que a mensagem é difundida a uma audiência aberta, anónima e dispersa, e em que não é possível controlar pessoalmente o leque dos destinatários – na hipótese de as partes não terem escolhido a lei, nem terem residência habitual comum – a aplicação da lei do país do dano, condicionada ao facto de o agente ter direccionado a sua atividade para esse local, em abstrato, garantiria melhor o equilíbrio entre os interesses das partes. Tudo isto sem prejuízo de, caso se verificasse que a situação apresentava uma conexão manifestamente mais estreita com a lei de um outro país, dever essa lei ser aplicada, nos termos da cláusula de exceção prevista no art. 4.º, n.º 3, do Regulamento Roma II.

35. Independentemente da orientação que venha a ser seguida, se vier a ser adotada uma norma de conflitos especial, haverá que ter cuidado de delimitar com clareza o seu âmbito de aplicação, de modo a evitar dificuldades, e conseqüente insegurança, na determinação da lei designada, garantindo uma escoreita articulação entre as várias regras existentes.